



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

LA CUESTION DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ENTES
COLECTIVOS; ANALISIS CRÍTICO, Y CONSTITUCIONALIDAD DE
LAS SOLUCIONES EN EL DERECHO CHILENO

**Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales**

MEMORISTA: Jaime Reyes Carrasco
PROFESOR GUIA: Vivian Bullemore Gallardo

Santiago, Chile

2007

A Cecilia y Javiera, por su paciencia

AGRADECIMIENTOS

A mi profesor guía don Vivian Bullemore, a don John Mackinnon, por su buena voluntad y cooperación, y a los funcionarios de la Biblioteca Central de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION..... I

CAPITULO PRIMERO

ALGUNOS APUNTES SOBRE LAS CUESTIONES CONSTITUCIONALES INVOLUCRADAS

I- IMPORTANCIA..... 1

**II- LA CUESTION FUNDAMENTAL: LA DIGNIDAD..... 7
DEL INDIVIDUO HUMANO**

**III- PRINCIPIOS CLASICOS EN CUESTION,..... 11
Y SU CONCRECION CONSTITUCIONAL**

1- EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD..... 11

1.1 CUESTIONES GENERALES..... 11

1.1.1 "Lex stricta"..... 14

1.1.2 "Lex praevia"..... 15

1.1.3 "Lex scripta" 16

**1.1.4 Otras derivaciones del principio de..... 17
legalidad**

**1.2 DE QUE MANERA ACOGE NUESTRA..... 17
CONSTITUCION ESTE PRINCIPIO**

1.3 AHORA BIEN, ¿QUE IMPORTANCIA 20

TIENE TODO ESTO?

2- SOBRE EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.....	24
2.1 CUESTIONES GENERALES.....	24
2.2 SU CONCRECION CONSTITUCIONAL.....	26
2.3 RELEVANCIA DE ESTE PRINCIPIO.....	28
PARA ESTE ESTUDIO	
3- SOBRE EL PRINCIPIO DEL HECHO.....	31
(RESPONSABILIDAD POR EL HECHO, O PRINCIPIO DE PERSONALIDAD DE LO INJUSTO)	
3.1 CUESTIONES GENERALES.....	34
3.2 SU CONCRECION CONSTITUCIONAL.....	37
3.3 IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO PARA.....	38
ESTA EXPOSICION	
4- ALGUNOS APUNTES SOBRE EL PRINCIPIO.....	41
DE MINIMA INTERVENCION DEL DERECHO PENAL, DEL PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD, Y DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD	

IV ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

CAPTULO SEGUNDO

CONSTRUCCIONES EN COMENTO: SOBRE LA SUPUESTA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURIDICAS Y DEMAS ENTES COLECTIVOS

I- CUESTIONES GENERALES Y ESTADO..... 46

DE LA DISCUSION

1- ADVERTENCIA PREVIA..... 46

2- SOBRE EL FENOMENO DELICTUAL IN SITU..... 46

3- POSICIONES DOCTRINARIAS FUNCIONALISTAS..... 57

Y EL “SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST”

3.1 SOBRE LA EVOLUCION DEL PRINCIPIO..... 57

3.2 LA CUESTION HOY EN DIA..... 59

4- SOLUCIONES EN DERECHO EUROPEO:..... 74

LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA
Y PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS

5- SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS..... 92

ENTES COLECTIVOS SIN PERSONALIDAD
JURIDICA

CAPITULO TERCERO

**¿ES POSIBLE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS
JURIDICAS? ALGUNOS INTENTOS DESDE TESIS FUNCIONALES**

I- PLAN DE TRABAJO..... 103

II- ALGUNAS CONSTRUCCIONES FUNCIONALES..... 104

1- LA PROPUESTA DE TIEDEMANN,	104
Y POR SU CERCANIA, HIRSCH	
1.1 EL DESTINATARIO DE LA NORMA.....	106
1.2 RESPECTO DE SU CAPACIDAD DE ACCION.....	107
1.3 RESPECTO DE LA CULPABILIDAD.....	110
1.4 ALGUNOS APUNTES SOBRE LA.....	115
PUNIBILIDAD DE LOS ENTES	
COLECTIVOS	
2- LA NORMATIVIZACION DE CONCEPTOS.....	121
EN SINTONIA CON JAKOBS DE SILVINA	
BACIGALUPO	
2.1 RESPECTO DE SU CAPACIDAD DE ACCION.....	126
2.2 SOBRE LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD.....	132
2.2.1 Cuestiones generales.....	132
2.2.2 La normativización del concepto.....	138
(según Jakobs)	
3- EL SISTEMA ESPECIFICO DE.....	150
RESPONSABILIDAD PENAL DE	
LA PROPIA PERSONA JURIDICA	
DE ZUÑIGA RODRIGUEZ	
(BASES PARA UN MODELO)	
3.1 CUESTIONES GENERALES.....	150
3.2 BASES PARA UN MODELO.....	158
DE RESPONSABILIDAD	
DE LA PROPIA PERSONA JURIDICA	
3.2.1 La capacidad de acción.....	165

3.2.2 La capacidad de culpabilidad.....	168
---	-----

CAPITULO CUARTO

OBJECIONES A LOS INTENTOS DE CONSTRUCCION DE UN MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL PROPIO ENTE COLECTIVO Y SOLUCION QUE SE PROPONE

I- CUESTIONES GENERALES.....	171
-------------------------------------	------------

II- SUJETO DE IMPUTACION Y DESTINATARIO.....	172
DE LA NORMA	

III- INCAPACIDAD DE ACCION Y DE CULPABILIDAD.....	191
DEL ENTE COLECTIVO	

IV- SOBRE LAS SANCIONES A LAS.....	201
COLECTIVIDADES Y ALGUNAS CONSIDERACIONES	
DE POLITICA CRIMINAL	

V- BREVE EXPOSICION DE LO QUE SE PROPONE.....	213
--	------------

1- CUESTIONES GENERALES.....	213
------------------------------	-----

2- DELITOS DE OMISION.....	215
----------------------------	-----

3- LA AUTORIA MEDIATA POR EL.....	222
DOMINIO DE LA ORGANIZACION	

4- LAS CLAUSULAS SOBRE ACTUACION.....	227
EN LUGAR DE OTRO	

CONCLUSIONES.....	235
--------------------------	------------

RESUMEN

El trabajo que usted tiene en sus manos, ha tenido por objeto el revisar uno de los temas más conflictivos y actuales de la ciencia penal. La cuestión de la responsabilidad de las colectividades de individuos (más allá de si cuentan o no con personalidad jurídica). Se analizan las posiciones doctrinarias que sostienen la posibilidad de establecer sistemas colectivizados de responsabilidad penal. Se analizan las categorías de la teoría del delito que han de ser modificadas por los cultores de estas tesis a fin de dar cabida a estos modelos. La culpabilidad, la capacidad de acción, la posibilidad de sanción al ente son aquellos tópicos en que se encuentran en el centro de la discusión. Se agregan a esto, cuestiones más generales, como las del destinatario de la norma jurídico penal, y algunos elementos de política criminal.

Estos intentos son examinados con detenimiento, y expuestos a la crítica desde la perspectiva de los principios del derecho penal y desde consideraciones de la propia política criminal. Se busca demostrar en definitiva, la imposibilidad de establecer este tipo de soluciones en todo sistema Democrático Social y de Derecho.

Por ultimo, se presenta al lector, una síntesis de los modelos de solución más respetuosos de los principios que se defienden. Se expone resumidamente la función que le puede caber a los delitos de omisión en la lucha contra la delincuencia organizada, la autoría mediata por el dominio de la organización como forma de llegar a aquellos sujetos que delinquen en el seno de organizaciones empresariales, y la utilidad de las cláusulas sobre actuaciones en lugar de otro a estos mismos fines.

INTRODUCCION

El trabajo que se presenta a ustedes es el resultado de una larga investigación inspirada por la fuerza de los acontecimientos.

Muy probablemente hemos escuchado o leído estos días, sobre los impactantes sucesos medio ambientales que ocupan la atención de los medios de difusión pública de tiempo en tiempo. Casos tan emblemáticos como el de la mortandad de cisnes de cuello negro en el río Cruces debido al vertimiento de sustancias tóxicas a su cauce, o las contaminaciones del borde costero por barcos cisterna o empresas refinadoras de petróleo crudo, han terminado por llamar poderosamente la atención del público en general.

Estos acontecimientos ponen en el debate la cuestión de la responsabilidad que le ha de caber a estas empresas.

Ahora, de la observación del desarrollo de estos sucesos me han surgido una serie de inquietudes, y quizás las más profundas provengan del hecho de que en casi todos estos casos (que tienden a repetirse) las multas y otras sanciones que se imponen a las colectividades terminan siendo absolutamente ineficaces en la evitación de estos lamentables hechos.

Se observa que algunas de las empresas involucradas suelen verse envueltas en hechos de la misma naturaleza una y otra vez, mientras la autoridad se esfuerza en tratar de distraer a la opinión pública hacia otros tópicos de menor importancia (en general, para no evidenciar la ineficacia en la fiscalización y sanción preventiva de los primeros indicios de anomalías en los procesos empresariales)

De una meditación y estudio más profundo, he observado que estos problemas se repiten aun más allá del Derecho del medio ambiente. En el ámbito empresarial se suelen lesionar muchos otros bienes jurídicos considerados como fundamentales para la vida en sociedad. El crédito, la salud pública, la fe pública etc. Es que incluso la vida puede verse afectada por actuaciones que se dan en el seno de las empresas.

La verdad, es que, y al contrario de las opiniones que se van a analizar en este trabajo, las sanciones pecuniarias en estos tipos de empresas (de tendencia monopólica) parecieran estar operando como carta blanca, pues éstas evidentemente terminan incorporando tales sanciones a los costos de producción, y en definitiva, cargándolas a los consumidores de sus productos y servicios. La verdad es que una cosa así puede ocurrir sin importar el monto de la sanción.

Del estudio de los antecedentes que se van a ir dando, podrá observarse que han surgido voces en derecho penal, que pretenden transformar estas sanciones pecuniarias (que ya existen en derecho administrativo) en sanciones penales propiamente tales. Se observará que lo que se hace en el fondo es simplemente cambiar la etiqueta de la sanción, para que a esta alcance el efecto simbólico del derecho Penal. Estas voces provienen de los llamados funcionalistas.

En conjunto con esta mutación que se propone (por aquellos), recomiendan elevar el monto de este tipo de sanciones, de manera que operen como verdaderas penas para la colectividad.

Pero, ¿se ha analizado suficientemente el efecto que estas sanciones puede producir al interior de estas colectividades respecto de aquellos individuos que no han participado, ni han querido participar en los hechos?, ¿no se estará premiando a algunos sujetos integrantes de la colectividad, con la renuncia a la determinación de responsabilidades específicas, que tales soluciones implican en muchos casos?, ¿no se estará diluyendo la responsabilidad de estos individuos, evitándoseles la deshonra típica del padecimiento de una pena penal?.

Pues bien, del estudio de los antecedentes en cuestión he llegado a la conclusión de que lo único que se logra con la aplicación de sanciones desmedidas (aquellas que van mucho mas allá de la reparación y de la conminación razonable a adecuarse a la legislación), es gravar a un conjunto de personas que pueden no haber tenido participación, e incluso, pueden haberse opuesto a la ejecución de hechos ilícitos (piénsese en aquellos que votan negativamente un acuerdo que termina lesionando un determinado bien jurídico). Si incluso todos nosotros de seguro terminaremos pagando los costos que significan estas sanciones.

Desde la perspectiva de la igualdad, estos modelos también pueden mostrarse como altamente cuestionables. Déjenme citar acá a Fernández Cruz, quien (aunque en otro contexto) con un ejemplo practico nos ilustra a este respecto, sic “Juan que se dedica al tráfico de marihuana es detenido con 300 gramos de esta sustancia. José, connotado empresario y vecino de Juan, ha ordenado verter ilegalmente al estuario de la ciudad toneladas de aluminio. Un informe pericial establece que este vertido ha producido un grave daño en el ecosistema y un grave peligro para la salud pública. El estudio de impacto ambiental omitió que la empresa vertería la citada sustancia y además, no declaró uno de los ductos al río. Ambas conductas están tipificadas en nuestro

ordenamiento penal y tienen en común la puesta en peligro del mismo bien jurídico (la salud pública), pero con la única diferencia que en el caso de la marihuana es consumida, en la mayoría de las ocasiones con el pleno consentimiento del consumidor, cosa que no ocurre que las toneladas de metales pesados bioacumulables que *disfrutarán* miles de ciudadanos sin su consentimiento. Pero el discurso político criminal será radicalmente diferente. Juan será detenido y esposado y seguramente se le declarará su prisión preventiva; será portada de los periódicos locales con el titular: «detenido importante narcotraficante», y no faltara la columna de opinión de algún político de turno exigiendo más *mano dura* contra el tráfico de drogas; será sometido a una legislación de excepción con penas desproporcionadas; e incluso, será difícil que disfrute de alguna medida alternativa; y si tráfico en su casa, podrán decomisársela. Por el contrario, José sólo recibirá la protesta de algunos ciudadanos que serán tildados de *ecocomunistas*. Las instituciones ambientales impondrán a la empresa una multa irrisoria en atención a sus ganancias, incluso tendrá *reuniones de trabajo* con las autoridades políticas para afrontar juntos el desastre ambiental. A reglón seguido la Instituciones ambientales se podrán a trabajar para adecuar la emisión de los contaminantes de su empresa al estudio del impacto ambiental. Ante la presión social, José decide contrarrestar cerrando voluntariamente la empresa y poniendo en evidencia los perjuicios económicos y laborales ante un eventual cierre. Los medios de comunicación tratarán la cuestión como un conflicto entre el medio ambiente y el progreso económico. La CS declarará, desconociendo los informes periciales, que no existió contaminación y que además, no le corresponde tutelar actividades que son ya fiscalizadas por el Gobierno. Pero el diferente tratamiento alcanza, *paradójicamente*, también a las víctimas. Así, seguramente a Juan no le será aplicables algunas medidas o salidas alternativas en el caso de la conducta sea castigada como tráfico de drogas, pero en el supuesto poco probable de que se le castigue por la nueva figura de microtráfico, deberá previamente reconocer

su responsabilidad penal y satisfacer la responsabilidad civil. José por el contrario, tras varios meses, finalmente accederá a reunirse con los representantes de los afectados y la ciudadanía sin que, por supuesto, acepte cualquier tipo de responsabilidad, es más, manifestará el desprestigio que para su familia está suponiendo el inicio de una investigación penal. Los representantes de la ciudadanía –debido a su falta de conciencia de victimización y al desamparo que sufren por parte de las autoridades- se verán abocados a mostrarle los efectos de su acción, y tras agradecerles su esfuerzo, José no tardará en manifestar ante los medios de comunicación que el conflicto está en vías de solución. Y por último, si en el caso improbable de que José ingrese en prisión, éste tendrá un tratamiento especial de acuerdo a su condición y prestigio social, Juan por el contrario podrá terminar en una cárcel de alta seguridad, catalogado como peligroso. Por último, José tendrá posibilidades de ser indultado, Juan si finalmente es indultado, los partidos de la oposición exigirán una explicación al gobierno, e incluso, propondrán que por ley se excluya del indulto a criminales tan peligrosos y nocivos para la sociedad.¹

A estos argumentos (algunos de política criminal), pueden agregarse los que sin duda marcan el derrotero de este trabajo: las objeciones dogmáticas a estos intentos. Estas objeciones se refieren a la imposibilidad de que se pueda sancionar penalmente a las colectividades en razón de que las colectividades simplemente no pueden cometer delito. Solamente los individuos pueden. Todas las categorías de la teoría del delito se orientan al individuo, y esto tiene una razón de ser: estas categorías se construyen para dar sustento a los principios del derecho penal, que a su vez se inspiran en aquel principio mayor

¹ Fernández Cruz, José Angel. “El Nuevo Código Penal: una lucha por el discurso de la criminalidad”. (En línea): http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_5.pdf (consultado el 23 de octubre de 2007)

y fundamental de todo Estado Social y Democrático de Derecho: la dignidad del ser humano.

En lo que sigue daremos cuenta de todas estas cuestiones con mucho mas detalle. Así, en el capítulo primero abordaremos el tema de los principios; analizaremos con detalle el principio de legalidad, el de culpabilidad, el del hecho, y el de intervención mínima, exponiendo fundadamente su relación con este tema. En el capítulo segundo, describiremos el estado de la cuestión en nuestros días; explicaremos las doctrinas que buscan la revisión del *societas delinquere non potest* y profundizaremos sobre el fenómeno delictual; también haremos alguna referencia al derecho comparado. En el capítulo tercero analizaremos los intentos mas pulidos de fundar un sistema de responsabilidad de las colectividades (o de incorporarlas al derecho penal vigente). Por ultimo, en el capítulo cuarto, analizaremos las objeciones fundamentales a los intentos mencionados; también explicaremos el modo en que se debe continuar con la lucha contra la delincuencia organizada, donde cobrarán importancia figuras como la de los delitos de omisión, autoría mediata por dominio de la organización, y las cláusulas sobre actuaciones en lugar de otro. Lo que tratare de hacer, es de demostrar que la solución adeudada a todos estos casos de criminalidad en el seno de entidades colectivas, es la búsqueda quienes realmente delinquen y que generalmente están detrás de estas empresas. Debe buscarse a aquellos que se valen de la colectividad para delinquir, y a aquellos que no controlan adecuadamente, estando obligados a hacerlo, los procesos generadores de riesgo.

Para llegar a tal cuestión, enfocaremos este trabajo en demostrar la imposibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas. A partir de este punto, quedara abierta la puerta para la creación y perfeccionamiento de figuras

de imputación que sean respetuosas de los principios moderadores del Derecho penal.

CAPITULO PRIMERO

ALGUNOS APUNTES SOBRE LAS CUESTIONES CONSTITUCIONALES INVOLUCRADAS

I- IMPORTANCIA

El propósito de este trabajo que se presenta a ustedes, es el de demostrar que desde de perspectiva de los principios del Derecho penal, resulta imposible incorporar sistemas de responsabilidad penal colectiva, como se pretende desde el funcionalismo.

Todos aquellos principios que son resultado de una profunda reflexión acerca del respeto que se debe a la dignidad del individuo, resultaran gravemente afectados cada vez que se pretenda introducir estos modelos. Así, principios como el de personalidad de lo injusto (principio del hecho a mi juicio), el de legalidad, el de intervención mínima, y más aún el de culpabilidad, se ven definitivamente conculcados por la introducción de modelos de responsabilidad penal colectiva.

Estos principios se encuentran, ya de forma directa, o por vía de subsunción en otras garantías, recogidos por nuestra carta fundamental; esta demás decir, que en Derecho comparado se repite este tratamiento. Esto que se dice importa en tanto, acogidas por el constituyente, conforma una barrera infranqueable para el legislador ordinario, aún penal.

Hoy casi no se discute, que la discusión relativa al *ius puniendi* es una cuestión previa al *ius poenale*, y de carácter constitucional. También es muy

poco discutido el que los límites al Derecho penal subjetivo están ineludiblemente ligados a la organización del modelo de Estado.

Cae por su propio peso, que todo el análisis que se hará de la cuestión (en lo que concierne a su análisis constitucional), tiene como presupuesto la existencia de un Estado social y democrático de Derecho, pues solo allí es posible que los principios en cuestión desplieguen su fuerza normativa. Seguimos por tanto, la acertada posición de Mario Garrido, que recoge a su vez el pensamiento de Santiago Mir Puig en esta materia².

Estos principios o garantías constitucionales, de los que derivan los sub-principios tratados, como señala acertadamente Klaus Adomeit, tienen su origen en el iusnaturalismo, y se han positivizado en las constituciones a través de los derechos fundamentales y de los derechos humanos, mediante la correspondiente vinculación de poder legislativo a los mismos³.

Hoy en día, toda constitución con eficacia normativa (aquellas en que se asegura su eficacia por medio de mecanismos de control constitucional), irradia los derechos fundamentales a la legislación en general; hay suerte de irradiación de *lege lata* y *lege ferenda* a todo el ordenamiento jurídico. Las leyes se interpretan de acuerdo a la Constitución, y de esto no se escapa el propio Derecho penal. Se llega a hablar del Derecho Penal Constitucional. Por lo que se viene diciendo, es que se ha instaurado la idea de que existe un ámbito de represión legítima, que será aquel sector en que se previene salvaguardando las garantías que se contemplan en la propia Constitución, y en nuestro caso, en todos los pactos de derechos humanos ratificados y en vigencia.

² Garrido Montt, Mario. "Derecho penal". Parte general, tomo 1. Santiago, Editorial Jurídica de Chile 1997. p 30 y ss.

³ Adomeit, Klaus. "El Positivismo Jurídico en el pensamiento de Hans Kelsen y de Gustav Radbruch. Su significado para problemas actuales de la ciencia Jurídica Alemana y Española". En: Dogmática y Ley Penal, Libro en homenaje a Enrique Bacigalupo. Madrid, Marcial Pons, 2004. p. 27.

En otro ámbito, y volviendo a los principios limitadores del *ius puniendi*, ya es evidente que todos estos principios (excluimos el principio de intervención mínima, ya que éste se relaciona con el individuo de una forma mas mediata como se verá), penales propiamente, se han configurado unidireccionalmente: se prodigan exclusivamente del sujeto individual, de la entidad psico-física que denominamos ser humano, y se vinculan directamente al concepto de dignidad humana, que late en diversas disposiciones de nuestro texto constitucional. No cabe, por tanto, la posibilidad de extender estas garantías (en su significación penal) a las colectividades de individuos, en tanto colectividades eso si, pues dichas garantías ya se reconocen a cada individuo del concierto. Pretender algo así, supone la vulneración de tales principios en la gran mayoría de los casos como se desprende de lo que se dirá en adelante.

Se podrá decir eso si, que tales principios, y la garantía que encierran, podrían eventualmente tener significación en otro sector del ordenamiento jurídico, pero y sin duda su contenido quedaría vacío de la significación penal, y perdería gran parte de su eficacia garantística; así por ejemplo, podría pensarse que el principio del hecho es del todo aplicable a la responsabilidad civil y administrativa de las personas jurídicas y demás entes colectivos (piénsese en las asociaciones si personalidad jurídica reconocidas por nuestra legislación, V.gr Asociación o Cuentas en Participación). En lo que sigue abordaremos con más detalle este punto.

Lo cierto es que, a mi juicio, las figuras jurídicas de asociación carecen de mayor relevancia en lo penal, en tanto tales, como se verá, por su incapacidad delictual.

Es necesario dejar en claro eso si, que fuera del ámbito penal, los entes colectivos tendrán especial significancia, y sus actuaciones (siempre a través de) desplegaran su eficacia de conformidad a la normativa que les regula. Es mas, es posible que incluso de les reconozcan determinados derechos y garantías en tanto centros de imputación de efectos civiles y económicos, mas, por la propia naturaleza de las cosas, jamás garantías que les son inherentes solo a los sujetos que la integran⁴. Veremos que la imputación de derechos, en mi opinión, no es más que técnica (como señala Gracia Martin⁵, citando a Joseph Esser, las colectividades solo pueden ser destinatarias de normas de distribución, mas no de determinación; volveremos sobre esto).

En lo que sigue, analizaremos someramente los principios involucrados en la cuestión, pero se advierte de antemano que por no ser el tema central de esta memoria, no se ahondará mayormente en las discusiones existentes en torno a los que se van a tratar; se buscara explorar en lo dominante. Iremos relacionando cada principio, con las garantías constitucionales en que sea posible encuadrarlos. Con este ejercicio, se intentara demostrar que, a mas de las importantes objeciones dogmáticas, las constitucionales impedirán cualquier aproximación a un sistema de responsabilidad penal colectiva; dejaremos para la parte de la jurisprudencia un caso que refleja la importancia que tienen estos principios, en tanto incluso, permiten accionar por inconstitucionalidad.

Debo aclarar previamente, que en este trabajo se tratara conjuntamente el tema de la responsabilidad de las colectividades de sujetos, con el tema de la responsabilidad de la propia persona jurídica. Respecto de lo primero, nos

⁴ Sobre la significación de la naturaleza de las cosas, cuestión por lo demás fundamental y a tratar en esta obre, véase a Cousiño Mac Iver, Luís. "Derecho Penal Chileno". Parte general, Tomo1. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 1975.p 48-51

⁵ Gracia Martin, Luís. "La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas". En: Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto. Barcelona, José Maria Bosch Editor, 1996. p 64.

referimos a todos aquellos casos en que debe hacerse responsable a la colectividad por las actuaciones de algunos de sus integrantes; es decir, se responsabiliza a todos y cada uno de los asociados por la(s) actividad(es) de alguno(s), debido a la imposibilidad de determinar quien de ellos ha dominado el suceso, por tanto autor. Esta solución se critica, y se rechaza toda vez que se conculcan claramente los principios a que se hará relación mas adelante. Respecto de la responsabilidad de la propia persona jurídica, nos referimos al tema tan en boga de si es posible hacerlas responsables penalmente, cuestión que se rechaza por ser además contraria a la esencia del Derecho penal (he aquí mi posición a este respecto). Esta responsabilidad de la propia persona jurídica puede ser defendida desde una doble perspectiva; por un lado, teniendo a la persona jurídica, como mero significante de la reunión de individuos que la integran, es decir, meramente como instrumento de distribución (de funciones, de rendimientos, de ciertos ámbitos de responsabilidad), del concierto y en este sentido se identificará en problema con el tema de la responsabilidad de las colectividades; o tener a la persona jurídica como un ente autónomo, real, con existencia y significación propia en todo el espectro jurídico, con capacidad de actuar en todo ámbito, e independiente de los sujetos que la integran. Este punto reclama un tratamiento especial, en tanto es el punto de partida de las construcciones funcionalistas a criticar. Adelanto mi convencimiento de que no es posible sancionar penalmente a estos entes, en tanto incapaces del actuar relevante para el Derecho penal, de la culpabilidad propia de la disciplina, y de la imposibilidad de sancionarlas en sentido penal. A esto se agregaran críticas a los presupuestos político criminales de las tesis funcionales. Todo esto se trata en conjunto, pues, aunque uno se esfuerce en extremo, resulta difícil de obviar que, aunque se parta de la ultima posición (persona jurídica ente real), muy probablemente, cuando se sancione a la persona jurídica, esa sanción terminara gravitando sobre los integrantes de esta (o algunos de ellos), y si esa sanción se traduce en una gravamen irreparable para algún o algunos de los

individuos del grupo, de manera análoga a como lo haría una pena penal, se infringirán gravemente los principios que se verán en seguida. La sanción que se impone a la persona jurídica en este caso, nunca será de naturaleza penal; eso si, en algunos casos podrá tener significación penal para alguno(s) de los sujetos del grupo. La verdad es que, y se hará mención insistentemente en este trabajo, si es posible sancionar en otros ámbitos a las personas jurídicas (fuera del Derecho penal), esta sanción, la mayor de las veces pecuniaria, terminara haciendo parte de los costos, y pagada por todos los usuarios o consumidores de los productos y servicios del ente.

Por ultimo, no puedo dejar de citar a Bacigalupo, pues su posición a este respecto resulta de extrema valía para este trabajo. Señala este autor, que tradicionalmente el Derecho penal moderno se ha desarrollado (a partir de Binding) desde la idea de protección a bienes jurídicos. De acuerdo con ello, el legislador amenaza con pena las acciones que vulneran (o ponen e peligro) determinados intereses de una sociedad determinada. La vida, propiedad etc., son intereses que se transforman, a través de su reconocimiento por el ordenamiento jurídico positivo, en bienes jurídicos. De la idea de protección de bienes jurídicos se deducen en la teoría, límites para el *ius puniendi*. Mas adelante señala el autor, que sin embargo, la teoría del bien jurídico no tiene en si misma las posibilidades de limitar el uso del Derecho penal solo a la protección de bienes jurídicos, y esto en realidad pues como todo interés, finalidad o función del sistema social puede considerarse bien jurídico, la capacidad limitadora del concepto de bien jurídico es casi nula. Para el autor, lo que protege la norma penal son otras normas, y señala, sic. “Los valores superiores del ordenamiento jurídico (libertad justicia, igualdad, y pluralismo político), así como los llamados fundamentos del orden político y la paz social, y

los derechos fundamentales de ellos derivados, marcan los límites del legislador para la creación de normas penales”⁶.

Ya se podrá adivinar, que se hará hincapié en la obligación que le empuja al estado en el respeto que debe a estos principios, cuando de desarrollar nuevas figuras delictivas y de imputación se trate.

II- LA CUESTION FUNDAMENTAL: LA DIGNIDAD DEL SER HUMANO

Detrás de toda garantía constitucional se encuentra la afirmación de un principio mayor y más general: la dignidad humana. Esta es una cualidad inherente a todo y cualquier ser humano (individualmente considerado). Es una cualidad irrenunciable e inalienable, constituyendo un elemento que cualifica al ser humano en cuanto tal, siendo una cualidad integrante e irrenunciable de la condición humana. Ella es asegurada, respetada y promovida por el orden jurídico estatal e internacional, sin que pueda ser concedida ni retirada a algún ser humano, siendo inherente a la naturaleza humana⁷.

De que esto es así generalmente reconocido, da cuenta la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos (ya reconocida por nuestra constitución en el Art. 5. inc. 2), que en su preámbulo señala: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca...”. En su artículo primero también se le

⁶ Bacigalupo, Enrique. “Derecho Penal”. Parte General, tomo 1. Buenos Aires, Hammurabi. 1999. p 43 y ss.

⁷ Nogueira Alcalá, Humberto. “La dignidad Humana, Los Derechos fundamentales, el bloque Constitucional de Derechos Fundamentales y sus Garantías Jurisdiccionales”. En: Gaceta Jurídica, N° 322, Año 2007, Santiago, Lexis Nexis, 2007. p 32 y ss.

contempla expresamente: “Artículo 1: Todos los seres humanos nacen libre e iguales en dignidad y derechos...”. No solo esta carta se pronuncia sobre la cuestión, también lo hace la propia Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (léanse sus considerandos y preámbulo), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (léase de ambos también su preámbulo), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, por ejemplo, en su Art. 5.

Nuestra Constitución, recogiendo estas ideas señala en su artículo primero, inciso primero: “Artículo 1º. Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.”

La dignidad de la persona es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los demás seres vivos, la que constituye a la persona como fin en si mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin, además de dotarlo de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad⁸.

Von Wintich sostiene que por la dignidad el hombre, como ente ético-espiritual, puede, por su propia naturaleza, consciente y libremente autodeterminarse, formarse, y actuar sobre el mundo que lo rodea⁹. Con esto, que parece muy acertado, se puede derivar por principio, que solo el hombre digno puede ser considerado a efectos de imputarle determinado suceso (cosa evidente si se analiza el contenido de la culpabilidad penal, mayoritariamente aceptado).

⁸ Nogueira Alcalá, Humberto. Op cit. p 33.

⁹ Citado por: Nogueira Alcalá, Humberto. Op cit. p 33.

Günter Durig señala que la dignidad humana consiste en el hecho de que, cada ser humano es humano por fuerza de su espíritu, que lo distingue de la naturaleza impersonal y que lo capacita para, con base en su propia decisión, volverse conciente de si mismo, de autodeterminar su conducta y dar forma a su existencia y al medio que lo rodea. Todo individuo humano es un ser que desarrolla su libertad autónoma, autodeterminando su conducta, considerando todo ello en abstracto, independientemente de su efectiva realización en un caso concreto, por lo que los poseedores de graves enfermedades mentales, o deficientes mentales, poseen la misma dignidad, y son merecedores del mismo respeto a esa dignidad que cualquier otro ser humano física y mentalmente capaz¹⁰.

También es sugerente la opinión de Ingo Wolfgang Sarlet, que la define señalando que se le reconoce a todo ser humano, y que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y de la comunidad implicando, en este sentido, un complejo de derechos y deberes fundamentales que aseguran a la persona tanto contra todo y cualquier acto de cuño degradante o deshumanizado, como velan por garantizar condiciones existenciales mínimas para una vida saludable¹¹.

Estos apuntes básicos sobre lo que debe entenderse por dignidad nos permiten encaminar el presente trabajo, por lo que no iremos mas allá. Debemos eso si, remarcar un aspecto del que ya se ha estado hablando: El respeto y protección de la dignidad humana como deber jurídico fundamental del Estado constituye una premisa para todas las cuestiones jurídico dogmáticas particulares.

¹⁰ Citado por Nogueira Alcalá, Humberto. Op cit. p 34.

¹¹ Citado por Nogueira Alcalá, Humberto. Op cit. p 34

Ahora bien, ¿de que manera se vincula la dignidad del hombre con los derechos fundamentales? La respuesta ya es evidente y ha sido deslizada un poco más atrás: La dignidad humana es el fundamento, la base, el punto de partida a toda construcción de garantías, pues estas tienen como fin último, asegurar tal principio. Ahora, la dignidad, como ya se dijo, es la fuente de la que dimanan principios básicos, como la libertad y la igualdad, que a su vez concretan los derechos humanos. Todos estos contribuyen a desarrollar ámbitos propios de la dignidad de la persona humana.

Puede señalarse que los derechos humanos, derechos fundamentales (sobre la discusión terminológica, véase Nogueira Alcalá, Humberto, obra citada), incluyen un conjunto de derechos que se reconocen a las personas jurídica; pero no menos cierto es que estos derechos que se les reconocen a estos entes colectivos, tienen como fundamento la protección de los derechos propios de los individuos que la componen, y en cierto modo, de los demás integrantes de la sociedad. Estos son expresión del reconocimiento por parte del Estado, de derechos que se reconocen al individuo mismo (véase, la libertad de asociación, de reunión). De modo tal, que el reconocimiento de tales derechos, fundamentales según Louis Favoreu¹², ha de tener como límite, el respeto por los derechos de los propios integrantes de tales entes, y los de los demás individuos que integran la sociedad, pues de otro modo, el instrumento en que consiste la personalidad jurídica de la colectividad organizada, podría transformarse en imperio con fin en sí mismo, con capacidad cierta de lesionar, de socavar, lo que la dignidad humana es. Como señala Jorge Iván Hubner, la dignidad del individuo, “exige que se respete su legítima esfera de independencia y autonomía, y que no se intente convertirlo en instrumento o en

¹² Citado por Nogueira Alcalá, Humberto. Op cit. p 35

victima de objetivos ajenos a la verdadera esencia de su vida”¹³. Esta instrumentalización quedara de manifiesto toda vez que al tratar de solucionar un determinado problema (en nuestro caso, la criminalidad organizada), se opte por sancionar a un individuo por el solo hecho de ocupar un determinado cargo al interior de un ente colectivo (volveremos sobre esto mas adelante). Cosa similar se producirá si se pretende sancionar (penalmente) a la colectividad toda, en el entendido de que esto fuese posible (cosa que según ya he dicho, en mi opinión no es posible como veremos), pues con tal cosa, de seguro terminarían respondiendo incluso aquellos que no participaron en los hechos por los que se les ha de sancionar.

III- PRINCIPIOS CLASICOS EN CUESTION, Y SU CONCRECION CONSTITUCIONAL

1- EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

1.1 CUESTIONES GENERALES

Principio base del Derecho penal liberal; sabemos que su origen esta en el pensamiento liberal ilustrado, y su función primordial es asegurar al individuo frente a las actuaciones del estado (absoluto en sus inicios). La carta magna francesa (directamente en su Art. 8), y la declaración de Maryland (quizá no directamente, mas si por su contenido) se cuentan como los primeros textos en hacer referencia al principio.

¹³ Hubner Gallo, Jorge. “Introducción al Derecho”. Séptima Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1992. p. 104. Cfr. Evans de la Cuadra, Enrique. “Los Derechos Constitucionales”. Tomo 1. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999. p. 30.

Paúl Johann Anselm Ritter von Feuerbach, penalista y filósofo alemán, daría con la formula tan conocida hasta nuestros días del *NULLUN CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE*. La formulación de este principio por el filósofo alemán concuerda con la función que este le daba a la pena, esto es, de ser una coacción psicológica o intimidatoria (teoría de la coacción psicológica). En este sentido, para que la pena pueda cumplir su función de coaccionar psíquicamente sobre los ciudadanos, es preciso que el delito y la pena aparezcan claramente descritos en la ley¹⁴.

Se ha intentado fundamentar el principio, y esto resulta de capital importancia en tanto nos permite determinar si en su aplicación cumple su fin.

El primer intento de fundamentación se desprende del propio Feuerbach; por la estrecha relación de la función de coacción con el principio de legalidad, este último tendría que encontrarse en la propia culpabilidad (que presupone el conocimiento o posibilidad de conocimiento de la ley), por lo que la norma debe haber sido conocida con anterioridad. Inmediatamente se cuestionó esta fundamentación en un doble sentido: Por un lado, se señala que no es necesario conocer la ley para saber que tal o cual cosa esta prohibida (aún sin haber leído el texto de la ley, es probable que se conozca la norma); por otro, se le critica a esta tesis, el que solo es posible fundamentar con ella el "*nullum crimen sine lege*", mas no el "*nulla poena sine lege*" (se puede saber que hacer tal actuación es desvalorada por el sistema, pero puede no saberse con que pena se sanciona tal actuación). La determinación de la pena así, podría quedar entregada a otra fuente normativa (V.gr reglamento), lo que lleva, evidentemente, a que se socave el principio.

¹⁴ Bullemore Gallardo, Vivian, y Mackinnon Roehrs John. "Curso de Derecho Penal". Parte General, tomo 1. Santiago, Lexis Nexis 2005. p 27.

También se ha tratado de fundamentar el principio, en la idea de la protección a la confianza: los individuos deben saber que está prohibido para poder actuar libremente; para calcular sus acciones¹⁵

Por otro lado, Santiago Mir apunta, sic. “En su sentido actual, el principio de legalidad se deriva en un principio de la teoría ilustrada del contrato social y presupone organización política basada en la división de poderes, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El ciudadano solo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto –contrato social- en el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del Poder Legislativo, que representa al pueblo. Solo de él puede emanar la ley, que constituye, pues, la expresión de la voluntad popular”. Continúa, sic. “El principio de legalidad no es solo, entonces, una exigencia de seguridad jurídica, que requiera solo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo”.¹⁶ De esta exposición se deriva que, básicamente, el fundamento del principio está en la idea de separación de poderes resultado del pacto social.

Otro fundamento han dado el propio Shünemann, que propone distinguir el aspecto constitucional del penal propiamente tal. Señala que respecto del primero se trata de la legitimación de la intervención en los derechos de un ciudadano (en que solo un funcionario autorizado y legitimado puede intervenir: el juez); respecto del ámbito penal, la imposición de la pena supone la

¹⁵ Cobo del Rosal, Manuel, y Vives Antón, Tomas. “Derecho Penal”. Parte general, cuarta edición. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996. p 66 y ss.

¹⁶ Mir Puig, Santiago. “Derecho penal”. Parte general. Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1990. p. 83

concreción de una amenaza penal cognoscible, pues solo respecto de amenazas previamente cognoscibles la pena viene a cumplir su función de ratificación contrafáctica de las normas defraudadas, y con ello también, la función de prevención general positiva¹⁷.

No nos extenderemos más en este punto (sobre los fundamentos del principio), por ser esta materia tan abundante que daría para un estudio mas acabado, cosa que no es objeto de este trabajo.

Ahora, esta locución latina encierra una triple exigencia: que la ley sea estricta (*lex stricta*), que la ley ha de ser previa (*lex praevia*) y que la ley ha de ser escrita (*lex scripta*).

Haremos una breve síntesis de cada uno de estos sub- principios, para luego conectar los relevantes para este estudio, con las garantías constitucionales respectivas.

1.1.1. “*lex stricta*”

Contiene este sub-principio, la prohibición de la analogía, es decir, en palabras de Roxin, sic. “la prohibición de la aplicación de la ley a casos similares a los en ella contemplados, pero no idénticos, y en perjuicio del autor del hecho”¹⁸. Esto es así en Derecho penal, mas no necesario para el resto del ordenamiento jurídico (en Derecho privado pareciera ser un criterio valido de interpretación, con algunas restricciones). Al juez penal le esta prohibido aplicar

¹⁷ Sobre este punto, véase: Bacigalupo, Enrique. “Derecho Penal”. Parte General, tomo 1. Buenos Aires, Hammurabi. 1999. p 103 y ss.

¹⁸ Roxin, Claus, Gunther Arzt, Klaus Tiedemann. “Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal”. Versión española. Barcelona, Ariel S.A., 1989. p 34 y ss.

a un caso no expresamente previsto por la ley, un precepto que prevé casos análogos.

Se señala por parte de la doctrina (Cury, Novoa, Soto) que la *analogía in bonam partem* no vulnera el principio ni la legislación, en tanto (a nivel constitucional), no se violaría el texto de la constitución política, que prohíbe solo condenar. En contra se pronuncia Etcheberry, por las razones que expone fundamentadamente en su trabajo¹⁹.

Esto es todo lo que nos interesa de este sub-principio; pasaremos a estudiar los otros dos, para luego referirnos a su concreción constitucional.

1.1.2 “*lex praevia*”

Este requisito o sub-principio hace referencia a la irretroactividad de la ley penal (prohibición de). Se prohíbe introducir retroactivamente en la legislación, tanto la punibilidad de un hecho, como agravar con efectos retroactivos una pena ya establecida legalmente²⁰.

Se ha plasmado este principio en las diversas declaraciones de derechos humanos, como reacción a la arbitrariedad del *Ancien Régime*. Su fundamentación es debatido en doctrina desde antiguo. También ha causado problemas intentar justificar la retroactividad en beneficio del reo.

Puede decirse que, generalmente, las razones que se han ofrecido para justificar la irretroactividad de la Ley Penal vienen girando en torno a criterios que dimanen del régimen de garantías, que no sería otra cosa que la

¹⁹ Etcheberry, Alfredo. “Derecho Penal”. Tomo 1, tercera edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997. p 112.

²⁰ Roxin, Claus, Gunther Arzt, Klaus Tiedemann. Op cit. p 34-35

concreción del mismísimo principio de legalidad. La ley penal se ocupa de los hechos futuros, y no de los pasados; se legisla hacia el futuro, no hacia la historia (pues de lo contrario faltaría el requisito de generalidad que se le exige a la ley penal)²¹.

Este razonamiento nos impone una dificultad que ya es fácil de imaginar: ¿como justificar entonces la retroactividad de la ley favorable al reo?

Desde el retribucionismo se señala que si se pretende justificar la irretroactividad de la ley penal en la idea de la certeza, no es posible justificar la retroactividad de la ley más favorable. Señalan que la irretroactividad de la ley emerge como obstáculo a la sanción de hechos repudiables, y que perfectamente podrían ser penados en consideración a la garantía democrática que encierra la ley (fundamento del principio de legalidad para ellos)²².

1.1.3. "Lex scripta"

Se hace referencia con este sub-principio, a que solamente la ley es fuente del injusto penal. Se prohíbe fundamentar la punibilidad en el Derecho consuetudinario.

Se señala que la jurisprudencia, la doctrina, e incluso la costumbre, pueden ser fuentes de exclusión o atenuación de la responsabilidad. Esto pues la antijuridicidad no es una categoría propiamente penal; abarca todo el ordenamiento jurídico, y si es así, en cualquier parte del ordenamiento jurídico

²¹ Cobo del Rosal, Manuel, y Vives Antón, Tomas. Op cit. p 177 y ss.

²² Sobre este punto, véase: Jiménez de Asua, Luís. "La Ley y el Delito". Principios de derecho penal. Tercera Edición. México, Buenos Aires, Hermes 1959. p 149 y ss.

donde se les reconozca como fuente, se podrá encontrar en fundamento de atenuación o exclusión de responsabilidad²³.

Este principio, como los anteriores solo tendrá valor en tanto su conexión con el Estado Democrático de Derecho; si nos situamos fuera de aquel, estos límites perderán su fuerza evidentemente.

1.1.4. Otras derivaciones del principio de legalidad.

No es materia de este trabajo referirnos a otras aplicaciones del principio; baste mencionar, que, se reconoce como sub-principio, el que no existe crimen ni pena sin ley cierta. Con esto se quiere decir que el principio de legalidad impone sus exigencias no solo al juez que aplica la ley, sino también al Parlamento que la dicta. Las exigencias referentes al parlamento tienen por objeto reducir al mínimo razonable la posibilidad de decisión personal de los tribunales en la configuración concreta del hecho que se prohíbe²⁴.

La exigencia de determinación debe abarcar las causales de exclusión de responsabilidad. Es decir, abarcar todas las condiciones de las que depende la punibilidad de la conducta.

²³ Véase a: Bacigalupo, Enrique. "Derecho Penal". Parte General, tomo 1. Buenos Aires, Hammurabi 1999. p 133 y 134.

²⁴ Bacigalupo, Enrique. Op cit. P 126 y ss

1.2.- DE QUE MANERA ACOGE NUESTRA CONSTITUCION ESTE PRINCIPIO.

Debido a su estrecha y decisiva vinculación con la garantía de la libertad individual, no existe discusión acerca de su necesario tratamiento constitucional.

Ahora, ¿en que derechos o garantías podemos encontrar el principio de legalidad?: De cierto modo puede intuirse de que se trata de una derivación del derecho a la libertad individual, por los propios orígenes del principio (que como señalamos, buscaba evitar arbitrariedades propias del *Ancien Régime*).

La constitución de 1980 trata, según Enrique Evans, esta garantía (pues ya se dota de eficacia su ejercicio) como referida al proceso penal; dice, sic. “El N°3 del artículo 19 cierra con tres incisos dedicados exclusivamente al proceso penal. Y decimos exclusivamente ya que el concepto de “penas” está referido por el Art. 20 del Código Penal solo a las sanciones que se imponen en causas criminales y no se reputan penas la restricción de la libertad de los procesados, la separación de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo...”²⁵. Compartimos esta opinión solo en parte, pues si bien es evidente que se erige el principio de legalidad como una garantía del debido proceso, no es menos cierto que la garantía trabaja un poco más atrás también. Supone a mi juicio, no solo una obligación para el juez, sino que además, y por sobre todo, para el legislador (además se desprende del mismo texto cuando, por ejemplo, dice el artículo 19 N° 3 inciso 8: “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. Esto, como se

²⁵Evans de La Cuadra, Enrique. “Los Derechos Constitucionales”. Tomo 1 . Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999. p. 149; A juicio de este autor las multas administrativas no son penas; este punto es esencial en este trabajo, y se abordará más adelante.

verá, resulta de capital importancia cuando analicemos el problema de la responsabilidad de los entes colectivos.

En otro ámbito, me parece que la opinión de don Alejandro Silva Bascuñan, y Enrique Ortúzar, (Sesión 113, de 10 de abril de 1975, de la C.E.N.C.) en el sentido de que los principios contenidos en los tres incisos que se refieren a la cuestión (legalidad en general), deberían aplicarse no solo a las sanciones penales sino a toda sanción de otra naturaleza, aplicada por los tribunales la administración, resulta atendible. Eso si, como ya advertí con anterioridad, el contenido del principio para este caso, quedaría vacío de la significación penal; en este sentido, encontramos todo lo referente a la legalidad del acto administrativo. Sobre esta legalidad existe ya un importante desarrollo en Derecho publico, que parte de consideraciones de diversa índole, muchas de las cuales son ajenas al Derecho penal.

Ahora, ¿de que forma recoge la constitución cada uno de los sub-principios derivados del de legalidad?

El *Nullum crimen nulla pena sine lege stricta*, aparece recogido en el Art. 19 N° 3 inciso final de la constitución, en donde se señala: “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. Es decir, debe individualizarse exhaustivamente la conducta prohibida y la pena aplicable. Ya con esto, el juez deberá estarse al texto, y al momento de interpretar, le estará prohibido ampliar su aplicación a casos similares pero no contemplados por la norma; se impide al juez convertirse en legislador penal.

El *Nullum crimen nulla pena sine lege praevia*, se encuentra recogido en el mismo articulo y numero, pero en el inciso penúltimo, que señala: “Ningún delito

se sancionara castigara con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”.

El *Nullum crimen nulla pena sine lege scripta*, se recoge en ambos incisos anotados, en tanto se establece que solo por ley es posible crear un delito y determinar su pena²⁶.

El *Nullum crimen nulla pena sine lege certa*, se desprende también del mismo inciso final, cuando dice: “expresamente descrita en ella”. La conducta debe estar señalada en la ley completamente, con exactitud; aparece como una exigencia para el legislador.

1.3. AHORA BIEN ¿QUE IMPORTANCIA TIENE TODO ESTO ACA?

Voy a adelantarme a riesgo de vaguedad, mas no descuidare, en un apartado especial, en volver sobre todo esto con mayor detalle. Digo esto pues, sin haber analizado convenientemente las objeciones dogmáticas, no es posible enjuiciar apropiadamente las construcciones sobre responsabilidad en entes colectivos (o de estos), pues nos faltan aún muchos datos. Téngase presente que el objeto de este trabajo es precisamente tratar de demostrar que solamente será legitima una construcción de esquemas o sistemas de responsabilidad, cuando estos se ajusten a requerimientos constitucionales, que se plasman en el respeto de ciertas garantías inherentes al ser humano, que se derivan a su vez, del respeto que se debe por parte del estado, de la dignidad del hombre, limite infranqueable para la actuación estatal, cuando ese Estado es un Estado Social y Democrático de Derecho.

²⁶ Bullemore Gallardo, Vivian, y Mackinnon Roehrs John. Op cit. p. 28

Ahora, podremos adelantar ciertos conceptos:

Partiendo de la idea de que sea posible que un ente colectivo cometa algún delito (digamos, a una persona jurídica en principio), y que por la imposibilidad de sancionársele con una pena penal²⁷ y por motivos de política criminal deba sancionarse a alguien, y que esa sanción debiese aplicarse a quien pareciera en principio domina la organización (por ejemplo, el administrador, o algún directivo), desde el principio de legalidad se podrá decir²⁸:

Resulta algo rebuscado, pero es posible encontrar casos en que es posible plantear una inconstitucionalidad, fundada en la falta de ley. Se dará algo así cuando pretendiéndose la capacidad delictiva de la propia entidad colectiva, y no existiendo norma que resuelva la actuación en lugar o nombre de otro, se pretenda aplicar la sanción al representante habida la imposibilidad de aplicar una pena penal a la persona jurídica²⁹.

Déjenme especificar esto aún mas, con un caso extremadamente hipotético: Si, por ejemplo a un administrador representante de una empresa (configurada como persona jurídica) se le condena por la quiebra fraudulenta de esta, y como sabemos, en nuestra legislación se sanciona al deudor, y este no puede ser otro que la propia persona jurídica, y se funda el fallo (suponiendo que no se hubiese incorporado el Art. 232 en la Ley de Quiebras, referido a la actuación en lugar de otro) en el hecho de que al representante legal de la persona jurídica le obliga, en lugar de esta, el cumplimiento de aquellos deberes que le han sido impuestos (a la persona jurídica) por razones de interés publico, se

²⁷ Veremos esto con mayor detalle, cuando analicemos el tema de la multa, la disolución y otras sanciones que se pretenden penales cuando se aplican a los entes colectivos.

²⁸ Dejamos pendiente el tema de la multa a la propia sociedad. Debo dejar claro, y adelantándome un poco, que en mi opinión, tal multa jamás será pena penal en estos casos, por sus propias características como se verá.

²⁹ Insistiremos en esto; si no es posible sancionar penalmente, o aplicarle alguna medida de seguridad al sujeto activo del delito, no es posible hablar de responsabilidad penal.

estará vulnerando claramente el principio derivado del de legalidad: el de *Nullum crimen nulla pena sine lege scripta*, en tanto lo que se observa es, la creación jurisprudencial de una figura de responsabilidad penal (además se socavan otros principios evidentemente).

Inmediatamente se le podrá reprochar al autor de estas líneas la falta de cuidado en la selección del ejemplo y las consecuencias que de él se derivan: pues parece que más que un problema de legalidad nos encontramos frente a un presupuesto de responsabilidad por el hecho de otro, lo que vulnera más claramente el principio de responsabilidad por el hecho propio (o principio de personalidad de la responsabilidad penal), y más aun del principio de culpabilidad. Pero fíjese que deliberadamente se ha eliminado la cláusula que hace referencia a las actuaciones en lugar de otro, con lo que aparece infundada la aplicación de sanción alguna al administrador, problema de legalidad evidentemente.

Ahora, si bien la hipótesis es algo rebuscada, no debe dejarse de mencionar, pues las cláusulas que buscaban la responsabilidad del representante son más bien recientes (relacionadas con la irrupción de las figuras de asociación de forma masiva); también debemos dejar anotado, que en el esquema de responsabilidad por el hecho de otro, se supone que ese otro, cuando es una persona jurídica, es capaz de acción en sentido penal, cosa con la que no concordamos, y que parece ser la posición de, por ejemplo, Cobo Del Rosal³⁰.

Así, en resumen, lo que se viene diciendo es que, en todo caso donde sea posible encontrar en nuestra legislación figuras que reconozcan intrínsecamente la posibilidad de que un ente colectivo cometa delito, y que por

³⁰ Citado por: Gracia Martín. "El actuar en lugar de otro en Derecho Penal". Teoría general, tomo 1. Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985.

no mencionarse quien debe responder, ante la imposibilidad de imponer penas penales al ente mismo, y sin existir cláusula de actuación en lugar de otro, se planteara un problema de constitucionalidad si se pretende penar a algún representante o directivo de la colectividad³¹.

Insistiré, aunque suene majadero, que este es un caso hipotético, relacionado con lo que nos convoca, y que pretende nada mas ilustrar una posibilidad, a mi entender la única plausible pero absolutamente criticable e inviable. Un defensor de la tesis de la capacidad delictiva de los entes colectivos me podrá rebatir que en el esquema propuesto, no se podría hablar de responsabilidad pues falta la sanción, y que lo que ellos proponen es precisamente sancionar a la persona jurídica nada mas, sin entrar al tema de la responsabilidad que le pueda caber a los directivos y representantes. Esto es correcto; no hay sanción para el delito en el ejemplo propuesto, por tanto no existe responsabilidad del ente colectivo, y esto es así, pues como ya señalé, no se le puede sancionar penalmente, a menos que se entienda que la multa pecuniaria, la clausura, la disolución o suspensión de la entidad, y otras sanciones como la prohibición de contratar con el estado, o de realizar operaciones mercantiles en el extranjero, la intervención de la empresa³², etc., son penas penales aplicables al ente, cosa que no me parece en lo absoluto, y que supone falsificar la naturaleza misma de la pena. La única forma de sostener que en el ejemplo propuesto existe capacidad delictiva de la persona jurídica, (que como ya señalé, en mi opinión no puede actuar en sentido penal)

³¹ Ocurrirá esto cada vez que en la descripción de la conducta prohibida, se requiera de la calificación del autor, y ese autor en el caso concreto sea una persona jurídica (por ejemplo, deudor en el delito de quiebra).

³² Bacigalupo, Silvina. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Barcelona, Bosh, 1998. p 399 y ss.

es defendiendo una absurda dualidad delito-responsabilidad, que provoca tantas objeciones dogmáticas³³.

También es posible que encontremos problemas de legalidad en el caso que el legislador penal, conciente de la problemática que suscitan las actuaciones en lugar de otro, no resuelva de alguna forma, tentando a los tribunales a resolver de lege lata. Por esto la solución ha sido la incorporación de estas cláusulas, para aquellos sistemas en que no se estima posible la responsabilidad de la colectividad.

Las otras exigencias propias del principio de legalidad, como la que se impone al juzgador en el sentido de prohibirle la aplicación de una disposición que tipifica una determinada conducta a algún caso análogo, o aquella referida a la necesidad de que la ley sea previa a la comisión del hecho punible, pueden tener algún grado de significación en este discurso, pero su importancia es mas bien mínima. Solo téngase presente que toda derivación del principio de legalidad, tiene por función el proteger al individuo (ente psico-físico) de la actuación abusiva del estado, por lo que me parece cuestionable que se positiven modelos de responsabilidad colectiva, pues si bien sea difícil encontrar reparos desde la legalidad, desde otros principios aparecerán reparos serios y definitivos. Ahora veamos estos otros.

³³ Dualidad se toma acá en relación con el principio de personalidad de la responsabilidad penal. Se responde por el hecho propio, no por el ajeno.

2- SOBRE EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

2.1. CUESTIONES GENERALES

Se trata más bien de un principio reciente; es más bien difícil encontrarlo en las constituciones o en las declaraciones de derechos humanos.

Este principio excluye la legitimidad de toda pena que no tenga por presupuesto la culpabilidad del autor y que exceda la gravedad equivalente de la misma. De esta manera, el principio de culpabilidad se propone evitar que una persona pueda ser tenida por un medio para la realización de algún fin, es decir, se propone evitar la vulneración de la dignidad de la persona³⁴.

Sabemos que no es lo mismo el contenido del principio de culpabilidad con el contenido de la culpabilidad en sentido dogmático. Esta identidad de contenido solo es posible encontrarla en los sistemas neo casualistas. Desde el finalismo y el funcionalismo se distinguen claramente, denominándolos principio de personalidad de lo injusto (principio de culpabilidad, que es lo que nos interesa acá), y principio de culpabilidad o responsabilidad propiamente tal (culpabilidad en sentido dogmático, más adelante la trataremos).

El contenido del principio supone por un lado, la exclusión de la responsabilidad objetiva (exclusión de la responsabilidad por el puro resultado propiamente tal, es decir, se ha de requerir de dolo o culpa; exclusión de delitos agravados por el resultado; y exclusión del *versari in re illicita*), y por otro, la graduación de la responsabilidad en función de la culpa o el dolo. Es decir, en palabras de Francisco Muñoz Conde, se emplea el concepto de culpabilidad como lo contrario a la responsabilidad por el resultado, o responsabilidad

³⁴ Bacigalupo, Enrique. Op cit. P 168 y ss

puramente objetiva. En este sentido, continua el autor, el principio de culpabilidad impide la atribución a su autor de un resultado imprevisible, reduciendo las formas de imputación de un resultado al dolo, a la imprudencia³⁵

Bacigalupo aporta más detalles: La esencia de la culpabilidad no reside en el carácter del autor, ni en la conducta de su vida, sino en la posibilidad de haber actuado de otra manera en el caso concreto (culpabilidad por el hecho)³⁶.

Este principio en suma, tiene una doble incidencia en el sistema de responsabilidad penal; por un lado condiciona el si de la pena, y por otro, su quantum.

2.2. SU CONCRECIÓN CONSTITUCIONAL

Ya señalamos que este principio no se encuentra directamente acogido en las modernas constituciones, ni tampoco se encuentra en los tratados de derechos humanos, pero puede derivarse de otros principios, pues en muchos casos supone la concreción de estos; Garrido Montt y Cousiño Mac Iver reconocen desde luego, su grado constitucional³⁷

Es principio de que viene decantándose a partir de la segunda guerra mundial, y sus fundamentos, en palabras de Bacigalupo, son el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y la dignidad de la persona³⁸. Nos remitimos a lo

³⁵ Muñoz Conde, Francisco, y García Arán, Mercedes. "Derecho Penal". Parte general, segunda edición. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996. p 95 y ss

³⁶ Bacigalupo, Enrique. Op cit. P 168 y ss

³⁷ Garrido Montt, Mario. Op cit., y Cousiño Mac Iver. "Derecho Penal Chileno". Tomo 1. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1975.

³⁸ Bacigalupo, Enrique. Op cit. P 168 y ss

que se señaló acerca de la dignidad del ser humano como fundamento de todo derecho fundamental, sin perjuicio de otras aclaraciones en este apartado.

Ahora, ¿en donde se encuentra este principio en la constitución?: Sin duda, en diversas disposiciones, pero por su estrecha relación con la dignidad del ser humano, en las disposiciones o garantías constitucionales desarrolladas como expresión de este principio. Estas son, a mi entender las disposiciones referidas a la igualdad ante la ley (que se contiene en el artículo 19 N° 2 de la Constitución de la Republica), que entendemos debe referirse a su aspecto material, es decir, se debe aplicar la pena a una persona que se encontraba en igualdad de condiciones de actuar y motivarse por la norma; también se desprende del reconocimiento de la libertad personal, y a la seguridad individual, (artículo 19 N° 7 de la Constitución Política), pues solo cuando una persona sea libre en su actuar, se le puede imputar un resultado determinado. Las prohibiciones se dirigen siempre a personas que obran en circunstancias determinadas, que aseguren que su obra pueda serle imputada como obra propia, como ejercicio de su libertad.

Bacigalupo señala que una de las consecuencias del principio de culpabilidad es que no es admisible la responsabilidad por el mero resultado (responsabilidad objetiva), sin que medie dolo o imprudencia³⁹; esto parece estar fuera de toda discusión también en Derecho nacional.⁴⁰ Este es uno de los aspectos del principio que se encuentran expresamente recogidos en nuestra carta fundamental que, de la siguiente forma expresa: “La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”. (Artículo 19 N° 4 inciso 6). Según el profesor Evans de la Cuadra, esta disposición consagra la presunción

³⁹ Bacigalupo, Enrique. Op. Cit. p 170.

⁴⁰ Véase: Bullemore Gallardo, Vivian, y Mackinnon Roehrs John. Op cit. p. 29-30.

de inocencia del detenido y procesado: su culpabilidad debe ser probada y nunca será presumida.⁴¹

Esto que se dice, de la necesidad de dolo y culpa en el que actúa, es lo que nos lleva a rechazar todo vestigio de responsabilidad objetiva en derecho nacional. Por lo demás, ya la constitución consagra sendo límite al legislador sin lugar a dudas.

Por ultimo, si se reconoce que en estas disposiciones se contiene el principio de culpabilidad, cabrá a su respecto la aplicación del artículo 19, N° 26 de la propia constitución, esto es, “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.” Esto es central para este trabajo como se verá a continuación.

2.3. RELEVANCIA DEL PRINCIPIO PARA ESTE ESTUDIO

Déjenme citar en esta parte a Muñoz Conde, sic. “Parece hoy fuera de discusión en el moderno Derecho penal, que la pena tanto en su fundamento, como en sus límites, depende del grado de participación o responsabilidad subjetiva del sujeto en la realización del delito y que si esta falta..... carece de sentido imponer una pena ya que la norma no puede desarrollar la función motivadora que la caracteriza”.⁴²

⁴¹ Evans de La Cuadra, Enrique. Op. Cit. p. 150.

⁴² Muñoz Conde, Francisco, y García Arán, Mercedes. Op. cit. p.96.

Este efecto motivador de la norma, se explica en tanto los destinatarios de ella sean capaces de comprenderla, de interiorizarla, y de adecuar su conducta a ella. Este efecto de motivación es imposible (no está comprobado por lo menos), en otros seres de la naturaleza; mucho menos en las cosas. Por esto, si se piensa que es posible motivar a una determinada colectividad, es porque es posible la motivación no del conjunto en sí (que no es más que una abstracción), sino de cada uno de los individuos que la integran. Volveremos sobre esto.

Continuemos entonces con la ejemplificación tan a la mano: Supongamos que el legislador se decide por el sistema de responsabilidad (insisto en que creo que no es posible) de los entes colectivos, como proponen desde trincheras funcionalistas, y a la comisión de un delito, por ejemplo, de alzamiento de bienes del artículo 466 del Código Penal, se enlace una sanción de carácter pecuniario como sanción única, que se pretenda penal. Evidentemente una cosa así no podría pasar colada respecto del principio tratado, y esto por lo que sigue: Si se “sanciona” a la empresa o ente colectivo, la totalidad de los individuos que hacen parte de esta entidad se podrían ver afectados de alguna forma (suponiendo que la multa se repartiera internamente), sin tener en muchos casos, participación alguna en los hechos; y esto siendo generoso, pues en la gran mayoría de los casos, este tipo de multas terminan siendo incorporadas de alguna forma a los costos de la empresa, y cargados en definitiva a los propios consumidores. Volviendo a lo nuestro, parece evidente que los defensores de estas construcciones, que parecen partir casi siempre de consideraciones meramente preventivas, olvidan o simplemente menosprecian los principios, minimizando su importancia frente a consideraciones de política criminal. En el fondo, tratan de deformar o acabar de un plumazo en ciertos ámbitos, toda la rica evolución de la ciencia penal,

que pretende en definitiva, justificar y legitimar, de la manera más racional, la violenta intervención del estado en los derechos del individuo.

Insisto que esto que se anota es solo desde la perspectiva funcional; mas adelante explicaré desde mi propia perspectiva, como se incorporan este tipo de sanciones, y su función en el ordenamiento jurídico (sanciones que también se enlazaran a la protección de bienes jurídicos, incluso los mismos, pero en distinto grado).

Lo que se señala es que, situándonos hipotéticamente en la posición que se critica, no parece posible justificar la actuación del estado en este ámbito, pues cada vez que se sancione a la entidad, en realidad puede que se llegue a perjudicar a todos y a cada uno de los individuos del grupo, sin entrar a considerar si este individuo en particular participó o no en el hecho por el que debe responder; es decir, no se atiende a la culpabilidad de nadie, salvo una supuesta culpabilidad ad-hoc de la persona jurídica, sin contornos precisos hoy en día, y por ende absolutamente artificial. En este orden de cosas, parece aceptado que es valido instrumentalizar a los individuos para la consecución de un determinado fin (en este caso, la prevención), critica que se dirige ya a ciertos ámbitos del funcionalismo radical (léase Jakobs) por el propio Bacigalupo⁴³, y que no nos ha de ser indiferente, en tanto muchas categorías del autor germano sirven de base para la construcción de sistemas colectivizados de responsabilidad como veremos.

Ahora, volviendo a lo nuestro, el tema constitucional resulta decisivo a la hora de determinar el tratamiento que se debe dar al asunto. Así, valiéndonos del ejemplo ya propuesto, si una determinada sanción, v.gr. una multa, se impone a la colectividad organizada como persona jurídica, y esa multa es de

⁴³ Bacigalupo, Enrique. Op. cit. p 173.

tal magnitud, que signifique por algún motivo un detrimento grave en los intereses de uno de los individuos integrantes del ente, de manera tal que pueda entenderse que se le esta perjudicando de forma análoga a como lo haría la pena de multa penal (veremos mas adelante, como la multa pecuniaria puede ser pena penal, siempre que se den ciertos requisitos), se evidenciara la imperfección y arbitrariedad del sistema, toda vez que a efectos de prevención se prescinde de la culpabilidad del individuo, haciéndolo responsable objetivamente sin mas.

Ya Schünemann advierte la relevancia de la cuestión, cuando señala que, sic. “La problemática constitucional de un específico Derecho Penal de la empresa consiste, de un lado, en la falta de claridad del mecanismo preventivo con el perseguido y, de otro, en que al sancionar a las personas jurídicas se grava evidentemente a personas inculpables y no partícipes. En Derecho penal individual se amenaza con pena a la persona natural considerada autor si se infringiera la norma, y esta amenaza constituye la base y el marco de la sanción en caso de infracción de la norma. Puesto que la persona jurídica no actúa como tal, sino mediante órganos, ya sea mediante cualquiera que actúe por encargo y para la persona jurídica como órgano suyo en sentido amplio, el imperativo penal se dirige siempre, al fin y al cabo, solo a la persona natural cuya conducta se imputa a la persona jurídica. Si la persona natural correspondiente infringe la norma, la sanción impuesta por ello a la persona jurídica le afecta si se concibe a la persona jurídica de acuerdo a la teoría de la persona-asociación real, como una personalidad propia, como otro distinto del autor, y este otro tampoco hubiera podido evitar en absoluto la infracción de la norma, porque no es por si mismo capaz de acción.” Primer problema de culpabilidad, y cuestión que también puede criticarse desde el principio del hecho, si siguiendo esta tesis de la persona jurídica- ser real, se pretende el pleno respeto por los principios informadores del Derecho penal (pues una cosa

así supone imputar a otro algo en lo que no se ha participado de seguro). Luego continua el autor, sic. “ Pero si de acuerdo con la teoría de la ficción, se aíslan como personas naturales los miembros que están tras la persona jurídica, por ejemplo los accionistas de una sociedad anónima, entonces deviene totalmente evidente que los efectos perjudiciales que sobrevienen, por ejemplo, con la imposición de una multa en forma de recorte de los dividendos a repartir, afectan a personas no culpables, quienes, por regla general, ni siquiera tuvieron la posibilidad de evitar la infracción cometida, por ejemplo, por los miembros de la dirección de la sociedad anónima. Según el Derecho constitucional alemán (y por cierto, también el chileno como se anoto mas atrás, y de la forma que ahí se señala) se cierne entonces tanto un peligro de lesión del principio de culpabilidad contenido en el principio del Estado de Derecho como de lesión del principio de proporcionalidad, a causa de la inidoneidad de la sanción a la empresa para la protección del bien jurídico; y conforme con el desarrollo jurídico europeo, tanto de los estados firmantes de la Convención de Derechos Humanos como del ámbito jurídico de la Comunidad Europea, hay que partir, al menos desde la perspectiva de la tendencia, de una problemática de legitimación comparable⁴⁴.

Mas adelante el autor expone como ha de configurarse un sistema de responsabilidad en que para legitimar la pena a la colectividad, se evita recurrir a la culpabilidad, y señala como elemento legitimante (en vez de aquella), la necesidad del bien jurídico. Volveremos sobre esto mas adelante con más detalle.

Antes de continuar debo aclarar una cosa previamente eso si; ya he señalado que la multa que se aplica a las empresas o colectividades en

⁴⁴ Schünemann, Bernd. “La punibilidad de las Personas Jurídicas desde la perspectiva Europea. En: “Hacia un Derecho Penal Económico Europeo”. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995. p 581 y ss. Lo que aparece en paréntesis es mío,

general, no tienen naturaleza penal (ni las sanciones análogas o alternativas a tal sanción). Estas sanciones tienen fines diversos, y aunque pueden coincidir con los fines del Derecho penal, operan en planos distintos, porque, como ya se señaló, su influencia sobre el individuo que integra el ente, es mas bien menor, mediata, mientras que la intervención penal supone un ataque directo al individuo, o en ciertos y determinados casos, a sus propios bienes. Si no se entiende así, se ira perdiendo la distinción con el Derecho administrativo sancionador sin mas remedio. Ahora, yo creo que fuera del Derecho penal se puede sancionar (en sentido técnico-jurídico; véase a Gracia Martin, nota al pie N° 40) a la persona jurídica (ya dijimos que no será sanción penal), pero creemos que tal sanción será material y mediatamente una sanción para los propios individuos del ente, quienes determinaran de que forma se absorberá el gravamen; digo esto pues sigo convencido de que solo los seres humanos, las personas naturales, pueden infringir las normas y ser sancionados (individualmente o como infractor parte de una colectividad de infractores). Además, y yendo mas allá, coincido con Gracia Martin cuando señala que persona hay solo una y que solo técnico jurídicamente se puede hablar de persona cuando aludimos a las personas jurídicas.⁴⁵

Santiago Mir señala no con poca razón, sic. “Es cierto que el comportamiento humano no es solo presupuesto del injusto, sino también de la culpabilidad, y así, de todo el delito. La relación entre las notas de

⁴⁵ Gracia Martin hace referencia al concepto de persona jurídica, y señala que, sic. “Cuando hablamos de persona jurídica significamos ante todo y primordialmente, un concepto técnico-jurídico. En este específico sentido conceptual, son jurídicas todas las personas, también las físicas, pues aludimos con dicho concepto a una subjetividad jurídico-positiva, de la que emana la capacidad, atribuida normativamente para ser titular de derechos y deberes. Dicha titularidad puede ostentarla sin embargo, tanto una persona física cuanto un ente con sustrato social (persona jurídica), y aún, determinados entes con sustrato patrimonial (así entidades sin personalidad jurídica a efectos tributarios). Persona, en sentido jurídico es, pues, todo sujeto jurídico con capacidad jurídica plena”. En este sentido también, es que referimos la sanción; es decir, le agregaría a la descripción de Gracia, que a estos entes se les atribuye normativamente la capacidad para ser titulares de derechos, deberes, y determinadas sanciones extrapenales. Gracia Martin, Luís. “El actuar en lugar de otro en Derecho Penal”. Teoría general, tomo 1. Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985. p. 8.

comportamiento y antijuridicidad es interna, mientras que la que existe entre la primera y la de la culpabilidad es externa. El comportamiento no es un presupuesto externo al injusto: lo antijurídico es un comportamiento determinado. En cambio, en la culpabilidad se pregunta si el sujeto del comportamiento antijurídico puede ser culpado jurídico-penalmente del mismo”. Mas adelante señala y define delito como: “Comportamiento humano típicamente antijurídico del que es culpable su autor”. Como se ve, el autor refiere la comisión de un determinado delito, únicamente al individuo humano; y no podría ser de otra forma, pues como el mismo sostiene, sic. “La concepción de antijuridicidad como infracción de una norma imperativa o directiva conduce a exigir, como primer requisito de la misma que concurra un comportamiento humano. Solo el comportamiento humano puede intentar ser evitado por la norma.”⁴⁶

3- SOBRE EL PRINCIPIO DEL HECHO (RESPONSABILIDAD POR EL HECHO, O PRINCIPIO DE PERSONALIDAD DE LO INJUSTO)

3.1. CUESTIONES GENERALES

Este principio nos impone que, para que intervenga el Derecho penal, se requiere la comisión de un hecho por parte de un sujeto. La idea central en este sentido, es que se debe castigar al sujeto por lo que hace, y no por lo que es.⁴⁷ La prohibición que subyace a este principio, abarca todos aquellos supuestos en que se trata de hacer responsable a un individuo por aquello que es

⁴⁶ Mir Puig, Santiago. Op cit.p. 167 y ss.

⁴⁷ Bullemore Gallardo, Vivian, y Mackinnon Roehrs John. Op.cit. p 28-29.

realizado por otro, y en que no ha tenido participación relevante para el Derecho penal.

Zaffaroni se refiere a este principio al tratar el Derecho penal del acto, y señala, que, sic. “En sus versiones mas puras, el Derecho penal del acto concibe al delito como un conflicto que produce una lesión jurídica, provocado por un acto humano como decisión autónoma de un ente responsable (persona) al que se puede reprochar y, por lo tanto, retribuirle el mal en la medida de la culpabilidad (de la autonomía de la voluntad con que actuó)”. Continúa este autor, cosa que nos incumbe en exceso, con lo que sigue. Sic. “Este discurso no puede legitimar la pena porque ignora por completo la selectividad estructural (inevitable) de la criminalización secundaria, lo que determina que la pena retributiva se convierta en una pena preferentemente dedicada a los torpes, por lo que no se la puede legitimar desde la ética. Sin embargo, al incluir en su planteo la retribución jurisprudista, tiene incuestionables ventajas sobre la anterior” (sistema de responsabilidad del autor, o Derecho penal de autor); continua, sic. “Así, requiere que los conflictos se limiten a los provocados por acciones humanas (*nullum crimen sine conducta*), una estricta delimitación de los mismos en la criminalización primaria (*nullum crimen sine lege*), y la culpabilidad por el acto como limite de la pena (*nullum crimen sine culpa*)⁴⁸.

Ya de lo que se ha anotado se puede inferir claramente su vinculación con el principio de culpabilidad: no es más que una expresión, una especificación, una proyección de este. Cuando se dice que de lo que se trata es de que se castigue por lo que se hace, se hace referencia a que se debe castigar por aquello que le puede ser imputado al sujeto a titulo de dolo o culpa; se excluye por ende, la responsabilidad por el hecho de otros. Esta vinculación impide también que se introduzcan modelos de responsabilidad objetiva; esto pues se

⁴⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl. “Derecho Penal”. Parte general. Buenos Aires, Ediar, 2000. p.62 y ss.

debe excluir la responsabilidad por hechos respecto de los cuales no existe control, ni deber de control por el individuo.

Bacigalupo parece apoyarnos en esto en tanto trata el tema al referirse a la culpabilidad (eso sí, como categoría de la teoría del delito, no como principio). Señala, sic. “Desde todos los ángulos teóricos de enfoque del problema, es posible preguntarse si la culpabilidad ha de referirse a un hecho o a la total personalidad del autor.

Desde el primer punto de vista se tomara en cuenta para la culpabilidad solo la actitud del autor respecto de la acción típica y antijurídica cometida: entonces se hablara de culpabilidad por el hecho y ello significara que deberá considerarse únicamente el hecho delictivo, pero no el comportamiento del autor anterior al mismo, o inclusive, posterior..... La culpabilidad de autor (en la forma, por ejemplo, de la culpabilidad del carácter) parte de otras consideraciones: el hecho típico y antijurídico abre la posibilidad de un juicio sobre el comportamiento social del autor en general, antes y después del hecho. La realización de la acción típica permitirá juzgar la conducta del autor en forma total, para explicar el hecho delictivo como un producto de su personalidad”⁴⁹.

Novoa por otro lado, hace referencia al principio cuando se refiere al carácter personalísimo del Derecho penal, haciendo unas interesantes derivaciones; así, él señala, sic. “Una de las características mas diferenciales que presenta el Derecho penal en relación con otras ramas del Derecho, es su alcance personalísimo, en cuanto al individuo al cual debe aplicarse. El delincuente responde personalmente de las consecuencias penales de su conducta; la sanción que haya de aplicársele ha de recaer solamente sobre el. Esto significa:

⁴⁹ Bacigalupo, Enrique. Op cit. p.413.

- a) Que la pena solamente puede cumplirse en aquel que personalmente delinquirió; no pasa ella a otras personas;
- b) Que está vedado al delincuente obtener que otra persona cumpla por el la pena que le fue impuesta; no se admite la sustitución en el cumplimiento de esta, y
- c) Que con la muerte del delincuente concluye la posibilidad de sancionar criminalmente el hecho de que fue responsable.....⁵⁰.

Vemos que en este apartado se enlazan en definitiva, dos cuestiones que a nuestro juicio están tan intensamente relacionadas, que no es posible concebirlas por separado: por un lado, se trata de que se debe responder por lo que se hace, y por otro, se dice “se hace” queriendo significar que se debe responder por aquello que es posible imputar a su autor, a título de dolo o culpa.

3.2. SU CONCRECIÓN CONSTITUCIONAL

Tema sin duda central, y a estas alturas de seguro se intuye lo que sigue. Evidentemente que por su estrecha vinculación con el principio de culpabilidad, todo lo referente a esta proyección de tal principio aplica acá.

El que se deba responder por lo que se hace y no por aquello que no puede atribuírsele al individuo, además de la prohibición del denominado Derecho penal de autor a que hicimos referencia, se deriva del respeto que se debe en un estado social y democrático de Derecho a la dignidad del ser humano. Por esto, también valga la referencia a aquello, sin duda.

⁵⁰ Novoa Monreal, Eduardo. “Curso de Derecho penal Chileno”. Parte general. Santiago, Editorial Jurídica, 1960. p 31.

En nuestro texto positivo, encontramos referencias al principio (de manera mas especifica, pues en todo desarrollo de principios y garantías derivadas del reconocimiento a la dignidad del ser humano, encontraremos sustento fértil) en el mismo artículo 19 N° 3, que a nuestro juicio, en su inciso sexto, le recoge de alguna forma. Esto pues si la ley no puede presumir de derecho la responsabilidad penal, es porque existe la idea de que debe probarse la culpabilidad del sujeto, y si usted, por ejemplo decide penar a un sujeto por lo que hace otro sin mas, es decir sin enjuiciar su participación, ¿no estará estableciendo un ámbito de responsabilidad objetiva? ¿No supone la responsabilidad objetiva una suerte de presunción de derecho de responsabilidad? Esto último que se dice es uno de los supuestos de responsabilidad objetiva a que hace referencia Cousiño Mac Iver, cuando trata los tipos de responsabilidad objetiva y dice, sic. “En numerosas leyes especiales que ha proliferado en nuestro país en los últimos tiempos, se describen tipos punibles que rompen los principios que estructuran los delitos, pues la responsabilidad no se funda en la realización de una acción, sino en el hecho externo trascendente, con la característica, de extrema gravedad, de que no se trata necesariamente del hecho propio, sino que bien puede ser el ajeno.”⁵¹

Se extraña una mayor especificación del principio en nuestra carta fundamental, pero me parece que es claro que aun con lo poco que se contiene, es posible fundar satisfactoriamente el principio de la manera expuesta.

⁵¹ Cousiño Mac Iver, Op. cit. p. 563 y ss.

3.3. IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO PARA ESTA EXPOSICION

Sin duda debería representar el mayor obstáculo para la pretensión de hacer responsables a los entes colectivos, y aun a las propias personas jurídicas (cuando se pretenda ver en estas a una realidad en los términos ya vistos más atrás).

Este principio, al que prefiero denominar principio de personalidad de lo injusto, cobrara relevancia cuando se pretenda elaborar sistemas de responsabilidad colectiva en que sancione a toda la estructura de una determinada asociación, con o sin personalidad jurídica, sin considerar la participación de los individuos que se verán afectados (cuando sea posible) con algún gravamen que pueda tener significación penal. Esto ocurrirá solamente, a mi juicio, cuando se distribuya la sanción (multa) prorrateándola en relación a la participación, o el cargo que se ostenta.

Repito, que cuando ejemplificamos, lo hacemos desde la posición que se critica; tratamos, en principio, de observar que ocurre realmente con la sanción que se impone a la colectividad, organizada como persona jurídica o no (sanción que por lo demás se pretende penal), pues como ya se ha señalado insistentemente, resulta imposible (desde la tesis criticada) que aquella no termine afectando a algún individuo, pues solo se puede sancionar y afectar, en ultima instancia (en todo ámbito de cosas) a quien puede infringir las normas, y solo puede infringir la norma quien puede motivarse por ella, y sabemos que las cosas y demás construcciones humanas no pueden (por carecer de razón y voluntad propia). Obviamente que si alguien llega a probar indiscutiblemente que esto no es así, esto es, que solo los seres humanos considerados individualmente son capaces de motivarse por las normas, y que otras estructuras y objetos también lo pueden, y con absoluta independencia de los

sujetos que la integran (es decir, prescindiendo absolutamente de la voluntad y razón del individuo humano), este trabajo y sus deducciones carecerán de valor alguno.

Ahora, en el ejemplo de mas atrás, creo que solo será posible entender que existe responsabilidad penal de los individuos del grupo cuando el porcentaje de la multa deba ser pagado solo por ellos, y su incumplimiento (individual), acarree la sustitución de tal sanción por otra pena penal (por ejemplo, cárcel). Si no es así, la multa en este caso no tendrá naturaleza penal, y para su solución, en definitiva, deberá estarse a las relaciones internas, propias del Derecho privado (por ejemplo, la renuncia de uno de los individuos del grupo, puede significar que su cuota grave a los demás). Ahora, en caso contrario (si se da el supuesto que se anota), se evidenciara lo arbitrario del sistema. Se nos podrá replicar que es irrelevante el como se pague en definitiva la multa; que lo único relevante es la sanción y su función de motivación, y que por apta, plausible como sanción penal.

Pues bien, si es posible un sistema de responsabilidad como el propuesto (en el párrafo anterior), dicho sistema seria del todo cuestionable a la luz del principio ya analizado, y por estar este acogido en nuestra carta fundamental, también inconstitucional.

Una ultima cosa, y que me parece algo decidora del estado de la cuestión, viene de la mano de unos de los intentos de construcción de lo modelos criticados. Zúñiga Rodríguez señala que en el caso de la responsabilidad de las personas jurídicas no nos encontramos frente a un caso de responsabilidad

directa, sino vicaria, es decir, no coincide el sujeto de la acción, con el sujeto de la sanción.⁵²

Una cosa así, es precisamente lo que se critica; que existan ámbitos de responsabilidad en los que el que actúa no es sancionado, sino otro en su lugar; nada más contrario al principio que nos convoca. Todo esto que se dice, obviamente es partiendo de la posición que se critica, pues a mi juicio, si lo que se quiere significar es que la persona jurídicas actúan por medio de sus representantes, y que ante la comisión de algún delito por alguno de ellos debe responder misma persona jurídica, no podré sino distanciarme aún más de tal construcción, pues ya he dicho que no creo en absoluto en la capacidad criminal de tales entes.

⁵² Zúñiga Rodríguez, Laura. “Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas”. Navarra, Aranzadi, 2000. p. 51. Me parece necesario hacer una referencia extra a este apunte. La autora señala que conforme a la teoría general del derecho se distingue entre responsabilidad directa, que es la propia del derecho penal, y la responsabilidad indirecta o vicaria, cuando no coincide el sujeto que realiza el acto ilícito, y el sujeto de la sanción. Luego señala que en derecho penal solo se admite en principio la responsabilidad directa (principio de culpabilidad –responsabilidad personal, según ella, que no es más que el principio acá tratado de personalidad de lo injusto). Ahora, señala, este principio admite excepciones, como son el caso de la responsabilidad de los representantes de sociedades, y la autoría mediata. Ni lo uno ni lo otro; para usar el primer ejemplo debe suponer que se trata de una situación ajena de discusiones, lo que está muy lejos de la realidad; es precisamente el rechazo de esta responsabilidad por otro, sin consideración a la participación real del sujeto, lo que ha llevado a trabajar a parte de la doctrina en modelos más respetuosos del principio que acá se trata; respecto del segundo ejemplo, se le podrá replicar, que en caso de la autoría mediata, de lo que se trata es de sancionar al sujeto por lo que hace, bien sea usando de otro como instrumento; no supone una responsabilidad por otro.

4- ALGUNOS APUNTES SOBRE EL PRINCIPIO DE MINIMA INTERVENCION DEL DERECHO PENAL, DE PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD, Y DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Como ya se señalo anteriormente, los principios mas atrás tratados han sido desarrollados a partir del individuo, y del respeto que se le debe a su dignidad. Pues bien, lo propio se puede decir de estos principios.

Bustos señala respecto del principio de mínima intervención (que él denomina principio de la absoluta necesidad de la intervención, en referencia a Beccaria), que, sic. “Conforme a este principio la intervención penal del Estado solo estaría justificada en tanto que resulte necesaria para el mantenimiento de su organización política en un sistema democrático. Todo lo que fuese mas allá de lo estrictamente necesario seria autoritarismo y una grave lesión a los principios democráticos del Estado, a sus bases de sustentación⁵³.

También Muñoz Conde colabora así, sic. “El poder punitivo del estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. Con esto quiero decir que el Derecho Penal solo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones mas leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del Derecho⁵⁴.

Señala Bustos, que de ese principio derivan otros que le dan contenido preciso, y son precisamente los otros dos principios que integran el titulo de este párrafo, esto es, el principio de subsidiariedad (vinculado al principio de extrema ratio) y el principio del carácter fragmentario del Derecho penal.

⁵³ Bustos Ramírez, Juan. “Obras Completas”. Tomo 1, Derecho Penal, parte general. Lima, ARA Editores, 2004. p. 548 y ss.

⁵⁴ Muñoz Conde, Francisco, y García Arán, Mercedes. Op. cit. p 71 y ss.

Muy resumidamente se puede decir que el primero significa que, si bien el Derecho penal cumple una función de protección de bienes jurídicos, (como el resto del Ordenamiento Jurídico), solo debe intervenir cuando fracasan las demás barreras protectoras (de otros sectores del ordenamiento jurídico); en este sentido se señala, que el Derecho Penal es de extrema ratio.

En tanto, el segundo de los principios enunciados, (y derivado del primero de ellos) relacionado estrechamente con el anterior, nos señala que dada la gravedad penal, no es posible utilizarlo frente a toda situación lesiva del bien jurídico, sino solo respecto de hechos muy determinados y específicos⁵⁵.

Todo esto que se dice va a tener repercusiones a la hora de juzgar lo que se critica en este trabajo. Esto pues, partiendo de que fuese posible responsabilizar penalmente a las colectividades (sea en si mismas, o significadas por la construcción de la personalidad jurídica), no cabría mas que concluir que se ampliaría tremendamente el poder punitivo del estado.

Creo que es así, toda vez que los autores que defienden tales posiciones (criticadas), como se vera mas adelante, defienden la mantención de las sanciones a los sujetos que integran el ente, y que han tenido participación en los hechos, junto con esta responsabilidad del propio ente actuante. Volveremos sobre esto evidentemente.

Por ultimo, no puedo dejar de mencionar un principio que se deriva también del principio base tratado; me refiero a aquel a que señala Bustos y que denomina: “La consideración del control penal desde sus consecuencias”. Señala este autor: sic. “La consideración del control penal desde sus

⁵⁵ Bustos Ramírez, Juan. Op cit. p. 549.

consecuencias significa que es necesario considerar previo a todo, si el ejercicio del *jus puniendi* pueda ser mas perjudicial para las personas, caso en el cual no ha de utilizarse”⁵⁶.

Evidentemente que lo será toda vez que introduzca en el sistema nuevas formas de imputación, para unos mismos hechos, que ya han sido materia de consideración penal, y que podría acarrear una doble incriminación por una misma conducta.

IV- ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Ya con lo que se ha dicho se puede adelantar un juicio sobre el tema que nos convoca: desde la perspectiva de los principios que informan nuestro Derecho penal, no es posible concebir sistemas de responsabilidad colectivizada. Lo dicho, como se ve, parte de consideraciones de Derecho interno, sin perjuicio de que tales cuestiones tengan aplicabilidad en todo sistema en que se reconozcan validez y eficacia a los principios analizados.

Todo lo que se ha dicho, como ya se ha señalado insistentemente, tiene como supuesto, el que fuera posible hablar de responsabilidad de la colectividad (organizada o no como persona jurídica) y mas aún, de responsabilidad penal, supuesto sobre el que trabajan la posición que se critica.

⁵⁶ Bustos Ramírez, Juan. Op cit. p. 548.

Es claro a estas alturas, mi opinión a este respecto: no creo que sea posible hablar de responsabilidad penal de las personas jurídicas; y cuando se dice que fuera del Derecho penal, si es posible hacerlas responsables, es porque entendemos que esto es así solo técnicamente (véase la nota al pie N° 41). De esto que se dice, tenemos que dar cuenta mas adelante cuando tratemos el tema de las sanciones que se pretenden panales.

Hemos dejado deliberadamente fuera de los ejemplos propuestos, la referencia a otras sanciones que se señalan posibles para la colectividad; nos hemos enfocado en la más típica y mas citada como sanción penal susceptible de ser aplicada a los entes colectivos, esto es, la multa. Se han dejado las otras para más adelante, pues requieren mayor comentario.

También hemos señalado que en este trabajo se trata en conjunto la responsabilidad de los entes colectivos, con la responsabilidad de la propia persona jurídica; se dijo, que tal tratamiento se da en razón de que la segunda ha de quedar incluida en la sistemática del tratamiento de la primera; ambas cosas son en esencia lo mismo. La personalidad jurídica es una creación del intelecto que viene a solucionar problemas de carácter económico (en general). Penalmente, en mi opinión, ambas cosas deber verse como equivalentes. Cualquier hecho delictivo cometido al interior, o por medio de estas figuras, debe tratarse igual, pues desde el punto de vista del injusto no es posible visualizar mayores diferencias des-valorativas: en ambos supuestos se hace uso de una estructura para facilitar la comisión de hechos dis-valiosos, solo que en uno de ambos casos (cuando el instrumento es una persona jurídica), la estructura tiene especial valoración en el Derecho privado.

No se piense que estos comentarios suponen eliminar de tajo toda relevancia de las figuras de asociación organizadas como personas jurídicas. Eso no es así; la verdad es que estas estructuras si importan en relación con

ciertos delitos: así, los ciertos delitos societarios que se configuran en consideración a la estructura del ente. Pero considerar esta estructura como elemento del tipo del delito (elemento pre -típico normativo), no puede llevarnos a yerro, pues el sujeto de imputación siempre será un sujeto en sentido natural, una entidad psico-física a la que denominamos persona.

CAPITULO SEGUNDO

CONSTRUCCIONES EN COMENTO: SOBRE LA SUPUESTA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURIDICAS Y DEMAS ENTES COLECTIVOS

I- CUESTIONES GENERALES Y ESTADO DE LA DISCUSION

1- ADVERTENCIA PREVIA

Antes de entrar en materia debo señalar que, por la gran cantidad de material existente sobre la cuestión (de la responsabilidad de las propias personas jurídicas), he acotado esta investigación a aquellos trabajos que revisten mayor importancia por su elaboración. Mucho otro material será solamente referido y no discutido mayormente. Entenderán ustedes que la cuestión que se trata, es materia de tratados mucho más extensos, que están fuera del alcance de una tesis como esta.

Solo se tratará, por tanto, a aquellos autores que han aportado con construcciones, o intentos de construcciones que revelan un profundo estudio sobre la materia.

2- SOBRE EL FENOMENO DELICTUAL IN SITU

No puedo sino partir con este análisis haciendo referencia a la raíz del problema; la llamada nueva delincuencia, delincuencia de cuello blanco (*White-*

collar-criminality, en palabras de Sutherland), y delincuencia empresarial en general.

Sin duda, en los últimos tiempos, la especial relevancia que ha alcanzado la criminalidad económica dentro de los países industrializados, ha puesto en el tapete el que normalmente estos delitos se cometen en el seno de colectividades, normalmente organizadas como personas jurídicas; se ha señalado que estas se han transformado en muchos casos, en un especial factor criminógeno, que favorece en muchos casos la eficaz lucha contra su prevención⁵⁷. Se suele señalar, por quienes defienden la posición que se critica, que algunos de estos delitos se cometen no ya por un sujeto individual, sino que por el ente colectivo mismo (cuando se trata de delitos contra la salud pública, hacienda pública, medio ambiente, etc.).

Así, por la relación indudable del tema con la delincuencia económica, es que ya se intuye se refiere la cuestión a tratar, a todas aquellas acciones punibles y las infracciones administrativas que se cometen en el marco de la participación de una persona jurídica (en nuestra opinión, mas allá de esta estructura) en la vida económica y el tráfico jurídico.⁵⁸ Por esto, es que se hace necesario hacer una revisión somera de todos aquellos casos es que la desesperación reinante en algunos, lleva a la construcción de modelos que sin duda resultan impracticables, por inútiles y dogmáticamente incorrectos, y que solo representan un buen ejercicio de imaginación fértil.

Previamente, unos apuntes pertinentes de la profesora Silvina Bacigalupo nos aclararán e ilustrarán más a este respecto para limitar contenidos, dice, sic. “En este contexto, resulta de especial importancia la criminalidad de empresa,

⁵⁷ Zúñiga Rodríguez, Laura. Op cit. p. 18

⁵⁸ Bacigalupo, Silvina. Op cit. p 26

como una suma de todos los delitos que se cometen a partir de una empresa o a través de entidades colectivas. La criminalidad de la empresa establece así una frontera, por un lado, respecto de los delitos económicos cometidos al margen de una organización empresarial y, por otro lado, respecto de los delitos cometidos dentro de la empresa contra la empresa misma o contra los miembros de la empresa.”⁵⁹ No existe dificultad mayor, cosa que desde ya nos parece discutible partiendo de la tesis que se critica, en someter a los individuos colaboradores de la empresa que cometen delito contra la empresa misma (en términos mas amplios, colectividad para nosotros), o contra otros de sus colaboradores, a las normas o reglas de imputación de los delitos comunes. Digo que me parece ya discutible pues supone hacer una diferencia arbitraria, (dejando de lado toda consideración sobre la gravedad del injusto) en el sentido que a los delitos que se cometen desde dentro y hacia adentro se les aplique un tratamiento diferenciado de los delitos que se cometen desde adentro hacia fuera. Piénsese por ejemplo que una empresa de disolventes industriales, por problemas en la línea de producción, genera un accidente de proporciones que implica la muerte por envenenamiento de varios de sus trabajadores y un par de transeúntes que pasaban casualmente por la calle en ese momento. La posición que se critica debería decir, para ser consecuente, que respecto de las víctimas que trabajaban en la empresa, corresponde que los encargados de la empresa (sus representantes, u otros individuos a los que les sea atribuible el accidente) sean enjuiciados por el delito a cuasidelito que corresponda, mientras que por los peatones, solo la empresa debe ser sancionada por ser ella la responsable penalmente por el accidente.

También me parece discutible el que se señale que no existe mayor dificultad en aplicar las reglas de la imputación de los delitos comunes a los supuestos de delitos que se cometen desde y hacia adentro, pues supone que

⁵⁹ Bacigalpo, Silvina. Op cit p 27

es posible siempre llegar a los autores sin mayor dificultad, cosa que se opone al punto de partida de las construcciones que se critican: la dificultad de imputar, en la gran mayoría de los casos, a algún individuo del conglomerado como autor o participe del delito, por la complejidad de los procesos propios de la actividad empresarial y por la división de funciones. Piénsese en el ejemplo propuesto; será tan difícil identificar a los autores del delito respecto de los sujetos afectados dentro de la empresa, como fuera de ella.

Ahora, si bien no concordamos con lo que se acaba de señalar, utilizaremos el esquema propuesto por la posición que se critica (es decir, el ámbito que señalan como conflictivo) para explicar el problema, pues allí es donde la discusión es ardua.

Sin duda alguna la raíz de todo el problema esta dado por la complejización de los sistemas sociales, palpable ya en el desarrollo social de lo últimos tiempos. Vertiginoso crecimiento de las ciudades, la división de trabajo, la proliferación de estructuras colectivas que complejizan de sobremanera las organizaciones sociales y políticas de nuestro tiempo, y por cierto, las formas de control de la conducta desviada⁶⁰

La colectivización, la organización, la división del trabajo, las jerarquías, son todos elementos consustanciales a los sistemas sociales modernos. La psicología social y la teoría moderna de las organizaciones nos enseñan que los comportamientos de los individuos cambian al interior de los grupos sociales. Los individuos se sienten amparados por la cobertura de un grupo y se arriesgan a conductas que no se atreverían individualmente. Esto explicaría la posible actitud criminal del grupo. Esto ha llevado a que se piense que el grupo no es una unión o suma de sus miembros, sino que un ente distinto con sus

⁶⁰ Zúñiga Rodríguez, Laura. Op cit. p. 67

reglas y dinamismo propio (partiendo de construcciones basadas en parte en la sistemática de LUHMANN).

Si bien esto puede ser así en sociología, no puede sin más ser transplantado al Derecho; eso pues en esta rama de la ciencia social, el individuo es y debe ser tratado siempre como lo que es: individuo. Esto pues solo así es posible legitimar ataques a sus derechos; solo cuando sea posible explicarle que producto de la exteriorización de su voluntad ha infringido una norma, y que resultado de aquello se le sanciona de tal forma, se podrá hablar de intervención legítima. La actuación grupal podrá siempre ser tomada en cuenta para efectos de agravar, o incluso atenuar la responsabilidad (dependiendo del des-valor de la conducta de que se trate), y solo ahí tal factor criminógeno será considerado.

Volviendo, puede decirse que producto de la complejidad (por la división del trabajo, asimetría de la información, jerarquías, principios internos como el de confianza, obediencia etc.), se pueden producir en la práctica, una serie de lesiones de bienes jurídicos que serán atribuibles difícilmente a un solo individuo, sino que a varios (según mi opinión). Algunas personas han querido ver responsabilidad del ente colectivo basándose en que se constata que muchas de las lesiones a bienes jurídicos que se observan, son resultado a menudo no de la concreta decisión de una sola persona, sino que de propios defectos empresariales (de los que extrañamente no es posible responsabilizar a nadie en específico). Así, sostiene Zúñiga Rodríguez, sic. "No es pues, la conducta de una sola persona, ni la de varias personas, sino la interrelación de innumerables conductas, la mayoría de ellas imprudentes y muchas de ellas por omisión, las que interrelacionadamente producen lesiones para los bienes jurídicos. En este contexto, es la omisión de deberes lo que produce un efecto lesivo en bienes jurídicos, por lo cual los delitos de omisión y la posición de

garante vienen a ser las categorías penales que se aplican por excelencia. Si a esto se une que la construcción de las sociedades es de persona jurídica, esto es, que se escinden las conductas de sus miembros de la responsabilidad, tenemos un panorama bastante complejo para individualizar la responsabilidad con los criterios de imputación existentes diseñados a partir de un delito naturalístico.”⁶¹

Esto, que en principio es cierto, no deja de ser sino una parte del problema (la autora así también lo intuye); al margen de estos delitos de “organización” existen una serie de delitos dolosos de acción, que merecen especial tratamiento (por ejemplo, la adopción de acuerdos ilícitos por parte de los directores de las sociedades, a más de posibles delitos culposos), por lo que no se puede enfocar el problema solo desde la perspectiva ya anotada.

Apuntes interesantes encontramos de esta autora, respecto de la sociedad globalizada y la criminalidad transnacional (macro criminalidad organizada). Además resulta clarificadora la descripción del panorama que nos llama. Señala la autora (en resumen), que se destacan como características de la nueva criminalidad (macro-criminalidad, criminalidad del bienestar producto de las sociedades post-industrializadas y del proceso de globalización actual), que urgen respuesta por el Derecho penal, las que siguen:

1- La criminalidad moderna se presenta interrelacionada con las características de las sociedades modernas: participa de sus caracteres de complejidad, comunicativa, de riesgo, globalizada, en continua transformación

⁶¹ Zúñiga Rodríguez, Laura. Op cit. p. 69

2- Comunicativa, pues el fenómeno criminal se presenta como un proceso de intercomunicación entre individuo y sociedad (entran en juego la semiótica, o simbología, de lo que es delito).

3- Es compleja, porque el fenómeno criminal se inserta en sociedades organizadas, institucionalizadas, donde las relaciones sociales se producen en organizaciones, colectividades.

4- La criminalidad moderna es una criminalidad de riesgo. La sociedad asume una serie de riesgos a fines de asegurar un determinado bienestar para sus integrantes. Estos riesgos en muchos casos terminan materializándose en daños para los bienes jurídicos. Se plantean serios inconvenientes para contener los riesgos.

5- La criminalidad moderna es una criminalidad globalizada. La criminalidad moderna se vale de redes internacionales del comercio e información.

6- La criminalidad moderna es reflejo de la crisis del modelo económico del Estado de Bienestar. Desempleo, recortes en gastos sociales (en Europa), los cambios culturales que propician comportamientos insolidarios, concentración de individuos en grandes urbes, etc.⁶²

Todo esto que se dice, caracteriza la moderna criminalidad en términos generales. La criminalidad de empresa resulta ser una expresión de todo aquello; se habla ya de una tercera revolución industrial, caracterizada por la asunción de riesgo como algo necesario. El consumo justifica el riesgo, y se acepta la puesta en peligro de ciertos bienes jurídicos. Se habla de riesgos colectivos, riesgos de masas.

⁶² ⁶² Zúñiga Rodríguez, Laura. Op cit. p. 77 y ss

Las empresas se organizan y resultan en estructuras altamente jerarquizadas, complejas, y con tendencia a las fusiones, absorciones, y concentraciones en general.

Schünemann refiere y analiza estas estructuras lógico objetivas y señala, respecto de su organización lo que sigue, sic. “El poder de dirección en la empresa se apoya en cuatro pilares, que pueden ser ejecutados de forma fuertemente diferenciada según la estructura concreta de organización; es decir, la estructura jerárquica que se traduce en el poder directivo o derecho de dirección; la distribución del trabajo que aumenta hacia abajo en la estructura de organización con una vista panorámica o de conjunto en descenso y con una fungibilidad creciente de los órganos de ejecución; la formación de un sistema de conducta que casi funciona por si mismo, basado en procesos de aprendizaje colectivo, mantenimiento de los valores y rutinas de acción; y finalmente, el poder de determinación sobre medios de producción objetivos⁶³.

Este modelo, que representa el ideal, se encuentra aún presente en empresas que se organizan linealmente, pero no es la regla general hoy en día. Así el propio Schünemann señala que este tipo de empresas pueden haber quedado de lado por la proclamación de la producción ligera (*lean production*), y de la dirección ligera (*lean management*).⁶⁴

⁶³ Schünemann, Bernd. “Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio”. Madrid, Editorial Tecnos, 2002. p. 131-132.

⁶⁴ Básicamente se trata de procesos de optimización en la producción, por un lado (*lean production*) aprovechado mejor los recursos y enfocándose prácticamente en la esencia del negocio, (permite la subcontratación si es necesario, y esto nos interesa acá); por otro (*lean management*) representa la ingeniería de proceso; la idea que esta detrás de todo esto, es disminuir el despilfarro y aumentar los beneficios, por lo que si es necesario modificar las estructuras clásicas de organización, se hace sin mas.

No obstante esto, parece que la relevancia de estos procesos es más bien relativa pues como señala acertadamente Schünemann, la posición jerárquica de aquellos que aparecen en la cima no se ve afectada.

Gracia Martin, también en esta línea señala, sic. “Un hecho que no cabe desconocer es que en las sociedades actuales la mayoría de los procesos de actividad se rigen por el principio o por la pauta de división de funciones. A esto debe agregarse aún la gran movilidad social que preside la puesta en práctica de determinadas actividades sociales, lo que da lugar con frecuencia a que el titular de una determinada actividad- persona física o ente colectivo- transfiera a otra persona la gestión, dirección o control de determinadas parcelas de actividad. De este modo puede observarse que, con frecuencia en el ámbito económico y financiero, un ámbito de protección de la norma aparece controlado por una pluralidad de sujetos, cada uno de los cuales, sin embargo, actúa desde su propia posición o rol social. A menudo, incluso, la ejecución de un determinado plan de actuación es producto de decisiones diluidas personalmente que no cabe atribuir a este o a aquel sujeto concreto.”⁶⁵

Se ve que tampoco parece estar en cuestión el que aun en estos modelos de organización, se mantiene el dominio de la organización por alguien determinado que se ocupa de la determinación de los procesos (cuya ejecución ha de quedar en otras manos, como señala los autores citados). Schünemann señala que la limitación del dominio solo será posible en tres supuestos; la división del trabajo dentro del órgano de dirección; en una puesta a salvo de las funciones de la empresa a través de la construcción de un consorcio; o, finalmente, en un cambio o traslado a sub-empresarios. También queda por investigar (para el autor), aparte de estas constelaciones especiales, la separación que existe entre la dirección de la empresa como órgano de

⁶⁵ Gracia Martin, Luís. Op cit. p 59.

decisión, del órgano de ejecución propiamente tal, donde existe una reciprocidad entre la acción verificada y la influencia del suceso⁶⁶.

Otra reciprocidad observada por el autor dice relación con la de la técnica competente y el poder de decisión, pues, según sus palabras, las preguntas concretas de seguridad técnica no pueden ser totalmente dominadas por un miembro de la junta directiva con formación técnica previa, por reclamar estas materias, por su complejidad y particularidad, un conocimiento especializado enorme⁶⁷. Nos referiremos a esto como asimetría de la información.

Todo esto que se ha venido esbozando llama la atención profunda de sin número de autores, que observan preocupados, como las categorías dogmáticas tradicionales se ven puestas a prueba, y en ciertos casos fallan, a la hora de enjuiciar comportamientos que a todas luces resultan lesionadores de bienes jurídicos protegidos por la norma penal.

Problemas como la determinación de la autoría por desconexión con la ejecución de la acción típica, por interrupción de los cursos causales, por ausencia del dominio del hecho u otras formas de imputación del hecho, problemas con la participación criminal, los deberes de garante, etc., que salen a la luz, se pretenden solucionar por parte de la doctrina, funcionalizando las categorías dogmáticas a extremo, para dar cabida a una suerte de responsabilidad colectiva, ante la imposibilidad (a su juicio) de la determinación de los verdaderos responsables y los demás partícipes. A mi juicio, muchos de estos problemas que se pretenden solucionar con estas construcciones, no son más que problemas de prueba; en este sentido, cierta expresión de

⁶⁶ Schünemann, Bernd. Op. cit. p 132

⁶⁷ Schünemann, Bernd. Op. cit. p. 133.

Schünemann puede ser usada acá: tales soluciones confunden en una forma inadmisibile el nivel jurídico material, con la cuestión de las pruebas.⁶⁸

Hoy en día, los supuestos concretos que se presentan en la practica se encuentran relacionados, fundamentalmente, con cuatro grupos principales de casos, en los cuales puede ser relevante (según Bacigalupo S.) la sanción de la responsabilidad de la empresa: a) peligros contra el medio ambiente; b) peligros dentro de la empresa; c) peligros del producto y d) peligros en el ámbito del transporte. Los casos de peligros contra el medio ambiente se refieren a los delitos contra el medio ambiente e infracciones de otras leyes sectoriales protectoras del medio ambiente, así como a delitos contra la seguridad colectiva; los peligros dentro del ámbito de la empresa se relacionan con infracciones contra la seguridad dentro de la empresa, delitos de estafa y administración desleal, delitos contra la seguridad colectiva, delitos contra la propiedad intelectual, delitos fiscales; los peligros del producto pueden dar lugar a delitos contra la vida e integridad física, adulteración de alimentos, delitos relativos a la manipulación genética; por ultimo, los peligros en el ámbito del transporte pueden dar lugar a infracciones contra las regulaciones del transporte terrestre, marítimo , aéreo.⁶⁹

Ya señalamos mas atrás, que por la compleja organización de estos entes salen a flote una gran cantidad de problemas a la hora de deslindar responsabilidades. Se trata entonces, de estudiar y analizar los criterios de imputación que se han elaborado a este respecto. Nos enfocaremos en lo que sigue, en el análisis de la cuestión de la autoría exclusivamente, dejando de lado la participación criminal, por ser accesoria a la primera, y porque un

⁶⁸ Schünemann, Bernd. Op. cit. p 139. Eso si, dicha expresión es usada en otro contexto, pero me parece por entero adecuada en este punto.

⁶⁹ Bacigalupo, Silvina. Op cit. p. 28.

análisis de tal materia puede resultar del todo excesivo para un trabajo como este.

3- POSICIONES DOCTRINARIAS FUNCIONALISTAS Y EL “SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST”

Partiremos con una breve síntesis de cómo ha evolucionado la cuestión. Tomaremos a Hirsch para la exposición; mas detalles sobre la evolución pueden verse en Bacigalupo Silvina, en la obra que se cita.

3.1 SOBRE LA EVOLUCION DEL PRINCIPIO

Señala Hirsch, sic. “La concepción de que solo el hombre podría ser plenamente capaz, en la comprensión del Derecho Penal europeo- continental, no es tan obvia como se lo afirma muchas veces. El principio frecuentemente mencionado *societas delinquere non potest* era probablemente acertado para el Derecho romano, al que todavía le eran absolutamente extraños el concepto de corporación como tal, y en particular también el concepto de persona jurídica. Sin embargo, el cuadro de modificación en la Edad Media. Los glosadores comenzaron a ocuparse más detenidamente del problema de si son posibles acciones penales contra agrupaciones de personas de esa clase. A ello se agregaron los canonistas, que elaboraron el concepto de *universitas*, para la iglesia como algo no idéntico a sus miembros y plantearon la cuestión de si la *universitas* podía ser excomulgada. La mayoría de los canonistas afirmó esto y a la vez, con ello, la capacidad penal de la *universitas* –y, por cierto, en contra del papa Inocencio IV, que en el Concilio de Lyon de 1245, rechazó la

posibilidad de excomulgar a la *universitas* con la fundamentación de que esta no sería capaz de culpabilidad (*nihil potest facere dolo, impossibile est quod universitas delinquat*). Posteriormente, tuvo gran influencia la afirmación de la capacidad penal de las corporaciones por parte de los postglosadores. La concepción decisiva de Bartolus llegó hasta Alemania a través de la recepción y se impuso por varios siglos. Hasta entrada el siglo XVIII, se pudo comprobar la existencia de procesos en los cuales se trataba de la punición de ciudades, municipios y gremios. Y aún a mediados de aquel siglo, casi todos los manuales habían reconocido la punibilidad de personas jurídicas. Recién a partir del comienzo del siglo XIX, la mayoría se expresa en contra de ello, y solo desde entonces desapareció la punibilidad de las personas jurídicas de los códigos penales.

El cambio de aquel entonces fue producido en la literatura por un pequeño escrito del profesor de Erlangen Malblanc, en el año 1793, bajo el título *Observationes quaedam ad delicta universitatum spectantes*. Pero solo reiteraba las antiguas objeciones relativas a que la naturaleza del delito y de la pena hacía inadmisibles una pena para las asociaciones, y más bien carecía de pretensiones desde el punto de vista científico. Por ello, el verdadero fundamento del cambio producido en ese entonces se advierte en otra cosa, en el hecho de que los procesos en contra de corporaciones se habían hecho cada vez menos frecuentes, porque el poder de los señores se había afirmado con más fuerza, y de allí que medidas de tanto peso como la condena de municipios enteros o de otras agrupaciones de personas ya no fuera necesaria. Esto significa que en ese momento había desaparecido la necesidad práctica y política de una pena para las asociaciones. Y esto favoreció que hallaran resonancia las objeciones teóricas. En favor de esta interpretación, habla el hecho de que se puede observar simultáneamente un desarrollo paralelo en otros ordenamientos jurídicos europeos.

Las objeciones teóricas, que en un primer momento desembocaron en la teoría de la ficción de los romanistas, fueron relativizadas nuevamente en los años ochenta del siglo anterior, debido a que V. Gierke desarrollo con mayor precisión la teoría de la persona real de la asociación. Como se sabe, la admisión de la capacidad de delinquir, que se deriva de esta teoría, se impuso en el Derecho Civil y mas tarde también en el contravencional. Solo la idea de la capacidad penal, que va más allá de esto, no fue aceptada por la doctrina dominante y la legislación, con prescindencia de una excepción temporaria en el Derecho impositivo. Pero continuo discutiéndose e incluso algunos penalistas de renombre, como Franz Von List y Max Ernst Mayer se manifestaron en su favor.”⁷⁰

3.2 LA CUESTION HOY EN DIA

La raíz del problema, para las posiciones que se critican, es que la prevalencia del principio *societas delinquere non potest* resulta anacrónico en estos días; en lo que sigue se hará una breve síntesis de las razones esgrimidas por los defensores de la responsabilidad de los entes colectivos, para la revisión o simplemente la proscripción del principio.

Tiedemann, quizás el principal impulsor de la doctrina de responsabilidad del ente colectivo, señala, a propósito de la configuración de del Derecho Económico como Derecho de la Empresa, que, sic. “Consecuentemente, el Derecho de la empresa conduce a la exigencia de castigar no solo a las

⁷⁰ Hirsch, Hans, Joachim. “La cuestión de la responsabilidad de las asociaciones de personas”. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XLVI. Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1994. p. 1119.

personas naturales que actúan delictivamente, sino a la empresa misma, incluso, en última instancia, con independencia de su forma jurídica; esto es, bien como persona jurídica, bien como cualquier otra unión de personas. Mas adelante continúa, sic. “En el ámbito jurídico angloamericano, como es sabido, y también en los Países Bajos, en Dinamarca, Noruega, Francia, Portugal, al aceptarse esta consecuencia, se ha previsto una verdadera punibilidad criminal para la empresa; mientras que la mayoría de los Estados Europeos, siguiendo la alternativa concedida por la Recomendación del Consejo de Europa R (88) 18, admiten al menos, la posibilidad de que las empresas respondan con una sanción pecuniaria por los delitos o infracciones administrativas de sus órganos y otros colaboradores⁷¹ (una cosa así, supone a mi juicio, por lo menos, una responsabilidad por el hecho de otro; obviamente que desde la perspectiva de esta posición que se critica) Mas adelante señala con vehemencia, sic. “Yo aventuro el pronóstico de que el futuro pertenece al Derecho Penal (sancionador) de la empresa. ¡Nada tiene tanta fuerza como una idea cuyo tiempo ha llegado! (Víctor Hugo)”⁷²

Las razones de la necesidad de un sistema tal para este autor, se encuentran más atrás anotadas (en la referencia a la complejidad de la determinación de responsabilidades en el ámbito de la empresa). Así debe suponerse también de la lectura del propio autor, que señala que, sic. “Normalmente se supone que una jerarquía empresarial especialmente desarrollada no solo dificulta y perjudica la prueba procesal de delitos e infracciones administrativas, sino que también impide la efectividad y flexibilidad económicas”⁷³.

⁷¹ Tiedemann, Klaus. “Presente y futuro del Derecho Penal Económico” En: “Hacia un Derecho Penal Económico Europeo”. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995. p. 35.

⁷² Tiedemann, Klaus. Op. cit. p. 35.

⁷³ Tiedemann, Klaus. Op. cit. p. 34.

Este autor también funda su sistema en la observación de que muchas acciones y omisiones en el tráfico económico se relacionan con la empresa (es decir, en sus palabras, son acciones y omisiones de la empresa misma). Así también algún fallo del tribunal supremo Alemán⁷⁴. Se trata de responsabilidad de la empresa no fundada en la imputación. Si se le lee, puede observarse que señala sin mayor remordimiento, que parece ser válido que luego de la determinación de que la acción u omisión son propias de la empresa, se impute esa acción o omisión a algún individuo con responsabilidad empresarial para así establecer su punibilidad (que supone invertir la construcción tradicional de la imputación de acciones de las personas naturales a las personas jurídicas, cosa que asume como algo natural)⁷⁵.

Bacigalupo S. señala a su vez, sic. “Los argumentos tradicionales para negar a responsabilidad penal de las personas jurídicas encuentran su fundamento en la incompatibilidad de la persona jurídica con las categorías dogmáticas de la acción y la culpabilidad, así como la función y la esencia misma de la pena. La discusión sobre este tema ha girado siempre en relación a la incompatibilidad de dichos conceptos con la persona jurídica o en el intento de adaptación de ciertas categorías para permitir su aplicación a las personas jurídicas. Todos estos argumentos, tanto a favor como en contra de la responsabilidad penal de la persona jurídica, han estado y están marcados por la eterna comparación entre la persona física y la jurídica (bien para encontrar sus incompatibilidades, bien para encontrar sus semejanzas). Mas adelante continua, sic. “Sin embargo, todo intento que tome como punto de partida dichos presupuestos esta destinado al fracaso. Es evidente, y la discusión de casi cien años en torno a este tema lo ha demostrado, que las diferencias entre uno y otro sujeto

⁷⁴ Citada por Tiedemann en la obra citada, pagina 35.

⁷⁵ Tiedemann, Klaus. Op. cit. p. 35

resultan insuperables. Por tanto, se intenta aquí presentar una nueva perspectiva desde la que enfocar este tema.”⁷⁶

Sin perjuicio que mas adelante explicaremos mas en detalle en que consiste este enfoque, debe adelantarse de que lo que se trata en definitiva es de demostrar el porqué la persona jurídica puede ser considerada sujeto de Derecho penal.

Para esta autora también se identifica la necesidad de imputación a la colectividad, con la imposibilidad, o dificultad extrema en la determinación de responsabilidad, debido, según sus propias palabras, a la escisión entre responsabilidad y acción. Corroborata tal cosa cuando señala (haciendo eco de las palabras de Schünemann) que la empresa en sentido estricto, es decir, como unidad organizada y determinada por el fin económico, plantea otra clase de problemas: la influencia criminógena de la actitud criminal del grupo, las dificultades de determinación normativa de las competencias, la imputación jurídico-penal y la averiguación del verdadero responsable, entre otros problemas.⁷⁷

Sin perjuicio de la crítica más razonada que expondré, el enfoque que da esta autora a la cuestión, resulta mucho más atendible que los otros que acá se tratan. Esto porque como ya se señaló, se aleja un poco de las justificaciones clásicas de la responsabilidad del ente colectivo. Enfoca el asunto desde una perspectiva normativa pura (muy cercana a Jakobs), centrando la discusión no en la disquisición de si son entes reales, orgánicos, y semejantes a los individuos naturales, sino en la posibilidad cierta de que se trate de verdaderos sujetos de Derecho, desde una perspectiva normativa, capaces de acción, de

⁷⁶ Bacigalupo, Silvina. Op cit. p 31.

⁷⁷ Bacigalupo, Silvina. Op. cit. p 27.

culpabilidad, capaces de ser penados, si se normativizan (como debe ser según ella) todos estos elementos de la teoría del delito y pena. Explicaremos esto con mayor detenimiento.

Otros autores, como Zugaldía Espinar, parecen encontrar razón a la posición en comento, en tanto según el, son los propios entes colectivos los que actúan, por lo que conviene derogar la fórmula tradicional del *societas delinquere non potest*. Acto seguido hace una afirmación algo perturbadora, sic. “pero deja en pie un importante problema dogmático: a saber, el determinar cuando una persona jurídica ha realizado una “acción culpable”, esto es, el de determinar cuando, bajo que condiciones y con que criterios se pueden imputar a la sociedad los actos de una persona física”⁷⁸. Otra vez aparece, y desde esta posición, un problema de imputación del hecho ajeno. Si es que se pretende establecer un sistema de responsabilidad por el hecho propio de la empresa, no debería buscarse (determinadamente) a quien actuó en su nombre, porque si es posible identificar a alguien como sujeto actuante ¿porqué no sancionarlo a él? (en el entendido de que su actuar sea relevante para el Derecho penal).

Más recientemente Gómez Jara Díez, en un trabajo crítico sobre la responsabilidad de los directivos en virtud de su dominio de la organización, solución derivada de la construcción de Roxin sobre la autoría mediata en aparatos organizados de poder (solución que a su vez se busca transplantar al Derecho penal de empresa, por lo que volveremos sobre esto evidentemente), devela o deja entrever su opinión sobre este punto que nos convoca.

⁷⁸ Zugaldía Espinar, José Miguel. “Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas”. En: “Hacia un Derecho Penal Económico Europeo”. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995. p 726.

Para él (que rechaza el traspaso de la ya criticada autoría mediata en los aparatos organizados de poder al ámbito de la criminalidad de empresa), debido a ciertos fenómenos propios de la empresa (menciona el fenómeno de la auto-organización empresarial), no cabe hablar del dominio en esta de determinados sujetos, sino que observa una suerte de dominio de la empresa misma. Es decir, dota a la empresa de una suerte de capacidad de determinación propia, desligada en cierto modo, de los sujetos que la integran.

La verdad es que (y me parece algo sospechoso como veremos) se llega a esta solución luego de observar la mera dificultad que existe para imputar al sujeto que parece dominar la organización, así, señala, sic. “Las dificultades de imputación en el seno de empresas con una estructuración sumamente compleja han provocado que a lo largo de las últimas décadas se hayan buscado nuevas vías para realizar imputaciones jurídico-penales en el ámbito interno de la empresa”⁷⁹ Luego en la conclusión de su trabajo apunta a una posible solución, que no es más que entender el dominio de la organización referido a la propia empresa, no a determinados sujetos. Existe una suerte de dominio de la organización por la propia empresa.

He dicho que me parece al menos algo sospechoso que se parta en este trabajo que se cita del autor (así como en otros y de otros autores a los que se hace referencia en este apartado) de la constatación de la dificultad de imputar a determinados sujetos que integran la empresa. Da la idea de que por no poderse fundar razonadamente la responsabilidad de alguien, algo debe hacerse, (lo que sea) así implique que se tenga que apalear a todos por igual. Pero ¿realmente es una buena solución? Fíjense que estas disquisiciones me llevan a pensar el algo que el propio autor trata en su trabajo: La sentencia del

⁷⁹ Gómez-Jara Diez, Carlos. “¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas. EN: Cuadernos de política criminal, N° 88. Madrid, Edersa, 2006. p120.

Tribunal Supremo Alemán, referida a los llamados disparos del muro. Pues bien, el tribunal Alemán se enfrento a la titánica tarea de justificar, de fundar la autoría de los miembros del Consejo de Defensa de la antigua Republica Democrática alemana por los disparos efectuados por soldados que en principio había de considerase plenamente capaces. La cuestión en el fondo, es como imputar la responsabilidad a un superior cuando el subordinado ha sido considerado ya plenamente capaz. Existía el convencimiento que a los miembros del mentado consejo había de considerárseles autores (dice Carlos Gómez-Jara, que algunos autores señalan que podría haberse fundamentado su responsabilidad en la inducción⁸⁰), por lo que el tribunal supremo, siguiendo a Roxin, fundo tal autoría en la autoría mediata por el dominio de la organización. Hoy en día el resultado de la aplicación de esta solución no discute prácticamente (quizá su fundamento puede ser criticado, mas difícilmente el resultado), pues supone castigar a ciertos individuos que determinaron la realización de tales disparos. Entonces, parecería absurdo que (hipotéticamente) se hubiese propuesto sancionar, luego de transcurridos varios años a todo el ejército alemán, por considerarse que era el propio ejército el que dominaba su propia organización. Una cosa así daría pie, incluso, a las más atroces violaciones a los derechos humanos, pues supondría el diluimiento de la responsabilidad en todo el conjunto. Ahora bien, ¿no ocurrirá algo semejante cuando se pretende hacer responsable a toda la organización empresarial por delitos que son planificados por unos pocos, y ejecutados por otros?

Schünemann por su parte, reconoce la posibilidad de sancionar a las entidades colectivas (fíjense ustedes, que para los autores mas renombrados, el problema no se circunscribe únicamente a la personalidad jurídica, sino que va mas allá) pero de forma accesoria a la responsabilidad de las personas naturales que integran el ente. La razón que esgrime, al igual que los demás

⁸⁰ Gómez-Jara Diez, Carlos. Op cit. p. 123.

autores mencionados, para la revisión del principio que nos llama, es la constatación del debilitamiento de la eficacia preventiva del Derecho penal individual en su confrontación con modelos colectivos de comportamiento. La prevención de lesión de bienes jurídicos parece ser lo fundamental para estos autores, aun a cualquier costo.

Denuncia este autor, una suerte de irresponsabilidad organizada en el seno de la empresa moderna, esto debido a que por la complejidad de los procesos, se hace difícil (si no imposible) salvar la dificultad que supone imputar a alguien, sobre todo en procesos en los que la acción ejecutiva inmediata, el poder de decisión y la base de información necesaria para ello se pueden encontrar reunidas en principio no en una persona, sino en muchas, por lo que el sistema de responsabilidad, o modelo de imputación tradicional del Derecho Penal, desarrollado a partir de de figuras de criminalidad de la marginalidad y de la miseria, resultan absolutamente inadecuado para la protección de bienes jurídicos incordiados en el seno de de las relaciones de estos entes.

Agrega este autor el problema adicional de la prueba misma (dificultad de prueba para la clarificación del reparto general y especial de responsabilidades)⁸¹.

Veamos pues lo que dice el autor, en sus palabras, sic. “Una imputación jurídico penal exclusivamente individualista no encontrara entonces reunidos en ningún individuo los tres componentes de acción, decisión y conocimiento, y solo podrá mantener un efecto preventivo con la ayuda –en el mejor de los casos- de novedosas figuras de imputación: el delito de omisión impropia,

⁸¹ Schünemann, Bernd. “La punibilidad de las Personas Jurídicas desde la perspectiva Europea. En: “Hacia un Derecho Penal Económico Europeo”. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995. p 580 y ss..

construido sobre la admisión de una posición de garante del superior, la infracción del deber de vigilancia, y la llamada responsabilidad del representante de los órganos subordinados de la empresa.

Un incremento adicional de las dificultades con las que topa un Derecho Penal protector de bienes jurídicos en el ámbito de la criminalidad económica se deriva en el plano procesal de las dificultades probatorias.”⁸²

Señala mas adelante, y refiriéndose a la solución que propone para obviar los problemas de culpabilidad de las construcciones tradicionales, lo que sigue, sic. “Como principio de legitimación alternativo de ese tipo he propuesto en mi estudio sobre Criminalidad de empresa y Derecho Penal del año 1979, la idea de necesidad del bien jurídico y la he hecho utilizable en forma de fundamento y limite de la multa a entidades colectivas. Esto es, he afirmado un concreto estado de necesidad de prueba y con ello un estado de necesidad de prevención, bajo el doble presupuesto de que una lesión del bien jurídico cometida en el marco de una empresa no puede demostrar la autoría de una persona natural, y de que un fallo de organización de la empresa ha facilitado, al menos, el hecho o, en su caso, al menos ha hecho mas difícil su demostrabilidad; este estado de necesidad preventivo puede legitimar una sanción independiente de la culpabilidad similar a las viejas conocidas medidas de seguridad y corrección penales, teniendo en cuenta que los socios de la empresa, únicos afectados por la multa, no podrían sentirse injustamente tratados según el principio de iniciativa (veranlassungsprinzip), porque ellos han originado la actividad empresarial de la empresa socialmente dañina.”⁸³ Debe señalarse eso si, que el autor abandona esta idea de limitar el estado de necesidad del bien jurídico para el caso que no se lograra la constatación de un

⁸² Schünemann, Bernd. Op cit. p 573.

⁸³ Schünemann, Bernd. Op cit. p 589-590.

autor individual, es decir, su aplicación como mera sanción indemnizatoria debido a la imposibilidad de declarar autor a una persona natural. Propone entonces una suerte de responsabilidad cumulativa (se sancionara al individuo de conformidad a las normas generales, y se multara a la empresa). Volveremos mas adelante sobre esto, que me parece interesante y algo paradójico.

Respecto del argumento de la prevención-general, sumamente interesante por sus proyecciones en este trabajo, señala el autor, que a la pertenencia al grupo, y a la participación en el espíritu del grupo, se debe que el individuo se atreva a realizar sin más lesiones de bienes jurídicos a las que no se dejaría arrastrar nunca en su esfera privada. Señala luego, que esta realidad psicológica, de la que se puede aportar como prueba no solo una ininterrumpida cadena de confirmaciones históricas que llegan hasta el terrible crecimiento de los delitos violentos del nacional socialismo, sino también innumerables investigaciones empíricas como el famoso experimento Milgram, ha sido elevada entre tanto por Niklas Luhmann y sus discípulos Teubner y Willke a la teoría sociológica de los sistemas autopoyeticos, que aplicada a la empresa económica tiene el siguiente contenido: para el Derecho seria prácticamente imposible influir la conducta del integrante de una empresa económica en el sentido del cumplimiento de la norma por medio de una normación directa porque la empresa constituye un sistema que organiza por si mismo las acciones que en ella se realizan, y cuya autonomía no puede quedar desatendida por un Derecho regulativo, sino que tiene que ser respetada por un Derecho reflexivo.

De la cuestión que se acaba de decir tengo que hacerme cargo necesariamente, y lo haré en un apartado posterior⁸⁴.

⁸⁴ Schünemann, Bernd. Op cit. p 572.

En sintonía con las opiniones que se han anotado más atrás, señala Laura Zúñiga, respecto de la distinción que se debe en la determinación de la responsabilidad de una empresa unipersonal, y una gran transnacional, lo que sigue, sic. “Así las cosas, se pueden observar las grandes diferencias que se pueden desprender, en cuanto a determinación de responsabilidades penales, entre una gran transnacional que posee filiales en distintas partes del mundo, que mantiene una coordinación de los diversos niveles de producción, distribución y comercialización, y controla los servicios adyacentes a estos procesos. En este último caso (y esto nos interesa), la complejidad de los procesos causales, de personas intervinientes, de fragmentarización de las decisiones, de niveles de responsabilidad funcional evidencian una fenomenología del delito dinámica, enmarañada, compleja, incluso con problemas de ley en el espacio, donde los criterios de imputación tradicionales muestran cierta rudimentariedad.”⁸⁵

Observa también esta autora, que por la complejidad de las estructuras, ciertos ámbitos escapan al control por el sujeto de atrás, cobrando cierta autonomía. Ejemplifica señalando que esto puede observarse en casos de recambio de las singulares personas físicas en los que a continuidad de la organización permanece. Pues bien, esto puede ser así, pero ¿puede dejarse de lado el dominio de estos sujetos autónomos en su actuar, para imputar al ente únicamente?

Lo que es central para esta autora es la escisión de los que actúan y quienes se responsabilizan del hecho. Esto ya lo observamos en Schünemann y en Bacigalupo S. Ahora, ella a continuación enumera los problemas jurídico-penales que a su juicio se generan por esta situación; son estos:

⁸⁵ Zúñiga, Laura. Op cit. p. 165.

1- Problemas con lo delitos especiales.

2- La disociación entre actuación y responsabilidad que opera en el Derecho Civil o Mercantil, no opera de la misma manera en el Derecho Penal.

3- ¿A quienes se dirige la norma penal? ¿A los que actúan en su nombre o a la propia persona jurídica?

4- ¿La responsabilidad (administrativa o penal en su caso) de la empresa como se determina?, ¿de acuerdo a los sujetos que actúan o a la capacidad del propio ente?

5- ¿La actuación de quienes concretamente vincula a la empresa? ¿Solo de los representantes legales o también de otras personas con capacidades para vincularlas?

6- ¿Qué relaciones hay entre la actuación de los sujetos físicos y el ente?

7- La teoría de la autoría y participación fundamentada en la lesión de un bien jurídico de un sujeto individual con conciencia y voluntad queda constreñida para resolver la responsabilidad la responsabilidad de actuaciones complejas⁸⁶.

A continuación la autora hace una exposición de problemas específicos que podrían ser tratados adecuadamente con un sistema de responsabilidad del propio ente. Resumiremos esto debido a la importancia que reviste para este trabajo, y porque supone el argumento para rechazar el principio que acá se trata.

⁸⁶ Zúñiga, Laura. Op cit. p. 170

Señala, siguiendo el modelo de clasificación de injustos de sistemas sociales complejos de Lampe, una serie de supuestos de hecho (en relación con injustos cometidos por colectividades de sujetos, o dentro de estas):

1- Uno o varios sujetos que actúan con conciencia y voluntad, utilizan la cobertura de empresas para delinquir u obtener provecho ilícito (organizaciones criminales terroristas por ejemplo)

2- Varias personas que por actuaciones congruentes dan lugar a la comisión de delitos (ejemplo clásico es la criminalidad de empresa, donde se realizan conductas antijurídicas con dolo o imprudencia, pero su fin no es cometer delito, y que son resultado mas bien de una serie de conductas imprudentes que llevan al resultado del delito)

3- El supuesto de organizaciones estatales criminales (casos en que los aparatos de poder organizados del estado o para estatales tienen por fin cometer delitos).⁸⁷

Para Bacigalupo E., el problema de la responsabilidad de la propia persona jurídica, forma parte de las cuestiones mas debatidas del Derecho penal y sancionatorio administrativo actual; señala que debe ser una cuestión a tratar en futuras reformas penales españolas. Su opinión a este respecto es que hoy en día prácticamente no se discute la necesidad de establecer la responsabilidad sancionatoria de las personas jurídicas, pero le preocupa la cuestión de la compatibilidad con los principios que deben regir en esta materia.

⁸⁷ Zúñiga, Laura. Op cit. p. 170-172.

Observa que existe un cierto consenso en Europa en el sentido de incorporar sanciones a las colectividades (personas jurídicas), y observa que ese consenso se ha instaurado en base a dos cuestiones o circunstancias:

1- El creciente número de infracciones penales cometidas en el ejercicio de las actividades de las empresas, que ocasionan un perjuicio considerable tanto a los particulares como a la sociedad; entre estos perjuicios, naturalmente, se deben contar los que se irrogan a los intereses financieros de la CE

2- La dificultad que existe respecto de la identificación de personas físicas responsables de una infracción, teniendo en cuenta la estructura compleja de las empresas.⁸⁸

Parece eso sí, que la fundamentación de la responsabilidad de las personas jurídicas queda en nada en el Derecho Comunitario, y que más bien (y ya lo dice Bacigalupo), se han inclinado por un pragmatismo, que en mi opinión, deja mucho que desear.

Podrá observarse ya la línea de fundamentación de la necesidad de proscribir del sistema el *societas delinquere non potest*. Podemos resumir todas las argumentaciones en un par de notas: Por un lado, resulta recurrente la idea que el problema de la delincuencia organizada parece no tener freno. Que existe un ámbito creciente de delincuencia empresarial, motivado en gran medida, por la irrupción de bienes jurídicos colectivos, a los que se pretende proteger con el instrumento más violento y en teoría, eficaz para su protección: el Derecho penal. Que el aumento de este tipo de delincuencia se debe en gran medida al fracaso del sistema tradicional de imputación: el modelo de la

⁸⁸ Bacigalupo, Enrique. "Derecho penal económico". Buenos Aires, Hamurabi, 2004. p.67 y ss.

responsabilidad individual. Que la complejidad de los modelos de organización nos lleva a una creciente dificultad para deslindar responsabilidades, cosa aún más evidente en todos aquellos supuestos en que se escinde la decisión de la ejecución del ilícito. Existe en muchos casos una suerte de fungibilidad del ejecutor inmediato. También, e íntimamente relacionado con lo anterior, los problemas de identificación del autor mismo, pues resultara el delito, de la participación varios sujetos a los que no es posible imputarles sino parcialmente el resultado (delitos que son resultado de la suma de actuaciones negligentes, o incluso dolosas, pero sin intención). Ahora, y por otro lado, observamos como algunos autores construyen un sistema de atribución de responsabilidad al ente, marginándose de la discusión de la necesidad empírica de tal construcción. Se trata en definitiva de explicar de qué forma es que las personas jurídicas deben ser consideradas como verdaderos sujetos del Derecho penal, con capacidad de acción, de culpabilidad, y a los que es posible penar. Es decir, para estos autores debería ser irrelevante la posibilidad o imposibilidad de identificar específicamente al sujeto natural que debiera ser responsable. Para ellos lo único relevante es la existencia de un delito cometido por la organización en su conjunto (idealizada como persona jurídica en las tesis propuestas), y el que la organización ha de responder por tal actuación culpable (culpabilidad propia). Ahora, que esta solución venga a solucionar el problema empírico es un agregado del todo conveniente. Ahora, ¿Quiénes en este sentido?: pues la propia Silvina Bacigalupo, y su precursor, Günter Jakobs.

En el capítulo que sigue analizaré algunos trabajos que me parecen sugestivos de estos enfoques reseñados; por un lado trataré el trabajo de Bacigalupo S., y por otro, el de Zúñiga Rodríguez, por ser trabajos actualizados en la materia, y por representar ambos, esfuerzos denodados por defender tales construcciones, haciendo acopio de gran cantidad de opiniones

autorizadas en el tema. También haré referencia a otros autores y sus aportes, de forma mas resumida.

Dejaremos hasta acá el análisis de esta cuestión desde esta perspectiva. Mas adelante, en el capitulo cuarto, retomaremos el estudio del *societas deliquere non potest*, desde la posición dominante aun hoy en día en nuestro país, por ser la opinión a la que adhiero, y que trato de fundar en este trabajo.

A continuación, analizaremos resumidamente, las soluciones en Derecho Europeo al tema que nos convoca.

4- SOLUCIONES EN DERECHO EUROPEO: LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS

Se ha observado por varios autores como la cuestión que nos convoca ha dejado de ser un problema para ciertas legislaciones del antiguo continente, que han optado directamente por establecer, por razones de política criminal, la punibilidad de las personas jurídicas, y mas allá aún, de las colectividades en general.

Esta demás decir, que muchos de los trabajos que se analizan en este estudio, toman como punto de partida esta nueva realidad (de reconocimiento de una suerte de responsabilidad colectiva), y tratan de darle un sustento dogmático. La idea que corre en tales trabajos, es que no se puede dejar se sustentar tales construcciones pues una cosa así implicaría una nueva desvinculación histórica del Derecho penal con la política criminal, cosa que ya fue evidenciada y tratada de superar en su época por el propio Roxin en sus obras.

Puedo adelantar eso si (de mi critica), que del estudio de las ideas contenidas en los trabajos que se analizan, se puede observar mas bien una suerte de reverencia a la política criminal. Me parece que de lo que se trata es que, ante la realidad, no queda más que tratar de subirse al carro del poder, para evitar quedar rezagado. Me parece evidentemente que una cosa así no puede ser más que errónea, pues se proscribiera de la ciencia penal su carácter crítico constructivo. La ciencia penal no puede doblegarse, o convertirse meramente en un instrumento del poder; debe mantener cierta autonomía que le permita una critica razonada y constructiva, que permita al legislador contar con herramientas legitimadas desde lo principios, que a su vez, lo único que pretenden es proteger al individuo de la omnipresencia del estado.

Volviendo a lo que nos llama, analizaremos en que países y de que manera se pretende sancionar a las personas jurídicas. Seguiremos en este punto, la sistemática de Bacigalupo E., quien a la luz de la recomendación del Comité de Ministros Europeos (Recomendación n.º R (88) 18, del 20 octubre de 1988, examina la situación de los Estados Miembros, distinguiendo entre los Estados que no admiten la responsabilidad de las personas jurídicas, de los que si la admiten; de entre estos, a su vez, diferencia entre aquellos en que la culpabilidad no opera como limite constitucional, de aquellos en que si opera.⁸⁹

Antes de aquello, lo que señala la recomendación: Propone la aplicación de la responsabilidad y de sanciones penales a las empresas cuando la naturaleza de la infracción, la gravedad de la culpabilidad (faute) de la empresa, la consecuencia por la sociedad y la necesidad de prevenir otras infracciones así lo exijan.⁹⁰

⁸⁹ Bajo Fernández, Miguel. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho Administrativo Español”. En: Responsabilidad de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto. Barcelona, José Maria Bosh Editor, S.L. 1999 p 19.

⁹⁰ Bacigalupo, Enrique. “Derecho Penal Económico”. Buenos Aires, Hammurabi, 2005. p 66.

Señala el autor, que hoy en día solamente Bélgica e Italia niegan la responsabilidad de las Personas Jurídicas, si bien últimamente existen excepciones. Por ejemplo, en Bélgica la jurisprudencia admite la posibilidad de que la persona jurídica cometa una infracción, en cuyo caso, se dice, debe perseguirse a la persona física que hubiere cometido el hecho. En Italia se reconoce un caso de responsabilidad directa de la persona jurídica en un supuesto concreto de infracciones monopólicas (ley n° 287 de 10 de octubre de 1990). Por último, tanto en Bélgica como en Italia la responsabilidad de la persona física puede tener consecuencias para la persona jurídica o el ente colectivo empresarial como la responsabilidad subsidiaria por impago de la multa impuesta al órgano. Esta responsabilidad indirecta tiene el inconveniente de la necesidad de establecer antes la responsabilidad de la persona física (Bacigalupo)⁹¹.

Los países en los que no existe el límite constitucional de la culpabilidad (Dinamarca, Francia, Grecia, Holanda, Irlanda, y Reino Unido) no existe más problemas para la responsabilidad de las personas jurídicas que el establecer la clase de sanciones y la vinculación exigible entre la persona jurídica (Bacigalupo). El nuevo Código penal francés (aprobado por Loi n.º 92.683 de 22 de junio de 1992) no ha dudado en declarar penalmente responsables a las personas morales con exclusión del estado (art. 121-1 Código Penal) y, si bien se preocupa por el principio de legalidad en lo relativo al establecimiento de las penas, las contravenciones pueden ser fijadas por los reglamentos (Art. 111-2 Código Penal). Contiene una rigurosa aplicación de las penas aplicables a las personas morales (arts. 137-37 y sigs.) enumerando la multa, la disolución, la prohibición de actividades profesionales, el cierre definitivo, la vigilancia judicial,

⁹¹ Bajo Fernández, Miguel. Op. cit. p.18. Quien resume lo señalado por Bacigalupo E. en este punto.

la exclusión de mercados públicos, prohibición de gestionar ahorro ajeno, prohibición de emitir cheques, confiscación y publicación de la sentencia.⁹²

Por último, Alemania, España, y Portugal imponen constitucionalmente el límite de la culpabilidad para la responsabilidad penal. En los tres países se reconoce una responsabilidad directa de la persona jurídica (parágrafo 30 de la OWiG alemana; Decreto Ley n.º 433/82 portuguesa y Ley 30/1992 de 26 de noviembre española) y se regula la llamada actuación en nombre de otro. En Alemania (parágrafo 30 OWiG) y en España se regula un supuesto genérico de responsabilidad de la persona jurídica por incumplimiento del deber de vigilancia (Bacigalupo).⁹³

Como decíamos con anterioridad, se ha ido imponiendo en los hechos la idea de que es posible penar a las personas jurídicas; así señala Enrique Bacigalupo, sic, La cuestión de la responsabilidad penal y sancionatoria (administrativa) de las personas jurídicas forma parte del conjunto de las cuestiones más debatidas del Derecho Penal y sancionatorio administrativo actual. Se trata, por lo tanto, de una cuestión difícilmente eludible en una futura reforma penal en España, sobre todo cuando ésta ha sido en general admitida en Derecho sancionatorio administrativo. Aunque el tema no es novedoso, se puede constatar que solo ha sido tratado con cierta intensidad desde hace aproximadamente 40 años. Si bien aquí no es posible una comprobación exacta, parece que su desarrollo se vincula con la tendencia a introducir una regulación de las ilicitudes de ciertas materias económicas en las legislaciones europeas de post-guerra (sobre todo en materia fiscal y en Derecho de monopolios). A pesar de las discusiones referentes a la legitimidad de las sanciones a las personas jurídicas, las legislaciones han operado con criterios

⁹² Bajo Fernández, Miguel. Op. cit. p.19. Quien resume lo señalado por Bacigalupo E. en este punto.

⁹³ Bajo Fernández, Miguel. Op. cit. p.20. Quien resume lo señalado por Bacigalupo E. en este punto

pragmáticos. Ejemplo de ello es el Derecho comunitario que introdujo desde el principio la responsabilidad de las personas jurídicas en materia de Derecho de la competencia. En la actualidad, por tanto, prácticamente casi no se discute la necesidad de establecer la responsabilidad sancionatoria de las personas jurídicas, pero la cuestión de su compatibilidad con los principios que deben regir esta materia se sigue poniendo en duda.”⁹⁴

Ahora, si esto es cierto en parte, se debe a que existe una suerte de confusión generalizada por la mayoría de los autores, pues no se distingue claramente que es sanción administrativa y cual es penal. Dilucidar una cosa así resulta del todo indispensable si se quiere avanzar mas, pues de lo contrario se corre el riesgo de transformar todo tipo de sanción existente, y con su configuración actual, en sanción penal; en mi opinión, y como van las cosas, incluso podría llegarse a pensar que las nulidades civiles consecuencia de determinados delitos serán sanciones penales. Sancionar no es un término exclusivo del Derecho penal; la sanción penal es una especialidad de tal género. Esto que se viene diciendo sin duda no deja de ser relevante, pues si no se piensa en las consecuencias de de esta cuestión, se estará alimentando a un pulpo que con sus tentáculos abrazara todo. Así las cosas terminaremos desnaturalizando absolutamente al Derecho penal.

En este sentido, estoy parcialmente de acuerdo con Bajo Fernández cuando señala que, sic. “En todos lo países se imponen sanciones a las personas jurídicas, fundamentalmente, la multa, pero también la disolución, la prohibición de contratar, la inhabilitación etc.... Esta realidad hace que, a veces, se sostenga la responsabilidad penal de las personas jurídicas por este simple hecho, aunque las sanciones procedan del orden administrativo y los órganos sancionadores pertenezcan a la Administración Publica. A mi juicio, aquí

⁹⁴ Bacigalupo, Enrique. Op cit. p. 65-66.

subyace un problema semántico porque, para mi, esta situación no significa que rijan el principio *societas delinquere potest*⁹⁵.

El problema hay que enfocarlo desde el propio Derecho penal; desde ahí hay que analizar la posibilidad o no de que a las personas jurídicas se las pueda hacer responsables penalmente, pues coincido con este autor en el sentido de que en otros sectores del ordenamiento sí se les podrá sancionar.

Más adelante señala el autor, que depende solamente de la decisión político criminal, y de una cuestión ideológica el que tal a cual sanción se considere pena. No existe para el autor una distinción substancial entre ilícito administrativo e ilícito penal. Será pena entonces, todo lo que el legislador señale como tal. Señala, sic. “La opción entre todas estas (se refiere a la posibilidad de entender las sanciones a las personas jurídicas como penas, medidas de seguridad o sanciones administrativas) estas posibilidades depende siempre de una decisión político criminal e ideológica. Esta ya lejos la utopía de querer encontrar un criterio de carácter substancial que permita distinguir entre ilícito penal e ilícito administrativo. Solo hay una posibilidad formal: son penas las que la Ley considera como tales y son aplicadas por el poder judicial como parece ocurrir en el Derecho anglosajón e inequívocamente se produce ahora en el Derecho penal francés con el nuevo Código. Por la misma razón, decimos que en el Derecho español *la persona jurídica no es criminalmente responsable*. Rige el *societas delinquere non potest*, principio al que no ha de reconocérsele un valor ontológico, sino simplemente político-criminal que salva los principios irrenunciables de culpabilidad y personalidad de las penas.⁹⁶”

⁹⁵ Bajo Fernández, Miguel. Op. cit. p 20.

⁹⁶ Bajo Fernández, Miguel. Op. cit. p 21.

No puedo dejar de notar que una cosa así parece formalmente correcta, pero materialmente criticable. Digo esto porque si bien la determinación de lo que es penal es una decisión netamente legislativa, también es cierto que eso no quiere decir que tal cosa suponga necesariamente que la solución es legítima *per se*. Si cabe preguntarse porqué no es legítimo, por ejemplo, que se pene a todo individuo que profese tal o cual fe, también cabrá preguntarse si ciertos tipos de sanción son o no legitimables. Si bien es cierto que para la comprobación de que tal o cual sanción es pena penal basta en principio observar el catálogo que se contiene en la ley penal, no debe pensarse que la actividad del penalista debe quedarse o finalizar ahí. Una cosa así supone en definitiva, la subyugación, el sometimiento, la capitulación de la ciencia penal a la política criminal.

Ahora bien, y respecto de su posición, esto es, que será pena penal toda sanción que se señale por el legislador como tal, no podemos sino decir lo siguiente: si esto es cierto, usted tendrá que llegar a que toda sanción puede ser penal por mera intención del legislador, cosa que no compartimos en absoluto. Piénsese en la nulidad de los contratos (tal cual existe hoy en día) de los que se vale un determinado sujeto para estafar. Sin perjuicio de otra pena que le pueda corresponder al sujeto, ¿la nulidad de tales instrumentos podría ser pena penal también? Me parece que aceptar una cosa así, supondría una inadecuada ampliación del Derecho penal a las demás áreas del Derecho, con la consiguiente pérdida de una de sus principales características: el de ser un Derecho de ultima ratio. Ya Silva Sánchez observa que dentro del Código Penal existen penas penales y sanciones civiles. Además nos inicia en la discusión de la naturaleza de las consecuencias accesorias (a la comisión del delito, para el Derecho español). Señala, sic. “Hasta hoy la doctrina mayoritaria en España ha entendido que las necesidades de prevención existentes en el ámbito de la criminalidad de empresa no hacen preciso imponer auténticas penas criminales

a la empresa, ni tampoco poder afirmar que la empresa comete delitos. Así pues, ha mantenido firme la estructura de la teoría del delito, como orientado a hechos personales, considerando mas bien que la necesidad preventiva de sancionar penalmente a las agrupaciones, puede atenderse a través de otras consecuencias jurídico-penales, como por ejemplo medidas de seguridad, o consecuencias accesorias. El Código Penal vigente acoge solo en algún lugar esta solución, manteniendo por lo demás la solución clásica de aplicar penas criminales a los sujetos individualmente responsables y atribuir a la empresa la responsabilidad civil subsidiaria derivada del delito.”⁹⁷

Me parece que sus apreciaciones son en parte acertadas; si bien observa que dentro de la sistemática del Código se contemplan sanciones de carácter civil, no es capaz de observar que las consecuencias jurídico penales a que hace referencia no serán aptas para sancionar penalmente a las agrupaciones (solo se puede sancionar penalmente cuando se impone una pena penal), pues si parte de que las agrupaciones no son capaces de delito ¿Cómo sancionárseles penalmente si la pena penal es la consecuencia necesaria de tal cosa y no se les puede aplicar? La verdad es que estas consecuencias jurídico penales no tienen naturaleza penal, por tanto no son penas.

Déjenme aclarar esto un poco más: Creo que es posible que muchas sanciones (no todas), que tradicionalmente hacen parte del arsenal de otras ramas del Derecho, pueden ser adaptadas al Derecho penal. Sabemos que el Derecho penal no es la única rama del Derecho que administra sanciones; por fuera de este existen otros ámbitos en que la sanción es posible (por ejemplo en el Derecho administrativo, o incluso en el Derecho civil y privado en general). En estos campos, las sanciones cumplen fines específicos, que se relacionan

⁹⁷ Silva Sánchez, J.M. Responsabilidad Penal de las empresas. En: Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro en homenaje a Claus Roxin. Barcelona Bosch Editor. 1995. p. 360-361.

con la función de la rama a la que pertenecen. Pues bien, si se pretende trasplantar esas sanciones al Derecho penal, en su misma significación (extra-penal), estaríamos extendiendo el Derecho penal más allá de lo razonable, abarcando ámbitos que no le son propios. Ahora, estas sanciones de otros ámbitos pueden ser adaptadas al Derecho penal, siempre que en su aplicación se respeten los principios básicos ya comentados. Si la función de la pena penal es prevenir eficazmente la comisión de delitos, esta debe ser lo suficientemente grave como para desplegar su efecto motivador, pues el Derecho penal es la herramienta más violenta que posee el estado para generar conformidad con las normas (es el Derecho del castigo en cierta medida), de no ser así, es decir, de no necesitarse esta enérgica respuesta, y existiendo otras formas eficaces de proteger los bienes jurídicos sin necesidad de recurrir a esta herramienta, ¿para que insistir en trasplantar estas sanciones al Derecho penal, con el que no comparte sus características esenciales?

En mi opinión, la pretensión de trasladar determinadas sanciones al Derecho penal puede tener una doble causa: en primer lugar, pareciera que dado el estancamiento de la discusión dogmática en ciertos temas, se buscan ámbitos de refresco, nuevas áreas donde poder discutir y aplicar ciertas creaciones doctrinales de novísima factura. Por otro, quizá se deba a la pretensión de algunos de que el Derecho penal abarque todo el ámbito sancionatorio de la legislación en general, previa comprobación de que tales sanciones son eficaces para la protección de bienes jurídicos.

Si digo todo esto, es pensando en, al menos, un par de sanciones que se mencionan insistentemente en este trabajo: la multa a las colectividades, y la disolución de estas. Estas sanciones suponen ataques (como sanción administrativa que son en mi opinión) indirectos a los individuos; no es

necesario individualizar responsabilidades específicas en la gran mayoría de los casos, y para la imputación de responsabilidad solo se requieren especiales construcciones de culpabilidad, muy cercanas al Derecho civil y privado en general. Por otro lado, la infracción a las que acceden son de menor gravedad, es decir, el ataque al bien que se protege es más bien menos intenso o de mero peligro. La sanción de disolución, por ejemplo resultara en sanción meramente civil si se llega a comprobar que en la constitución del ente ha incidido un objeto o causa ilícita (si se constituye el ente meramente para la comisión de hechos ilícitos). Por tanto, cada vez que se pretendan aplicar estas sanciones dentro de un proceso penal, habrá de evaluarse separadamente sus presupuestos, y se podrán aplicar en conjunto con la sanción penal a los responsables directos, si son pertinentes. Es decir, en mi opinión, no son más que sanciones accesorias, de naturaleza administrativa, o civil, que se aplicaran dentro de un proceso penal (evidentemente requiere una preparación especial de los jueces a este respecto, como cuando se les exige tener determinado conocimiento de Derecho civil respecto de los delitos contra la propiedad). No todo lo que aparece anotado en las leyes penales será necesariamente penal, del mismo modo que no todo lo que aparece anotado en las disposiciones de Derecho privado necesariamente son de Derecho privado. El legislador penal plasma imágenes sociales pre típicas; el legislador suele utilizar en la descripción típica, elementos descriptivos y otros normativos. Cerezo Mir señala que, sic. “Los elementos normativos llevan implícito un juicio de valor que puede hallar expresión en la utilización de conceptos o la referencia a normas jurídicas de Derecho penal, o de otros sectores del ordenamiento jurídico, en la remisión a concepciones o normas de la ética-social realmente vigente en la sociedad o a los usos sociales en general.” Continúa más adelante, sic. “Los elementos normativos del tipo son en principio conceptos que le vienen dados al Derecho penal por otros ordenes normativos”⁹⁸. Es decir, deben interpretarse de acuerdo

⁹⁸ Cerezo Mir, José. “Curso de Derecho Penal español”. Tercera edición. Madrid, Editorial Tecnos, 1990.

a su significación originaria⁹⁹. Así, al igual que con estos conceptos de que se vale el Derecho penal, con las sanciones ocurrirá lo mismo.

La verdad es que sigo creyendo que el Derecho penal es a lo último a que se debe recurrir a efectos de proteger bienes jurídicos; debe por tanto, mantenerse cierto equilibrio entre Derecho penal, y las otras ramas sancionatorias del Derecho. Estas tendrán sus propias sanciones a las que habrá de aplicarles ciertos principios propios de la rama a la que acceden, y si se estima necesario utilizar tal sanción en el ámbito penal, habrá que orientarla a los fines del Derecho penal, y en sus límites. Por tanto, en mi opinión, no toda sanción puede ser penal; el ejemplo típico de aquello serán las multas a las colectividades, propias del Derecho administrativo. Si bien concuerdo con el autor en comento, en el sentido de que no existe diferencia substancial entre injusto administrativo y penal, si existe diferencia de grado, por lo que la reacción en el primer caso será menos violenta, como veremos más adelante, y en el segundo será bastante más enérgica, por lo que debe velarse por ciertos principios que ya se reconocen a esta rama del Derecho sancionatorio.

Ya nos hemos referido con anterioridad al efecto de la multa en las colectividades, esto es, que sus efectos sobre los individuos del grupo en bien discutible (pues no se sabe en definitiva a quien se va a afectar con su imposición, más allá de lo que se pretenda). Por esto debe dudarse seriamente su eficacia sancionatoria en general. Pero esto debe ser un problema del propio Derecho administrativo, y estar ajeno a la discusión dogmática penal. El Derecho administrativo se vinculará al Derecho constitucional, donde operan una serie de principios como el de libertad económica, Derecho de propiedad, de emprendimiento etc., a los que deberá ajustarse para evitar arbitrariedades

p. 307 y ss.

⁹⁹ En este sentido pero con prevenciones, Gracia Martín, Luís. Op cit. p 208 y ss.

en la aplicación de la sanción. La multa solo tendrá relevancia para el Derecho penal, cuando se pueda aplicar a un individuo determinado, afectando sus derechos de forma importante y directa, y dando cuenta pública de la infracción (que lleva denostar al infractor en definitiva). En mi opinión, al Derecho penal importa solo el individuo en sus relaciones, y no el individuo y sus relaciones (que tienen relevancia en Derecho privado, como cuando por ejemplo se sanciona el acto jurídico con la nulidad: la sanción es más bien mediata para el individuo).

Ahora y retomando el tema de este título, ¿de que manera se sanciona a la colectividad (persona jurídica) en Derecho Europeo? Bacigalupo Silvina, haciendo suya la clasificación de su padre Bacigalupo E., divide entre los estados miembros de la Comunidad Europea que aceptan y que no aceptan la responsabilidad de las personas jurídicas; entre los primeros distingue a aquellos en que el principio de culpabilidad opera como límite constitucional de aquellos en que no ocurre tal cosa¹⁰⁰. Veamos pues esto.

1- Estados miembros en los que el principio de culpabilidad opera como límite constitucional:

a) Alemania: Si bien no acepta la responsabilidad penal de las personas jurídicas, si se reconoce que son capaces de cometer infracciones administrativas, y hacerse responsables de aquellas. Esta responsabilidad presupone, en primer lugar, que alguien haya actuado como órgano con poderes de representación de una asociación, como miembro de la dirección o como socio de una sociedad comercial de personas y, en segundo lugar, que en dicha actuación haya cometido un delito o una contravención al orden (un

¹⁰⁰ Bacigalupo, Silvina. Op cit. p. 313 y ss.

claro caso de responsabilidad en lugar de otro). La sanción que se impone a esta contravención es la multa.

b) Portugal: También se reconoce que solo el individuo puede cometer delitos. No obstante esto, se reconoce al igual que Alemania la posibilidad de comisión de infracciones administrativas por las colectividades. La sanción será la multa, y se graduara según concurra dolo o culpa en la persona jurídica.

2- Estados miembros en los que el principio de culpabilidad no opera como límite constitucional.

a) Holanda: Se reconoce directamente la responsabilidad penal de la persona jurídica (art. 51 de su Código Penal). Si el delito es cometido por una persona jurídica se persigue y se sanciona a la empresa misma, a la persona que haya realizado el delito, así como la persona que haya favorecido la comisión del mismo, o a cualquiera de los sujetos a la vez. Para imputar el injusto a la persona jurídica se requiere que una persona física haya actuado en la esfera de la misma. Paradójicamente no es posible encontrar normas sobre responsabilidad administrativa de estos entes, pero unánimemente en doctrina se reconoce que también son capaces en este ámbito. La pena es la multa.

b) Francia: Hoy se reconoce en su nuevo Código Penal de 1994 la posibilidad de su sanción. Para poder imputar responsabilidad a la persona jurídica, se requiere, al igual que en Holanda, de la actuación de personas físicas, u órganos de la empresa (a más de otros requisitos). Las sanciones que se imponen son de naturaleza penal, correccional, y contravencional. Por ejemplo de estas, tenemos la multa, la clausura, la prohibición temporal o definitiva de realizar una determinada actividad empresarial.

c) Reino Unido: Sin duda es uno de los países en que más arraigada está la idea de que es posible sancionar a las personas jurídicas. Se reconoce esta responsabilidad, al lado de la responsabilidad vicaria de la empresa (de origen jurisprudencial) respecto de los hechos cometidos por los integrantes de la colectividad. Idéntica situación se produce en este país, respecto de la imputación de responsabilidad vista para los otros dos países que anteceden. Se requiere la actuación de personas físicas que controlen de forma directa las actividades de la misma, y estas puedan ser consideradas su *alter ego*; hay que encontrar al controlador, al cerebro. La sanción es la multa a la persona jurídica.

d) Finlandia: Si bien no contiene disposición expresa en su Código Penal, sí en diversas leyes. La sanción será también la multa.

e) Irlanda: En cierta forma se reconoce la responsabilidad de la persona jurídica (en opinión de Bacigalupo S.), que deberá responder por la multa que se le impone, pero esto condicionado a la determinación de la responsabilidad de un sujeto individual. Hay suerte de responsabilidad vicaria.

f) Dinamarca: En diversas leyes se reconoció la posibilidad de que las personas jurídicas cometieran delitos, pero no se encontraba acogida en el código del ramo. Esto hasta 1996 cuando se introducen ciertas disposiciones generales (al capítulo quinto, que señala que se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas en aquellos casos en los que ello esté expresamente previsto). La misma sanción mencionada en los casos anteriores aplica acá: la multa.¹⁰¹

¹⁰¹ Sobre todo esto, con más detalle: Bacigalupo, Silvina. Op cit. p 313 y ss.

Respecto de España, existe una cierta discusión en torno a este tema; ya vimos más atrás, que Bajo Fernández¹⁰² sostiene, por consideraciones netamente formales, que no son responsables penalmente atendida la legislación. En cambio, y en abierta contradicción con este autor, Bacigalupo Silvina señala que las denominadas consecuencias accesorias que contempla el código de 1995 son realmente penas penales, a pesar de su distinta denominación por el legislador¹⁰³. En el fondo de esta cuestión, está lo que ya se ha analizado en este párrafo un poco más atrás, en la crítica que se hace a la posición de Bajo Fernández. Me remito a lo dicho.

Las llamadas consecuencias accesorias contenidas en el artículo 129 (taxativo) son, sin entrar mas en detalle, las que siguen: La clausura de la empresa, sus locales o establecimientos; la disolución de la sociedad, asociación, o fundación; la suspensión de las actividades de la persona jurídica; la prohibición de realizar actividades, operaciones o negocios determinados; y la intervención de la empresa.

Por otro lado, ya en el ámbito comunitario propiamente tal, señala Enrique Bacigalupo, sic. “El Derecho comunitario prevé las responsabilidad de las personas jurídicas. En particular se establece una sanción de multa, *sin carácter jurídico penal* en el art. 15 del reglamento 17 (relativo a los arts. 85 y 86 del Tratado de la CEE), del 6 de febrero de 1962 y en el art. 15, en conexión con el art. 21.2 del Reglamento del Consejo del 27 de junio de 1960. Pero, además también los arts. 47.3, 54.6, 59.7, 64, 65.5, y 68 del “Tratado de la CECA” y los Reglamentos n° 11 y 1017/68 (art. 22) prevén multas

¹⁰² Véase nota al pie N° 91.

¹⁰³ En contra de la autora, Gracia Martín sostiene que las consecuencias accesorias que se contienen en el Art. 129 del Código Penal español, no son penas. A su juicio se trata de medidas de seguridad de naturaleza jurídico-administrativa. Gracia Martín, Luís. “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas”. En: Mir Puig, Santiago, y Luzón Peña, Diego-Manuel. Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto. Barcelona, Bosh Editor, 1996. p.47

administrativas aplicables a empresas o asociaciones de empresas.”¹⁰⁴ Para efectos de la imputación a la persona jurídica, se requiere como en todos los casos vistos, la actuación de una persona física. Esta última, de acuerdo al Tribunal de Justicia (europeo), debe actuar autorizada, y dentro de sus atribuciones.

Si bien el Derecho comunitario se refiere a empresas y asociaciones de empresas (cuestión que me resulta de tal importancia, que volveremos a ella mas adelante), sin mencionar a las personas jurídicas, estas estructuras de la responsabilidad son similares, toda vez que se trata de la imputación de acciones individuales a un grupo de personas ligadas entre si por un determinado vinculo jurídico y económico. Señala además el autor en comentario, que el Derecho comunitario, sin embargo, como en el estado miembros en general, excluye la aplicación de sanciones de carácter criminal y limita esta responsabilidad a multas de carácter administrativo. Por ultimo, señala el autor, que en Derecho comunitario no se sanciona al sujeto que actúa directamente; no existe responsabilidad de las personas individuales directamente actuantes.^{105 106}

No podemos dejar de notar cierta impropiedad en sus palabras; la verdad es que debería señalar es que de lo que se trata es de imputar a otro sujeto (en este caso una persona jurídica) lo realizado por determinado sujeto individual. No se trata de imputar a un grupo de personas determinado. Digo esto desde la perspectiva funcional nada más.

¹⁰⁴ Bacigalupo, Enrique. “Derecho penal económico”. Primera edición. Buenos Aires, Hammurabi, 2004. p. 81 y ss.

¹⁰⁵ Bacigalupo, Enrique. Op. cit. p. 86-87.

¹⁰⁶ Con mas detalle sobre este punto, Bacigalupo, Silvina. Op cit. p. 339 y ss. También Zúñiga Rodríguez, Laura. Op cit. p. 135 y ss.

En el sistema sancionatorio de la UE se contemplan diversas sanciones que se consideran no penales pues los Estados Miembros no han cedido potestades en esta materia (así los tres autores citados en este apartado; véase nota al pie N° 99). Ahora, si se lee con cuidado, se observara que son algunas de ellas, las mismas sanciones que se imponen como pena penal por los ordenamientos de aquellos estados que reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es decir, las mismas pero con distinta etiqueta. A los autores que se citan, parece acomodarles este sistema sancionatorio, y resulta buen punto de partida a sus construcciones; ahora, si ya existen las sanciones por fuera del Derecho penal (sanciones administrativas y de Derecho privado) ¿para que trasplantarlas al Derecho penal, donde no encajan y resultan tan perturbadoras? Creo que si de lo que se trata es de dotar de legitimidad a estas sanciones, (labor de los administrativistas y constitucionalistas), los penalistas urgidos por tal cuestión, deben pasar al Derecho administrativo o constitucional.

Ahora, si de lo que se trata es de no permanecer impávidos ante la grave lesión de tal o cual bien jurídico penal producido por la actividad de un determinado grupo de sujetos (o en su seno), lo que debe en definitiva hacerse es buscar a el o los sujetos que han de responder, y el sistema adecuado de imputación jurídico- penal conforme a la participación del sujeto. Al lado de aquello, se le podrá imponer una determinada sanción extra-penal al conjunto, si el merito de las circunstancias lo aconsejan (imputación de responsabilidad conforme a las normas que la regulen).

Zúñiga Rodríguez señala una serie de sanciones comunitarias, dividiéndolas en directas e indirectas; dentro de las primeras encontramos la multa, y la multa coercitiva; dentro de las segundas, y con contenido patrimonial, tenemos la perdida total del premio dotado a los productores de carne, la exclusión del autor de la violación, de los beneficios obtenidos para los años sucesivos, la

disminución de las ayudas concedidas, y la obligación de restituir la suma recibida.¹⁰⁷ Volveremos mas adelante con la naturaleza jurídica de tales sanciones.

Ya en el plano propositivo, se señalan las características que deben reunir las penas a aplicarse a las colectividades (en principio, personas jurídicas). Se dice que como se reconoce actualmente la posibilidad de prevención general y especial de los entes colectivos, debe buscarse la sanción apropiada a su naturaleza colectiva. Deben tener como características esenciales:

1. Que no puedan ser absorbidas por los costes de la empresa, pues pierden su efecto intimidatorio.

2. Siendo fundamentalmente el ánimo de lucro lo que anima a este tipo de delincuencia es conveniente atacar los beneficios económicos con: el comiso de las ganancias, la eliminación de las subvenciones, eliminación de derechos, etc.

3. Hay que tener en cuenta que la pena puede lesionar intereses legítimos de terceros como los trabajadores o los acreedores. Para ello se propone una intervención de la empresa que pueda considerara la conciliación de los intereses en juego.

4. Siguiendo las últimas tendencias de Derecho Penal, que nos hablan de una tercera vía, la de reparación del daño, se propone sancionar a la empresa con la restitución a la situación anterior en que se causó el daño, obligando –en lo posible- a la misma a reparar el daño causado.

¹⁰⁷ Zúñiga Rodríguez, Laura. Op cit. p. 154 y ss.

5. Se considera eliminar de las legislaciones la sanción de disolución de la empresa, pues es prácticamente similar a la pena de muerte para las personas físicas, sanción demasiado grave que solo se mantiene para las asociaciones ilícitas.

6. Se discute sobre la oportunidad de imponer penas privativas de libertad a los directivos en delitos socio-económicos. Estas serían, en todo caso, paralelas a la responsabilidad de la empresa. Aunque por un lado se ha comprobado que esta clase de sanciones merman la honorabilidad de los autores de estos delitos, atacándoles precisamente uno de sus bienes jurídicos más preciados cual es su honor y su propia imagen, no parece procedente revitalizar las penas de prisión, cuando se ha comprobado y denunciado desde hace años la necesidad de un retroceso en la pena privativa de libertad.¹⁰⁸

Me parece que en consideración a cada una de estas características, se pueden fundar precisamente una serie de objeciones a la necesidad de la elaboración de sistemas colectivizados de responsabilidad; de esto daremos cuenta más adelante.

5- SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ENTES COLECTIVOS SIN RESPONSABILIDAD JURIDICA

Ya señalamos con antelación, que resulta errado (e injustificado) limitar el estudio de la responsabilidad de las colectividades desde la perspectiva de las personas jurídicas únicamente. De hecho, la limitación que se hace del estudio de la cuestión, debilita aun más la posición de los defensores de tales tesis. ¿Por qué se limita la responsabilidad a la persona jurídica? ¿Que la separa

¹⁰⁸ Zúñiga Rodríguez, Laura. Op cit. P. 240 y ss.

materialmente de otras colectividades sin tal atributo? Piénsese, por ejemplo, en las asociaciones o cuentas en participación, las sociedades de hecho, las sociedades en proceso de constitución, los holdings, los carteles, o el trust. Todos estos representan actividades de un conjunto de individuos, de empresas o sociedades. Difícilmente, y por lo complejo de sus relaciones, se les puede tratar coherentemente bajo el sistema que se propone de responsabilidad de la persona jurídica; esto porque ¿a que persona jurídica se puede sancionar en estos casos? O bien esta no existe, o si la hay, concurre con varias otras, que actuando correlacionadamente con esta, impiden la determinación de responsabilidades. Es decir, el sistema de responsabilidad de las personas jurídicas, se queda además corto a la hora de solucionar los problemas de la macro criminalidad que se supone pretende solucionar. Lo más interesante de todo esto, es que los autores que defienden tales posiciones, dan cuenta de todos estos problemas al analizar la criminalidad de empresa en nuestros días, y constatar que el sistema de imputación individual resulta inadecuado para su eficaz combate. Digo que me resulta interesante pues luego de exponer sus propuestas, no se ve de que forma tales construcciones resuelven lo que se supone es el problema básico: la cuestión de la responsabilidad de las colectividades en general (pues de la hipótesis de sus trabajos rededuce que tal es el problema). Solo se resuelve una parte de la cuestión, dejando sin tratamiento alguno (o en manos del sistema tradicional de imputación, tan limitado según ellos) a gran cantidad de casos de delitos absolutamente equivalentes (desde el punto de vista del injusto) a los cometidos en el seno de colectividades organizadas como personas jurídicas.

Bacigalupo Silvina agrega algo mas, que no hace sino que me convenza aún mas de lo arbitrario e inequitativo del sistema que se propone; señala, criticando la limitación formal del circulo de sujetos cuya actuación compromete a la persona jurídica, que, sic. "Así, solo se limita la responsabilidad penal de la

sociedad o compañía a los representantes legales determinados por la ley, se privilegia a determinadas personas jurídicas por la elección de determinadas formas de sociedades. En este sentido, el empresario individual no responde por acciones jurídicas realizadas por sus representantes legales sin que concurra la vulneración de un deber propio, sin embargo, en tales casos se debería exigir una posición de garante del titular de la empresa para evitar la comisión de delitos que en su ámbito pudiese ser realizado por personal de la misma.

En este sentido, el empresario individual corre el riesgo de ser castigado él mismo por los delitos cometidos por sus empleados dentro del ámbito de la empresa, mientras que, aun de *lege lata*, las personas jurídicas se encuentran en una situación privilegiada.”¹⁰⁹

Si bien la autora trata de demostrar que la restricción del círculo de sujetos que comprometen a la empresa resulta inapropiada, no advierte que, con su ejemplo, pone de manifiesto una situación absolutamente criticable: si se fija bien, mientras que si se comete el delito por (en su terminología) una persona jurídica a través de la actuación de un sujeto determinado, se le sancionara a esta, es decir, a toda la estructura, cuando se cometa el delito por un sujeto determinado en una empresa con un único titular, se le sancionara a este propietario determinadamente, específicamente, y no a su empresa, lo que me parece ya absurdo pues supone establecer diferencias arbitrarias. Además supone hacer algo que no le incumbe al Derecho penal: política económica (pues se privilegia la formación de empresas organizadas de cierta forma).

La autora en comentario limita su trabajo a la responsabilidad de las personas jurídicas por su propio punto de partida, esto es, que dada su existencia (de las

¹⁰⁹ Bacigalupo, Silvina. Op cit. p. 387

personas jurídicas) y reconocimiento por el ordenamiento jurídico en general como sujeto de Derecho, debe sancionárseles como tales. Es por esto, que no puede ir más allá, dado que difícilmente podrá llegar a que las demás colectividades son personas. Su punto de vista (normativo) le impide ir más allá, y puede desecharse sin mayores miramientos por excesivamente formalista.

Gracia Martín analiza en su trabajo, la dificultad que subyace a toda fórmula que pretenda solucionar el problema que nos preocupa, cuando se parte de criterios formales.¹¹⁰ A lo que se debe tender, es a abarcar a todos los casos que se puedan mirar como equivalentes bajo una misma fórmula, de lo contrario solo se aportara una solución parcial que en nada ayudara, y que dejará sendas lagunas de punibilidad.

La autora eso sí, reconoce la posibilidad de sancionar a ciertos entes con sin personalidad jurídica, pero lo hace en el entendido de que estos tengan la aptitud de obtener tal atributo, sea porque están en trámite de conformación, porque si bien pudieron configurarse de tal modo, no lo hicieron, o por adolecer de algún determinado vicio. De lo que se trata en definitiva es de asimilar a tales entidades a aquellas que gozan de tal atributo, basados en la similar organización interna. Me parece que además de ser una solución parcial, pues aun queda por resolver todos aquellos casos en que no es posible asimilar la organización a una empresa dotada de personalidad jurídica, por ejemplo, las uniones de empresas ya anotadas, parece que tal solución choca de frente con el intento de la autora de construir la capacidad delictiva de las personas jurídicas a partir de sus propias características (que no compartirán estos entes a los que ella amplía la responsabilidad).¹¹¹

¹¹⁰ Gracia Martín. Op cit. p.168, 169, 328. Eso sí, como parte de su crítica a la fórmula tradicional de disociación. Véase en extenso a este mismo autor.

¹¹¹ Véase a Bacigalupo, Silvina. Op cit. p. 368 y ss.

Schünemann sin duda avanza más en esta materia. Ya señalamos más atrás que este autor reconoce la posibilidad de que se sancione a las personas jurídicas en el ámbito penal. Pero si se lee bien, el va mas allá, pues se refiere a la totalidad de las entidades colectivas, donde incluye a la totalidad de las empresas económicas. Esto sin duda es un avance aunque no compartamos la solución.¹¹²

Laura Zúñiga explica el porque se trata el tema enfocándose en la persona jurídica; señala, sic. “Existe pues, una clara vinculación entre crimen organizado y persona jurídica, porque suele ser el medio del que esta moderna delincuencia se vale para lograr sus objetivos criminales.” Mas adelante continua, sic. “En suma, cuando se estudia la responsabilidad penal de las personas jurídicas se piensa fundamentalmente en el Derecho Penal Económico, pero este estudio pretende tener en cuenta, con carácter general la criminalidad realizada en el seno de entes colectivos como asociaciones, partidos políticos, sindicatos, etc., esto es, grupos humanos organizados, donde existen relaciones complejas de jerarquía, división del trabajo y especialidad, que se reúnen con o sin animo de lucro.” Continua, sic. “De ahí que al hacer referencia a personas jurídicas, se considere comprendidas las empresas, asociaciones, fundaciones, o sociedades que, aunque son conceptos que responden a diferentes tipologías, todas ellas tienen el denominador común que son corporaciones, entes colectivos organizados. Esto significa que aunque se aborden diversos temas del Derecho Penal que han sido ya estudiados por la moderna doctrina, como delitos socio económicos, criminalidad de empresa, crimen organizado, responsabilidad por el producto, el objeto central de esta investigación será el estudio de los problemas dogmáticos y político criminales de la responsabilidad penal (individual y/o colectiva, en su caso) de los delitos

¹¹² Schünemann, Bernd. “La punibilidad de las Personas Jurídicas desde la perspectiva Europea. En: “Hacia un Derecho Penal Económico Europeo”. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995. p 565 y ss.

que se cometen en el seno de una organización de personas. El que tengan personería jurídica, es decir, reconocimiento jurídico, es importante para reconocerle sujeto de imputación jurídica, esto es sujeto con derechos y obligaciones.” Señala mas adelante, sic. “Así se excluyen de este trabajo las corporaciones sin personería jurídica, porque al no tener entidad jurídica, difícilmente se les puede considerar en tanto grupo colectivo como sujetos de responsabilidad de cualquier tipo, pues no se podría determinar quienes lo conforman y como asociación no existen para el Derecho y, en todo caso tendrían el tratamiento de las asociaciones ilícitas.”¹¹³

No coincido en lo absoluto con la autora; me parece que confunde reconocimiento jurídico con personalidad jurídica. Son dos cosas distintas, es cierto, pero el que no se cuente con personalidad jurídica no quiere decir que no se exista para el Derecho. Así, si tomamos los mismos ejemplos que la autora recoge en su trabajo, podemos observa que cada vez que el Derecho se refiera, por ejemplo, a una sociedad en proceso de constitución (que durante el proceso no tendrá personalidad jurídica), o una sociedad de hecho, u otras corporaciones sin dicho atributo, se les esta reconociendo, e incluso y en muchos casos, se les regula, estableciéndoles determinados deberes, e incluso derechos. Ahora, cuando se le otorga personalidad jurídica al grupo, lo que se hace es reconocerle, previo cumplimiento de ciertos requisitos, de una serie de otros atributos, y de cierta capacidad de actuación independiste de los individuos que la componen. Es decir, es un especialísimo reconocimiento con el que se otorgan una serie de derechos y obligaciones al significante del grupo: la persona jurídica.

¹¹³ Zúñiga, Laura. Op cit. pp. 49-50.

Ahora, sostener que otros grupos que no tienen personalidad jurídica no son reconocidos por el Derecho, es ir muy lejos. Existirá reconocimiento por el Derecho, cada vez que se les mencione y se les regule de alguna forma.

Además, el que se cuente o no con personalidad jurídica no afecta o influye en la problemática que subyace a la delincuencia organizada en general, y a la delincuencia empresarial en especial. La personalidad jurídica no es mas que un dato, que materialmente debe de carecer de importancia. ¿Qué importancia puede tener, desde el punto de vista del injusto, el que un delito se cometa en el seno de una empresa que se relaciona como persona jurídica, de aquella en que los individuos propietarios actúan mancomunadamente? Sin duda, no existe diferencia material alguna.

Además, aun en su Derecho, de *lege lata* se le puede replicar, siguiendo a De la Fuente Honrubia, lo que sigue, sic. “El Código Penal no realiza una caracterización propia de las agrupaciones de personas que pueden intervenir en hechos delictivos. En el ámbito penal rigen las mismas categorías que en el ámbito civil, si bien, como veremos mas adelante, la personalidad jurídica no tiene la misma relevancia que en Derecho civil; lo realmente importante en Derecho Penal es la proyección delictiva de la asociación. Sin embargo, no existe en el Código Penal una concreción suficiente que determine con claridad si en la tipificación de los supuestos se considera la intervención de cualquier agrupación o de agrupaciones concretas.”¹¹⁴

Precisando esto aun mas, señala este mismo autor, que aun cuando el Código Penal se refiera en ciertos casos a la persona jurídica (cita el Art. 31 del Código Penal de su país), dicha referencia debe entenderse en sentido amplio,

¹¹⁴ De la Fuente Honrubia, Fernando. “Los entes colectivos como sujetos del Derecho Penal. Su tratamiento en el Código Penal.” En: Anuario de Derecho penal y ciencias penales. Tomo LV. Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2004. p. 203.

es decir, entenderse que se hace referencia a cualquier ente con capacidad autónoma para adquirir derechos y obligaciones y con capacidad para interferir, lesionar, modificar o alterar bienes jurídicos protegidos.¹¹⁵ Mas adelante en su trabajo analiza diversos supuestos donde es posible observar en que sentido refiere el Código Penal el término persona jurídica.

Silva Sánchez también en esta misma línea señala, sic. “El conjunto de problemas que plantea este tema puede ser estructurado en tres partes. Primera: la responsabilidad penal de las empresas en si mismas, en tanto que agrupaciones de personas o corporaciones, eventualmente dotadas de personalidad jurídica, que, además, han pasado a ser sujetos fundamentales de la actividad económica, en lugar del empresario individual.”¹¹⁶

Mas cercano a la posición de Zúñiga encontramos a De faria Costa, aunque en su discurso parece mas cercano a nuestra posición. Señala dicho autor, sic. “Independientemente de las dificultades teoréticas en que se puede sumergir la cuestión de la definición (jurídica) de empresa, es indiscutible que, si la empresa adquiere una forma jurídica, y en ese sentido aparece en el mundo de la normatividad jurídica como persona colectiva o como persona jurídica, entonces, aquello que era tan solo una unidad organizativa de carácter esencialmente económico, pasa ahora a ser una persona jurídica; pasa a ser un centro autónomo de imputación jurídica, aunque construido.” Continúa, sic. “La realidad material de intereses que aquella unidad organizativa con sustancia, al revestir la forma jurídica de forma colectiva se hace todavía mas densa y se nos aparece con sentido y vocación para una función jurídica apelativa, hasta incluso instrumental. E instrumental en tanto insusceptible, entre otras cosas, de una reconducción a una dimensión onto-antropológica que acompaña, por

¹¹⁵ De la Fuente Honrubia, Fernando. Op cit p. 205

¹¹⁶ Silva Sánchez, Jesús Maria. Op cit. p. 357

ejemplo, cualquier actuar comunicacional de una persona concreta. La posibilidad de que se pueda imputar hechos, jurídicamente relevantes, a la persona colectiva, reduce la complejidad y aumenta, por consiguiente, el grado de eficiencia y fluidez sistemática de todo el ordenamiento jurídico.” Más adelante, sic. “Pura y simplemente, es fácil percibir que, aun en términos funcionales, poco valdría la reconducción de aquellos intereses a una unidad con sentido jurídico si ella misma no pudiese ser sujeto/objeto de una relación de imposición sancionatoria. En otras palabras: si eso no se verifica, esto es, si no se puede penar a la propia persona colectiva, gran parte de la eficacia antes propugnada se pierde en la imposibilidad de la correcta determinación de los verdaderos agentes que consustanciaran la infracción penal.”¹¹⁷

Coincido en parte con el autor. En primer lugar, me parece que avanza en algo, pues resulta menos formal que Zúñiga, en el sentido de que flexibiliza el concepto de persona jurídica, introduciendo consideraciones más bien materiales. Me interesa por sobre todo, la referencia a la adquisición por la empresa, de una forma jurídica en el mundo de la normatividad. Será persona jurídica si se adopta una forma que le permita ser sujeto de imputación autónomo. Es decir, no interesa que adopte tal o cual forma jurídica, y que a esa forma que se elige, el sistema jurídico le otorgue el estatus jurídico de persona jurídica para serlo; más bien interesa que con la adopción de tal o cual forma se pueda ser sujeto de relaciones jurídicas de manera autónoma. Ahora bien, me parece que con tal cosa se llegara a que basta que el ordenamiento jurídico reconozca que tal o cual asociación deben responder por cuestión alguna, o reconozca la posibilidad de adquirir o gozar de algún derecho, para que, según entiendo, nos encontremos ante una persona jurídica. En estos

¹¹⁷ De Faria Costa, José. “La responsabilidad jurídico penal de la empresa y de sus órganos. (o una reflexión sobre la alteridad en las personas colectivas a la luz del Derecho Penal)”. En: Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro en homenaje a Claus Roxin. Barcelona Bosch Editor. 1995. p 430 y ss.

términos, resulta que todos los entes colectivos reconocidos en las leyes (por reconocimiento no quiero indicar que tales han de estar regulados, aceptados, o dotados de forma alguna), y que hemos mencionado antes, son personas jurídicas en sentido material, pues de alguna forma se les reconocen muchas veces como tales. Algo así me parece algo exagerado.

Digo que me parece que avanza en algo el autor en comentario, en tanto parece ir mas allá de la mera forma para explicar el tema que nos convoca, pero no compartimos su conclusión.

Hirsch parece aun mas claro en este punto; para él la cuestión de la personalidad jurídica parece no ser mas que un dato (a efectos de abordar el tema nada mas, pues para el en definitiva, si podría tener alguna importancia como se verá); señala, sic. “Por último, para el legislador se plantea la cuestión de si deberían ser alcanzadas por la punibilidad solo agrupaciones de personas jurídicamente capaces o también otras estructuras corporativamente organizadas. Al respecto, rige que para el Derecho penal debería resultar decisiva la forma real de aparición y no el reconocimiento de la capacidad jurídica. Esto ya ha sido reconocido por el Derecho contravencional vigente”¹¹⁸ Mas atrás ya señalaba, refiriéndose a la existencia de las personas jurídicas, que, sic. “Por cierto, no es posible fundamentar científicamente la realidad sin más ni más en que actualmente las legislaciones nacionales regulan la persona jurídica en el sentido de la teoría de la persona real de la asociación.....” Más adelante, sic. “El ordenamiento jurídico toma en cuenta esta realidad al dotar a las asociaciones de personas de capacidad jurídica y al calificarlas como

¹¹⁸ Hirsch, Hans Joachim. “La cuestión de la responsabilidad de las asociaciones de personas”. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XLVI. Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1994. p. 1119.

personas jurídicas, o reconociéndoles, cuando menos, legitimación procesal pasiva.”¹¹⁹

Más claro aun resulta Gracia Martin, que señala, sic. “La comisión de hechos punibles en el curso de la actividad de una persona jurídica, fundamentalmente en el de la empresa económica, pero también en otro tipo de agrupaciones, como partidos políticos, sindicatos, sociedades deportivas, etc., e incluso en asociaciones desprovistas de personalidad jurídica plantea, sin duda, graves problemas y nuevas necesidades político-criminales a las que el legislador debe dar una respuesta eficaz. La cuestión en si entre las posibles respuestas jurídicas a este fenómeno cabe optar por el establecimiento, y en su caso, la imposición de penas a la propia persona jurídica, sea con carácter independiente o acumulando a la pena prevista para las personas físicas que hayan realizado efectivamente el hecho punible.”¹²⁰

Ya con este autor podemos comprobar que la cuestión debe ser analizada desde una perspectiva más amplia, pues no existirán razones convincentes para limitar el estudio de la responsabilidad de los entes colectivos a aquellos que gozan del tantas veces mentado atributo. En cualquiera de las hipótesis que nos propongamos, se observara que no existen mayores diferencias entre el injusto que se enmarca en la actividad de un ente con personalidad jurídica, al de un ente sin tal significante.

¹¹⁹ Hirsch, Hans Joachim. Op. cit. p. 1104.

¹²⁰ Gracia Martin, Luís. “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas”. En: Mir Puig, Santiago, y Luzón Peña, Diego-Manuel. Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto. Barcelona, Bosh Editor, 1996. p.37

CAPITULO TERCERO

¿ES POSIBLE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS? ALGUNOS INTENTOS DESDE TESIS FUNCIONALES

I- PLAN DE TRABAJO

Nos avocaremos en este capitulo al estudio de algunas construcciones sobre responsabilidad de las colectividades venidas desde posiciones funcionales. Debo aclarar que no es posible abarcar todos los trabajos existentes y de los que se ha dado cuenta en las referencias bibliografiías que nutren esta tesis. Tratare de revisar aquellas que me resultan mas interesantes y extensas a este respecto, y alguna referencia haré a los mas sobresalientes cultores de la tesis que se critica.

Estudiaremos a continuación y resumidamente a Tiedemann y Hirsch (por su cercanía), para luego detenernos en los trabajos de Bacigalupo S. y de Zúñiga Rodríguez. Iré complementando en lo posible con las opiniones de otros autores. Las criticas a cada construcción se efectuaran en el capitulo siguiente, sin perjuicio de las observaciones que me parezcan convenientes para cada caso. Partamos pues.

II- ALGUNAS CONSTRUCCIONES FUNCIONALES

1- LA PROPUESTA DE TIEDEMANN, Y POR SU CERCANIA, HIRSCH

Tratare en conjunto a ambos autores dada la cercanía de sus propuestas. Ambos enfocan el problema desde la misma perspectiva, y como se podrá observar, sus soluciones son prácticamente idénticas pero con matices que se anotaran en cada caso.

Ya hemos hecho referencia a Tiedemann con anterioridad, como uno de los más connotados defensores de la tesis de la responsabilidad de las personas jurídicas. Sabemos que este autor se ha transformado en el porta estandarte de la lucha por la configuración de un Derecho penal económico independiente, vinculado no tanto a ideales dogmáticos de vieja data. Propone de cierta forma, la vinculación de esta rama del Derecho a la política económica y a los supuestos de la novísima configuración del tráfico jurídico. Observa como ha existido una cierta tendencia en Derecho penal contemporáneo a reducir los procesos económicos y su protección jurídico penal a meros intereses patrimoniales. Esta, según él, resulta ser una tendencia que debe rechazarse por falsa: no toda perturbación o lesión de la vida económica tiene por que consistir en daños patrimoniales (o en daños a la integridad corporal y a la salud). Hoy los tipos penales del Derecho económico dependen, en gran medida, de la configuración del sistema económico. En vista de estas cuestiones se pregunta el autor, ¿debe el legislador penal prever una regulación directa en el Código Penal, o debe relegar la regulación de los delitos económicos a la legislación especial, y en este marco dejarlos a la potestad sancionatoria de la Administración económica, configurándolos, especialmente

como infracciones administrativas?¹²¹ Todo lo apuntado permite intuir ya su postura: propone este autor un sistema de responsabilidad penal de la empresa, en sintonía con la importancia que tienen tales entidades en nuestra sociedad actual, en que se les reconoce como individuos capaces de actuar, y por lo demás, de delinquir.

Desde esta perspectiva resulta imperioso que se entienda que la empresa es un actor importante en la vida en sociedad en nuestros días, y que sea por ella, o por los miembros que la integran, se producen una serie de lesiones a los bienes jurídicos en su seno, por lo que se hace necesario abordar el problema desde una perspectiva mas amplia, y desligada de prejuicios dogmáticos. Señala que dada la complejidad de los procesos, se produce una suerte de imposibilidad en la determinación de responsabilidades frente a la comisión de hechos punibles.

Además, por su punto de partida, esto es, de la constatación de que las empresas son más bien realidades dotadas de capacidad para actuar con independencia de las personas que la integran, este autor busca exponer como, o de que manera ha de imputárseles responsabilidad, y ser sancionadas por aquello que ha de ser su obra.

Este autor, como señala Gracia Martin, ha formulado una tesis mediante la que pretende fundamentar dogmáticamente, y no solo parcialmente (limitada a la responsabilidad administrativa) la multa contra las agrupaciones. Si bien reconoce que la multa administrativa tiene cierta diferencia con la multa penal, observa que algunos fundamentos de la imputación a la agrupación en el Derecho administrativo, tiene exactamente la misma validez en el Derecho

¹²¹ Tiedemann, Klaus. Op cit. p. 32

penal, en especial aquel referido al destinatario de la norma¹²². Veremos de que forma da lugar a la responsabilidad del ente, funcionalizando ciertas categorías.

1.1 EL DESTINATARIO DE LA NORMA

Señala este autor, que tanto las personas físicas como las jurídicas pueden ser destinatarios de las normas jurídico penales (también es este sentido Hirsch), y en general, de las normas de conducta, es decir de los mandatos y prohibiciones. Esto por tanto supone capacidad de acción de la persona jurídica (ente colectivo), como se intuye, pues si el legislador dirige normas a las personas jurídicas, es porque ellas también pueden producir los efectos exigidos por la norma, es decir, pueden producir acciones y omisiones. De este modo, las personas jurídicas pueden concluir contratos de cartel o de colusión contrarios a los mandatos y prohibiciones de la ley contrarias a las prácticas restrictivas de la competencia y, por las mismas razones que pueden realizar dichas acciones, pueden también omitirlas.¹²³

Para hacer esta aseveración, se funda Tiedemann en párrafo 14 del StGB alemán, que supone la llamada cláusula de actuaciones en lugar de otro. Señala tal disposición (en lo substancial), que deberá responder penalmente el órgano o el representante por delitos especiales con respecto a los cuales no son ellos mismos los sujetos cualificados por carecer de determinados elementos objetivos de la autoría. Así, de forma oblicua, el autor señala que si esto es así, es porque el destinatario de la norma no es el órgano o el representante de la empresa, sino la propia persona jurídica. Es decir, se

¹²² Gracia Martín, Luís. “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas”. En: Mir Puig, Santiago, y Luzón Peña, Diego-Manuel. Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto. Barcelona, Bosh Editor, 1996. p.60.

¹²³ Gracia Martín, Luís. Op cit. p. 60

necesitaba la cláusula para los casos en que se actuara en lugar de otro (en este caso, la persona jurídica) y ese otro por tanto, debe ser el destinatario de la norma. La cláusula entrara en consideración cada vez que el destinatario de la norma sea la persona jurídica.

Hirsch a su vez, para fundar el porqué son destinatarias de las normas las personas jurídicas, señala que, sic. “Porque las asociaciones de personas son realidad, y porque, justamente, debido a su existencia no solo ideal, sino real, son convertidas en destinatarias de deberes –sea, en general, de la sociedad, sea, en particular, de ordenamiento jurídico-, ellas cometen una lesión al deber, cuando no cumplen las ordenes normativas que se les dirige.”¹²⁴

Ahora, según este autor, la persona jurídica (ente colectivo) actuará a través de sus órganos y representantes, y debemos suponer que a través de aquellos cumplirá los deberes que se le imponen. Mas adelante volveremos a este punto.

1.2 RESPECTO DE SU CAPACIDAD DE ACCCION

También es posible dogmáticamente para Tiedemann, fundar la autoría de la propia persona jurídica. Reconoce que la persona jurídica actúa por medio de sus órganos y representantes. Esta actuación, pese a ser por medio de, es propia de la persona jurídica; son hechos individuales de esta, los que realiza a través de sus órganos, y estos a su vez, se deben considerar de la persona jurídica, cuando la actuación sea en interés de esta evidentemente. Además, y adelantándose a cualquier objeción, señala que en el Derecho penal se reconocen una serie de supuestos en que la autoría se funda en la imputación de un hecho ajeno realizado por otro. Así por ejemplo en aquellos casos en que

¹²⁴ Hirsch, Hans Joachim. Op cit. p. 1106.

intervienen varias personas en el delito, y por no haber tomado parte en la acción típica uno de ellos, se tiene que construir su autoría a través de criterios de imputación. Estos son los supuestos de autoría mediata y coautoría. En ellos se le imputan al coautor lo realizado por el otro coautor, y al autor lo que realiza su instrumento. Así el coautor y el autor mediato responden por el hecho propio.

Hirsch, que sigue muy de cerca esta construcción, no concuerda en este punto con Tiedemann. Para él, las asociaciones pueden actuar directamente, pero lo hacen a través de sus órganos. Las actuaciones de las personas que representan a la sociedad tienen la cualidad de ser acciones propias de tales individuos, pero además, actuaciones de la empresa o entidad colectiva. Señala este autor, luego de corroborar de *lege lata* la existencia de tales entes, sic. “Todo ello, sin embargo, no elimina el hecho de que las asociaciones de personas, para actuar externamente, deben servirse de las acciones naturales de los hombres.” (A estas acciones se les denomina hechos vinculantes) Mas adelante, sic “Y dado que la corporación como tal actúa hacia afuera mediante acciones humanas de sus órganos, estas acciones son, al mismo tiempo, también las suyas propias. De lo que se trata aquí, en consecuencia, dice Hirsch, es de una forma de actuar propio a través de otro condicionada por la estructura de la corporación.”¹²⁵

Señala que la capacidad de acción no le es negada a la persona jurídica en otros ámbitos del Derecho, incluyendo al ámbito contravencional. Señala eso si, que la opinión mayoritaria ha rechazado la capacidad de acción en el ámbito penal por insuficiente, cualitativamente, para el ilícito en los delitos criminales. La razón de aquello estaría (históricamente) en que el delito criminal no es valorativamente neutro desde el punto de vista ético social, mientras que el ilícito contravencional, si. Faltaría en el actuar de las asociaciones el actuar

¹²⁵ Hirsch, Hans Joachim. Op cit. p. 1105 y 1106

ético-socialmente reprochable, que es necesario en los hechos punibles. Señala que hoy una cosa así es rechazada por la doctrina unánimemente, pues también en el ámbito contravencional se lesionan normas ético sociales. La idea que esta detrás de esta argumentación es que no existen razones materiales para considerar capaces de acción a las personas jurídicas en el ámbito de las infracciones administrativas, pero incapaces en el ámbito penal, debido a que no existen mayores diferencias en el contenido del ilícito (mas bien seria una diferencia cuantitativa).

El autor, resumiendo, señala, sic. “Si las asociaciones de personas son destinatarias de deberes jurídicos, entonces, no solo pueden cumplirlos, sino también lesionarlos. Y no es posible negar como principio que el ilícito de esa lesión sea apropiado para imponer sanciones penales a las asociaciones de personas, fundamentándolo en las particularidades de este ilícito de acción.”¹²⁶

Respecto a que personas específicamente comprometen el actuar de la persona jurídica, en contra de la construcción norteamericana, que amplía en exceso el círculo de individuos que comprometen al ente, señala el autor, sic. “Justamente, solo puede hablarse de actuar propio de una corporación, en caso de acciones de personas naturales que están llamadas a actuar como órganos conforme a la constitución de la asociación, y con ello, representan con su actuar a la corporación como tal. De esto parte también el Derecho contravencional alemán y el Derecho civil, pudiendo quizá resultar adecuada la ampliación a otras personas dirigentes, como las que se han realizado en la jurisprudencia del Derecho civil.”¹²⁷

¹²⁶ Hirsch, Hans Joachim. Op cit. p. 1108

¹²⁷ Hirsch, Hans Joachim. Op cit. p. 1120

Ahora, las acciones de estos sujetos tendrán que darse en el ámbito de la actividad de la empresa; se debe estar al objeto de la asociación para efectos de imputación a la propia colectividad; debe estar vinculada la acción a la asociación, y no se requiere que se dé en ocasión de la actividad societaria.¹²⁸

1.3 RESPECTO DE LA CULPABILIDAD

Tiedemann no ha llegado a explicar de que forma se les puede estimar culpables a las personas jurídicas en el ámbito penal. Quizás es el escollo más grande para su postura inicial, esto es, aquella que señala que ésta fundamentación (que él elabora) de la multa administrativa a las colectividades, puede ser transplantada sin inconvenientes al Derecho penal en muchos de sus aspectos. Digo que resultara en escollo insalvable pues si no se es capaz de fundar razonablemente la culpabilidad de la colectividad, entonces deberá rechazarse la posibilidad de sanción penal para esta (pues el reproche de culpabilidad es fundamental en Derecho penal).

Para salvar la inexistencia de la culpabilidad en el ente (por lo menos en el sentido clásico de esta), ha introducido el autor en comento, para el Derecho administrativo sancionador, un criterio de imputación puro (que no es culpabilidad evidentemente). Es importante que se haga una referencia a este criterio pues actualmente existen importantes corrientes que pretenden reducir la responsabilidad penal a una pura imputación, y en palabras de Gracia Martin, una dogmática penal de la imputación no debería tampoco tener inconveniente en asimilar dicha fundamentación de la culpabilidad y justificar, con base en la misma, la sanción penal misma a las personas jurídicas.¹²⁹

¹²⁸ Hirsch, Hans Joachim. Op cit. p. 1123

¹²⁹ Gracia Martin, Luis. Op. cit. p. 61.

Zugaldia Espinar explica que la culpabilidad es en este sentido un concepto amplio, entendido no en sentido clásico de una culpabilidad personal moral sino de una responsabilidad orientada a categorías sociales y jurídicas. Señala el autor, que con ello se quiere decir que si en el Derecho penal no se trata de culpabilidad moral sino de responsabilidad social, la capacidad de culpabilidad (de las personas jurídicas) podría ser regulada normativamente por el legislador.¹³⁰

Entonces la culpabilidad de las personas jurídicas puede ser explicada y fundamentada a través del criterio de culpabilidad por defecto de la organización. Este defecto organizacional se hará evidente cada vez que el delito o infracción se derive de la omisión de sus órganos y representantes de las medidas de cuidado necesarias para garantizar una conducción ordenada, es decir, no delictiva de los negocios. En este supuesto, el reproche que justificaría la imputación de la acción a la persona jurídica y la correspondiente sanción a la misma, estaría constituido, por lo tanto, por un “momento omisivo”.¹³¹

Es fundamental que estos hechos de referencia, individuales o de contacto (es decir, de los órganos y representantes que han de imputársele a la persona jurídica) operen en la esfera de negocios propio de la empresa (o colectividad). La actuación debe ser en interés de la persona jurídica, dentro de su giro o tráfico.

A Tiedemann se le ha señalado que tal construcción supone una culpabilidad por el hecho ajeno. A esto trata de oponer el autor, la idea de que su concepto de culpabilidad por defecto de la organización es una modalidad de

¹³⁰ Zugaldia Espinar, José Miguel. Op cit. p. 726

¹³¹ Bacigalupo, Enrique. “Derecho penal económico”. Buenos Aires, Hammurabi, 2004. p.78

culpabilidad por un hecho anterior. Esto significa, en palabras de Gracia Martín, sic “El defecto de organización de la empresa, es decir, la omisión de la adopción de medidas de precaución para evitar la comisión de delitos en el ejercicio de la actividad de la empresa, sería el hecho fundamentador de la culpabilidad de la propia persona jurídica, del mismo modo que en los casos de *actio libera in causa* o en el caso de delito de realización de un hecho punible en estado de embriaguez. La culpabilidad y la pena se fundamentan no en el hecho propiamente lesivo realizado en situación de ausencia de culpabilidad, sino en la reprochabilidad por un hecho anterior consistente en haber descuidado la adopción de medidas de precaución para evitar la realización de tales hechos lesivos.^{132 133} Con esto Tiedemann fundamenta ya un concepto, a su juicio, de culpabilidad de la propia persona jurídica. Esto pues las medidas de precaución que se omiten y los deberes que por esto se infringen consisten respectivamente en medidas y deberes de vigilancia, de control y de organización que obligan a la misma agrupación como tal agrupación. Estos deberes son de la propia organización y no de sus miembros.¹³⁴

Hirsch en este punto señala, sic. “Con relación a la cuestión de la culpabilidad, en el Derecho penal se trata de la reprochabilidad personal del hecho, mas precisamente: de la capacidad personal de motivarse conforme a la norma durante la comisión del hecho.” Señala que tradicionalmente se ha entendido que la culpabilidad significa que el hombre puede decidirse en contra del Derecho a partir de una autodeterminación libre, responsable y moral. Por esto, solo es posible un reproche de culpabilidad frente al hombre.¹³⁵

¹³² Gracia Martín, Luís. Op. cit. p. 63

¹³³ También explicado por, Schünemann, Bernd. “La punibilidad de las Personas Jurídicas desde la perspectiva Europea. En: “Hacia un Derecho Penal Económico Europeo”. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995. p 586 y ss.

¹³⁴ Gracia Martín, Luís. Op. cit. p. 63

¹³⁵ Hirsch, Hans Joachim. Op cit. p. 1108

Al autor en comento, no le parece que deba renunciarse a la culpabilidad para la imputación de las personas jurídicas, por esto se pronuncia en contra de algunas posiciones que pretenden, a falta de culpabilidad en sentido clásico, vincular la imputación al concepto de *interés público determinante*. Esto parece recordar la *strict liability doctrine* anglosajona. Una cosa así vulneraría la garantía que otorga la culpabilidad en un Estado de Derecho frente a castigos inadecuados.

El tema de la culpabilidad de las personas jurídicas, para Hirsch se resume a una cuestión de lenguaje. Él observa como en el lenguaje común, en el lenguaje cotidiano, se suele mencionar con relativa frecuencia una suerte de culpabilidad de los entes colectivos. Se dice, por ejemplo, que por el derrame de tal material radioactivo el culpable es tal corporación, que tal empresa causo la muerte de algunos consumidores, o, incluso y yendo mas allá, que tal estado es el responsable de sendas violaciones a los derechos humanos. Este reproche también tiene contenido ético por cierto. También señala que a las empresas se les reconoce honor; se habla del honor de las empresas y asociaciones. Todo esto ha de llevar necesariamente a que se reconozca en este ámbito, la existencia de parámetros morales, por lo que es posible encontrar paralelos entre la culpabilidad de las personas físicas y jurídicas.

Se suma a estas apreciaciones el que en el Derecho contravencional se les suele reconocer capacidad de culpabilidad a estos entes.

A estas observaciones, el autor suma una crítica al contenido moral que se le asigna a la culpabilidad aun hoy en día. Para él, en la culpabilidad penalmente relevante de lo que se trata es solo de que sean consideradas a favor del autor del hecho antijurídico determinadas anomalías y déficit de conocimiento que van en contra de su motivación a un actuar conforme a Derecho. Planteada así

la cuestión, evidentemente las objeciones a la falta de culpabilidad de la persona jurídica parecen perder sustento.

Ahora surge una cuestión; ¿por la culpabilidad de la asociación, se hace en definitiva culpables a cada uno de los socios o integrantes de tal ente, es decir responsabilidad colectiva de los socios? Hirsch responde de forma negativa. Para el la esencia de la corporación es que precisamente no se trata de una simple suma de individuos, sino de una estructura independiente que se separa de ellos. No existe correspondencia entre la culpabilidad de la corporación y la culpabilidad de sus miembros. Siempre debe decidirse por separado entre ambas. Esto ha de observarse de forma clara cuando la conducta culpable de la corporación se realizó contra la voluntad de una minoría superada en votación, o cuando el órgano actuante por la corporación ha actuado en contra de la voluntad de sus miembros.

Vemos que se esfuerza en señalar un concepto de culpabilidad de la propia corporación, de la propia asociación en sus palabras, culpabilidad paralela a la de los socios que componen el ente, que no implica la responsabilidad de todos ellos, sino solo de la propia persona jurídica. Lo único que será perceptible para los integrantes, será la sanción, pues mediatamente ha de afectarlos evidentemente. Hay una suerte de responsabilidad por la culpabilidad ajena.¹³⁶

Ahora, y por ultimo, para determinar la culpabilidad de la asociación, señala el autor, sic, “Al respecto debe recordarse una vez mas que la corporación actúa hacia fuera por medio de sus órganos, y que, según esto, la lesión al deber cometida por ella, es decir, el ilícito, ya es cometida por la acción del órgano. Esto sugiere, por ellos, que igualmente su culpabilidad es suficiente. Pues de lo que se trata en la culpabilidad jurídica por los delitos es la cuestión

¹³⁶ Hirsch, Hans Joachim. Op cit. p. 1110 y 1111

de si la decisión que genero la acción contraria a Derecho había sido evitable, porque aquel que tomo la decisión de acción habría podido motivarse conforme a la norma. Aquel cuya decisión de acción produce la lesión al deber jurídico, es de este modo, idéntico a aquel que hace surgir la culpabilidad para la corporación. El órgano actuante es justamente aquel componente de la corporación que la representa a esta externamente. Al haberle sido atribuida tal función al órgano, este actúa con efectos para la responsabilidad de corporación.¹³⁷

Pero la culpabilidad del órgano no es por si misma suficiente para dar por culpable a la corporación. Señala el autor que en determinados casos, cuando no sea posible para la persona jurídica en su totalidad evitar el ilícito, no existirá entonces la inevitabilidad necesaria para el reproche de culpabilidad. No se podrá decir entonces en este caso, que la empresa en su totalidad no se organizó adecuadamente para evitar tales actos ilícitos. Siempre desde el punto de vista penal se requerirá la evitabilidad individual concreta.

Quizá se pueda caer en la tentación de apoyarse únicamente en esta evitabilidad individual para fundar la culpabilidad. Pero se replica por el autor que la culpabilidad requiere siempre una referencia psíquica concreta al hecho, de modo tal que la culpabilidad de la asociación depende siempre de la presencia de un hecho vinculante cometido culpablemente.

1.4 ALGUNOS APUNTES SOBRE LA PUNIBILIDAD DE LOS ENTES COLECTIVOS

Se suele señalar que la pena expresa un el juicio de desaprobación ético-social de la sociedad y contiene un tratamiento del delincuente que lo concibe

¹³⁷ Hirsch, Hans Joachim. Op cit. p. 1122

como personalidad moral. Por ello el concepto de pena solo sería aplicable a las personas físicas.

Tal concepto se remontaría a Kant. Su metafísica de las costumbres habría influido decisivamente en la concepción dominante hoy en día, de la incapacidad de las personas jurídicas.

Señala Hirsch, que el cambio que se observa la literatura actual sobre la teoría de la pena, se comprueba en que se ha abandonado este concepto de pena clásico, que fue dominante aun después de la segunda Guerra Mundial, y que se remonta al propio Kant, y de cierta forma a Hegel. Se observa que en las dos últimas décadas la tendencia que triunfa es la de las teorías de la prevención. Prevención general y prevención especial son los conceptos de los que se habla en todos los ámbitos. Esto va acompañado de una fuerte influencia de la escuela sociológica (propio de las escuelas funcionalistas). Observa que el padre de la escuela sociológica del Derecho penal, Franz Von Listz, habría instado a la punibilidad de las asociaciones de personas.¹³⁸

Desde el punto de vista de la prevención general observa Hirsch, que ésta también se adecua a las corporaciones. Señala, que si se impone una sanción dineraria en contra de la asociación, el efecto frente a las demás asociaciones es perfectamente comparable al que se produce frente a una multa impuesta a una persona individual ante las demás personas naturales. Si se observa en el Derecho de las contravenciones, si se impone una multa millonaria contra una sociedad anónima por un delito económico, entonces las demás empresas pensarán bien si quieren correr tal riesgo de sanción. También es evidente el efecto de prevención especial. La sociedad penada se cuidará aún más que lo que ocurre con las personas naturales, de volver a entrar en conflictos con la

¹³⁸ Hirsch, Hans Joachim. Op cit. p. 1113

ley respectiva. Señala que investigaciones empíricas realizadas en Estados Unidos confirmaron en esa medida, la suposición de que las empresas económicas, al encontrarse expuestas a la opinión pública, se esfuerzan en impedir nuevos daños a su imagen. A esto se agrega que, por lo general, los socios, o, en su caso, los accionistas, ejercen presión para un buen comportamiento futuro, a fin de que las ganancias no se reduzcan como consecuencia de la disminución de ventas producidos por los perjuicios a la reputación.¹³⁹

Todo lo que se dice es insuficiente para el autor, a la hora de captar la esencia de la pena. Según él, al tenerse en cuenta, al imponer una pena, solo la conducta futura fiel al Derecho, se pierde el elemento de castigo del hecho cometido, y de este modo, el puente entre el hecho y justicia. Por cierto, la amenaza penal contenida en el precepto penal tiene, como amenaza, por naturaleza, una función puramente preventiva. Pero la corriente actualmente de moda deja de lado que aquello que es amenazado materialmente para esa finalidad de prevención, consiste en un castigo para el caso de la comisión, y no únicamente en un reforzamiento de los deberes para evitar un segundo hecho. Es interesante, señala el autor en comentario, que este contenido primario de la pena a imponer, que reside en el castigo del hecho cometido, reingresa luego por la puerta trasera en muchos sostenedores actuales de las teorías de la prevención, como en el caso de la llamada prevención general positiva. En ella se trata de la estabilización de la norma, según se afirma, es decir, del reforzamiento de la confianza de la sociedad en la fuerza de existencia y de imposición del ordenamiento jurídico. Y para ello, se atribuye importancia decisiva al sentimiento de justicia de la generalidad, orientado a la pena merecida correspondiente a la culpabilidad.¹⁴⁰

¹³⁹ Hirsch, Hans Joachim. Op cit. p. 1113

¹⁴⁰ Hirsch, Hans Joachim. Op cit. p. 1114

Así, en el concepto de pena, continua el autor, no basta con remitirse únicamente al aspecto de la prevención. La cuestión es, más bien, si la pena puede satisfacer su función primaria de castigar el hecho cometido en forma justa y adecuada a la culpabilidad frente a las asociaciones. Para su respuesta, ya fueron dadas las pautas, habiéndose afirmado precedentemente la posibilidad de la corporación de actuar en forma contraria al deber y culpablemente. Pues, entonces no es incorrecto reaccionar contra la lesión culpable al deber, con una sanción penal amenazada previamente. Al respecto, en lo que se refiere al componente moral, si bien por un lado se debe reflexionar acerca de que el Derecho de sanción estatal esta orientado a la conservación de la conducta legal, pero no de la conducta moral que va mas allá de aquella, por un lado, de la referencia a la culpabilidad de la pena se deriva que el concepto de pena, al igual que el concepto de culpabilidad, necesariamente tiene contenido ético.

Ahora, si se observa con detenimiento, continua Hirsch, de ello no se deduce nada en contra de la pena a las asociaciones. Las normas jurídicas dirigidas a la asociación de personas que interesan penalmente, no resultan en modo alguno éticamente indiferentes- .tal y como ya se demostró para el ámbito del Derecho contravencional- . Por ejemplo, si una empresa económica sin el control debido, produce un somnífero que ocasiona malformaciones del embrión, y, con ello, el nacimiento de niños con daños físicos, esto no es algo que sea éticamente irrelevante. Pero si la corporación es destinataria de normas éticas, de modo tal que, como vimos, pueda serle formulado un reproche de culpabilidad por la lesión de la norma, entonces, con esto, ella también es persona en el sentido ético, en forma suficiente como para poder ser destinataria de la punición en caso del no cumplimiento de tales normas.¹⁴¹

¹⁴¹ Hirsch, Hans Joachim. Op cit. p. 1114

Ahora, respecto de la objeción de que la corporación o puede sentir la pena ella misma, es decir, le faltaría, por tanto, la receptividad de la pena, señala Hirsch que si se la mira (a la corporación) como una forma de organización abstracta, efectivamente no puede tener sentimientos. Pero es una estructura que recibe vida a través de sus miembros cambiantes y de sus órganos. Por ello la sanción penal impuesta produce reacciones dentro de la asociación.¹⁴²

Otra objeción que se ha lanzado a las construcciones que pretenden la responsabilidad de las personas jurídicas, dice relación con la justicia que tendría la punición de las asociaciones para los socios. Señalo Engisch, en las jornadas de juristas alemanes de 1953, que los efectos de la punición a tales entes alcanzarían a los socios mediatamente. Supondría una cosa así, que todos los integrantes de la corporación (socios) terminarían respondiendo de todo aquello en que incluso no han tenido participación (culpable). También se señala por tal autor, que incluso aunque se compruebe la culpabilidad del individuo, este responderá no por la medida de su culpabilidad, sino por su participación en el grupo.

Para salvar esta objeción, Hirsch señala que si bien puede entenderse el cuestionamiento, y resulta cierto que se sigue cierta injusticia para los socios que no intervinieron en el ilícito, perjuicio que se hará patente por la disminución de sus dividendos, debe tenerse en cuenta que se trata solo de efectos mediatos, que los socios no responderán con su propio patrimonio, y que los perjuicios que surgen para ellos están limitados a los efectos que se derivan de la punición de la corporación. Señala Hirsch que se trata de riesgos que están vinculados de forma general con la calidad de socio de una asociación de

¹⁴² Hirsch, Hans Joachim. Op cit. p. 1114

personas. Así como, de la actividad de una asociación nacen ventajas para el socio, así también posibles desventajas.¹⁴³

La última objeción de la que se hace cargo el autor dice relación con la sospecha de doble punición que se da en aquellos casos en que se sanciona tanto al órgano que actuó por la asociación, como a esta misma (vulneración al *non bis in idem*). Señala Hirsch, que tal sospecha es infundada y se debe a la insuficiente diferenciación entre persona individual y asociación. Señala que cuando un órgano de una empresa económica realiza un hecho delictivo en el marco de su actividad a favor de la empresa, en la punición se trata, por un lado, de su propia responsabilidad, y por otro, de la empresa. Ninguna de las dos es eliminada total o parcialmente, respectivamente por la otra. Los eventuales efectos mediatos de la punición de la empresa no alcanzan al autor individual en forma diferente que lo hace con los demás trabajadores.¹⁴⁴

Concluye el autor que, según lo expuesto, puede comprobarse que la capacidad penal de las asociaciones de personas es, en principio, posible.¹⁴⁵

Esta además decir que no coincidimos con el autor en comento, pues incluso partiendo de sus conceptos, las soluciones que propone como resultado de sus cavilaciones resultan bastante cuestionables. De todo esto que se ha dicho tendremos que dar cuenta más adelante, en el capítulo que sigue.

¹⁴³ Hirsch, Hans Joachim. Op cit. p. 1116

¹⁴⁴ Hirsch, Hans Joachim. Op cit. p. 1116- 1117

¹⁴⁵ Hirsch, Hans Joachim. Op cit. p. 1117

2- LA NORMATIVIZACION DE CONCEPTOS EN SINTONIA CON JAKOBS DE SILVINA BACIGALUPO

Sin duda uno de los trabajos más profundos sobre el tema es el que nos presenta la autora. Representa uno de los esfuerzos más pulcros en la defensa de la responsabilidad colectiva (en su caso, de las colectividades organizadas como personas jurídicas).

Nos adelanta la autora en comentario, que las dificultades jurídicas de afirmar la responsabilidad de las personas jurídicas se encuentran vinculadas a cuestiones que conciernen al problema del sujeto y de la norma jurídica. Señala que en este sentido, que los argumentos tradicionales utilizados para negar la responsabilidad penal de las personas jurídicas encuentran su fundamento en la incompatibilidad de la persona jurídica con las categorías dogmáticas de la acción y la culpabilidad, así como la función y la esencia misma de la pena. De lo que se ha tratado, por los defensores de la responsabilidad jurídica de estas colectividades, es de adaptar las categorías en cuestión, para hacer posible tal cosa (la responsabilidad de tales entes).¹⁴⁶

Lo que propone en definitiva, es un enfoque nuevo a la cuestión; se analiza en su trabajo a la persona jurídica como sujeto de Derecho Penal, partiendo de las categorías de Jakobs, que a su vez, parte de otros supuestos (en oposición al ontologismo finalista) a la hora de desarrollar su tesis.

Así, por ejemplo, en sintonía con este autor se señala por la autora que, cuando se afirma que la persona jurídica es incapaz de acción, se incurre en una imprecisión. En la determinación del concepto de acción, no solo se trata

¹⁴⁶ Bacigalupo Silvina. Op. cit. p 31

de imputar la acción a un sujeto, sino que al establecer el concepto de acción también se define lo que es sujeto, y así mismo, lo que se entiende por acción. Luego señala que, sic “Aunque se entiende que la ley penal, hoy en día, solo considera sujeto del Derecho penal al individuo, en ningún lugar se encuentra previsto expresamente que la constitución físico-psicológica del individuo sea la única posible. Según las teorías de la acción, el concepto de acción depende o de determina en función de actos de voluntad. Paralelamente se afirma en forma categórica que toda culpabilidad es culpabilidad de voluntad. Estos puntos de partida -como es claro- están condicionados también por una decisión acerca del sujeto que puede ser imputable. El círculo vicioso de la argumentación tradicional es claro: las categorías de la acción y la culpabilidad se elaboran adecuadas a un sujeto individual; luego se excluye todo otro sujeto posible porque esas categorías no le son aplicables¹⁴⁷.

De lo que trata la autora es de analizar como esta concebido el sujeto y lo que el mundo exterior significa para ese sujeto, así como cuando la configuración del mundo exterior puede ser relacionada (imputada) con el mismo¹⁴⁸. Se plantea la cuestión de cómo debe configurarse el sujeto del Derecho penal hoy en día (se va mas allá de los límites de la personalidad jurídica, alcanzando el problema del sujeto de Derecho incluso).

Señala que partiendo de Binder, la cuestión del sujeto de Derecho se resume en el ordenar una serie de diversos fenómenos de la realidad jurídica, por lo que como primer paso es necesario determinar cual es el concepto superior bajo el cual se deben subsumir los diversos fenómenos que se consideran como sujeto de Derecho. Dicho con otras palabras: el concepto superior es el de sujeto del Derecho (penal) y la cuestión de si las personas

¹⁴⁷ Bacigalupo Silvina. Op. cit. p 32

¹⁴⁸ Bacigalupo Silvina. Op. cit. p 32. Citando a Jakobs.

jurídicas son sujetos del Derecho (penal) dependerá de que se debe entender por sujeto.

Lo novedoso de su construcción (de Bacigalupo S.) radica en su hipótesis de trabajo, en que se abstrae de la discusión de si tales entidades son o no entes reales. Señala que aquellos autores que intentaron acercarse al problema que nos ocupa (todo esto en sus palabras), partían siempre de la cuestión tal y como fue planteada originalmente por Savigny. Se presentaba al sujeto como objeto en busca de predicado, algo que critica Binder pues cada vez que se presente al sujeto de Derecho como objeto, nos veremos obligados a pensar en la persona física cuando se este hablando de las personas jurídicas, como lo hicieron tanto Savigny como Ihering, aunque por distintos caminos. Si uno parte de que solo el individuo puede ser titular de derechos, inevitablemente llevara a la exclusión de la titularidad de las personas jurídicas. Se estará por tanto frente a un problema meta jurídico, es decir, una cuestión referente al significado que ocupa una persona jurídica en la vida social contemporánea. Dado que la idea de persona jurídica que se tiene no resulta suficiente, se intenta encontrar detrás de la misma a la persona física que es el único sujeto de Derecho considerado valido para el Derecho penal. Pues si se parte de una cosa así, el verdadero sujeto de la persona jurídica es algo trascendental, porque resulta inaccesible para nuestra percepción sensorial. Para evitar llegar a este resultado, hay que partir de otras consideraciones.¹⁴⁹

Binder señalaba que el problema radica en analizar la relación que existe entre personalidad jurídica y personalidad ética (referida a la capacidad de voluntad). Sostenía que si era posible afirmar que los presupuestos de ambas, así como su esencia, son distintos, entonces desaparecerá la necesidad de buscar en la persona jurídica el sujeto en si. Si es posible afirmar que detrás de

¹⁴⁹ Bacigalupo, Silvina. Op. cit. p. 33-34.

la persona jurídica se encuentra un ente prejurídico, al igual que detrás de la persona física se encuentra un ente prejurídico, al igual que detrás de la persona física se encuentra la persona humana, las dos son previas al Derecho, y que este las inviste de personalidad jurídica, entonces el problema se transformara en un problema técnico-jurídico diferente.¹⁵⁰

Hoy en día, como sostiene Jakobs, las elaboraciones de las categorías dogmáticas de la acción y la culpabilidad, en particular, dependen fundamentalmente de la idea de sujeto que se tenga. Hoy tales categorías a las que la doctrina les ha reconocido expresamente una esencia o estructura prejurídica, se transforman en conceptos cuyo contenido no se puede determinar sin una consideración de la función del Derecho penal. Incluso, el concepto mismo del sujeto, al que se le imputa un resultado, es un concepto funcional.¹⁵¹

La autora continua así, sic. “Ello no significa que a partir de la función del Derecho penal se puedan fijar para siempre los puntos de partida dogmáticos. Por el contrario, si se toma como punto de partida la función del Derecho penal y no la estructura de los objetos (punto del que partía Welzel), entonces se llega a una renormativización de los conceptos que irán modificándose, a su vez, con la evolución de la sociedad. Desde este punto de vista, sujeto no es quien haya ocasionado un resultado, sino aquel que sea competente, es decir, quien tenga el deber de. En este sentido los conceptos de causalidad, capacidad de acción, culpabilidad, entre otros, pierden su contenido prejurídico y se convierten en conceptos de las diferentes etapas de competencias. Estos conceptos no le ofrecen al Derecho Penal modelos de regulaciones, sino que estos surgen a partir de la relación de las regulaciones penales. A partir de la idea de sujeto se

¹⁵⁰ Citado por Bacigalupo, Silvina. Op. cit. p.34.

¹⁵¹ Bacigalupo, Silvina. Op cit. p. 35, citando en ese punto a Lüderssen.

elaboran los conceptos jurídico dogmáticos y, por tanto, la teoría de la acción, por ejemplo, es también la teoría del sujeto.”

Continua, sic. “El cuestionamiento de los conceptos de acción y culpabilidad en relación a la responsabilidad de las personas jurídicas, por lo tanto, se encuentra vinculado al cuestionamiento del sujeto mismo mas que al de las categorías dogmáticas de la acción o de la culpabilidad en si. A partir de la idea de del sujeto será posible elaborar una teoría de la acción y de la culpabilidad que permita abarcar también a la persona jurídica como sujeto del Derecho Penal. No se trata de modificar los elementos que componen las categorías de la acción o los de la culpabilidad, sino de transformar la idea de sujeto y de la interpretación de la sociedad de los que se parte. Por lo tanto, la reinterpretación de la idea del sujeto conlleva la necesidad de revisar los conceptos tradicionales de acción (como comportamiento humano), de culpabilidad (como juicio bio-psicológico), y de pena (como castigo retributivo a la culpabilidad).¹⁵²”

Ahora, entremos con mayor detalle a su propuesta, que no es más que una adaptación de los postulados de Jakobs a sus fines. Partiendo de aquél, responde las principales objeciones dogmáticas que se le endilgan a las tesis de la (supuesta) responsabilidad penal de las personas jurídicas. Veamos pues.

¹⁵² Bacigalupo, Silvina. Op. cit. p. 35.

2.1 RESPECTO DE SU CAPACIDAD DE ACCION

Señala la autora que si bien tradicionalmente se señala que las personas jurídicas son incapaces de acción (en sentido penal), esta resulta ser una objeción que puede salvarse con relativa facilidad. Esto pues ha observado que si se aplican los principios en los que se fundamentan las reglas de la coautoría y de la autoría mediata se podrá afirmar la capacidad de acción de las personas jurídicas.¹⁵³ Señala que independientemente de cual sea la definición de acción que defiendan los diferentes autores, 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 solo puede ser propia del individuo que la ha realizado (y, por lo tanto, su opinión personal puede diferir de la expresada como miembro de un órgano), una acción realizada en nombre de la persona jurídica debe ser considerada como acción propia de la misma.¹⁵⁴

Ahora, esta fundamentación le parece a la autora adecuada pues las acciones de los órganos y representantes de las personas jurídicas vinculan a la persona jurídica misma y no a la persona física que en su nombre las realizó. Así, la acción del órgano o representante de la persona jurídica puede ser considerada como una acción de la persona jurídica misma.

No obstante lo anterior, para la autora en comento, la fundamentación del concepto de acción que le parece más convincente para explicar la acción de una persona jurídica es la expuesta por Jakobs.

¹⁵³ Sobre esto véase la nota al pie N° 48, que reseña mi posición a este respecto.

¹⁵⁴ Esta descripción de acción es la que ya referimos con anterioridad a Tiedemann y Hirsch

Señala Jakobs que el concepto de acción no ha de buscarse antes de la sociedad, sino dentro de la sociedad. No es la naturaleza la que enseña lo que es la acción, como pretendía la escuela de V. Liszt con su separación de lo físico y lo psíquico, y el concepto de acción no puede extraerse de la ontología, como comúnmente se sostiene que Welzel intentó demostrar con su punto de partida desde la finalidad del actuar humano, sino que en el ámbito del concepto de acción lo decisivo es interpretar la realidad social, hacerla comprensible en la medida en que está relacionada con el Derecho Penal. Mas adelante, sic “Por tanto, un concepto jurídico-penal de acción debe combinar sociedad y Derecho penal.”¹⁵⁵

En el concepto de acción no solo se trata de imputar a un sujeto una determinada acción, sino que el concepto de acción define a su vez al sujeto. La 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 que 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.

Señala Bacigalupo S., citando a Jakobs, que el Derecho penal actual establece que el único sujeto con capacidad de acción es el individuo. Sin embargo la constitución psicológica del individuo relevante para el Derecho penal no es una cuestión que se encuentra predeterminada.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Jakobs Günther. “Fundamentos del Derecho penal”. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996. p. 75. También este mismo autor en “El concepto jurídico penal de acción”. En: “Cuadernos de conferencias y artículos N° 11.” Bogota, Universidad Externado, 1998. p 8-9.

¹⁵⁶ Bacigalupo, Silvina. Op. cit. p. 152.

Señala la autora que tanto para el concepto causal de acción como para el concepto final de acción lo esencial es el acto de voluntad. Si bien para Jakobs la voluntad también es relevante, lo que le importa señalar es que la acción no depende en dichas concepciones teóricas, de cómo se ha producido la formación de la voluntad; la dirigibilidad de la voluntad carece de toda influencia respecto del concepto de acción. Al establecer el sujeto de imputación como un sistema basado en características psico-físicas, del cual solo interesa en el ámbito del injusto el *output* en forma de un acto independiente de voluntad (concepto causal de acción) o en forma de acto dirigido (concepto final de acción), se define claramente cuál es el sujeto. El concepto de acción para Jakobs, tiene un significado confuso, pues, en realidad, se refiere, por un lado, a la caracterización de un sujeto y a lo que para ese sujeto es su mundo exterior y, por otro lado, a cuando la apariencia del mundo exterior se puede relacionar con el sujeto (es decir, cuando se le puede imputar la modificación del mundo exterior).¹⁵⁷

El resultado a que llega Jakobs, continua la autora, es un concepto de acción que elimina de ella la dirigibilidad de los impulsos, pero que determina la dirigibilidad de la acción en función de las capacidades individuales del autor. Solo así es posible garantizar que la expresión del sentido de la acción solo sea la expresión del sentido de un (determinado) sujeto.

Por tanto, continua, la acción se define –según Jakobs– como la evitabilidad individual de la producción de un resultado. Quien actúa se convierte de manera individualmente evitable en la razón determinante de un resultado¹⁵⁸. Para Jakobs la evitabilidad se encuentra desvinculada del reconocimiento de una regulación jurídica y así debe ser, porque –en su opinión– el reconocimiento de

¹⁵⁷ Bacigalupo, Silvina. Op. cit. p. 152

¹⁵⁸ Jakobs Günther. “Fundamentos del Derecho penal”. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996. p. 98

una norma jurídica no aporta nada a la capacidad del autor para producir o evitar un determinado resultado, sino que, en todo caso, le permitirá a un autor fiel al Derecho tener un buen motivo para evitar lo prohibido o para realizar lo mandado por la norma: el reconocimiento jurídico es algo que pertenece a la dirigibilidad de los impulsos y no a la dirigibilidad de la acción y es, por lo tanto, en el ámbito del injusto, una cuestión interna del sujeto al que se le imputa la acción.¹⁵⁹

La evitabilidad se determina con ayuda de la hipótesis de que el autor, si tuviese un motivo dominante para evitar una determinada acción, la hubiese evitado. El motivo en si mismo, sin embargo, no es relevante; es indiferente en el ámbito de lo injusto.

Por otro lado, sigue la autora, la producción de un resultado individualmente evitable permite abarcar como concepto supremo tanto las acciones dolosas como las acciones culposas. El reconocimiento de la realización del comportamiento y, eventualmente, de sus consecuencias (en caso de dolo) o la posibilidad de conocimiento individual (en el caso de culpa) pertenecen como requisitos de la evitabilidad de la acción y, por tanto, al ámbito del injusto. En el ámbito del dolo no existen en verdad, diferencias con el concepto final de acción; solo que la perspectiva de la finalidad del resultado se traslada a la finalidad de los requisitos de la evitabilidad del resultado.¹⁶⁰

Ahora, la autora en comento toma esta elaboración de acción, y la amplía a los fines de su tesis. Señala que la acción no se comprueba, ni siquiera en la persona física, de forma meramente natural. Más bien se trata de una determinación valorativa del sujeto de imputación, es decir, de que sistema

¹⁵⁹ Bacigalupo, Silvina. Op. cit. p. 153

¹⁶⁰ Bacigalupo, Silvina. Op. cit. p. 153

compuesto de psique y cuerpo es valorado por sus efectos externos. Pero, 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 los que se compone una persona física. El sistema de un sujeto de imputación también puede estar determinado por otros elementos como ser: el estatuto y los órganos de una persona jurídica. El estatuto y los órganos de una persona jurídica se pueden definir como un sistema en el que –al igual que en la persona física- los internos (elementos internos) no son relevantes. Por lo tanto, las acciones de un órgano de una persona jurídica realizadas de acuerdo al estatuto de la misma son acciones propias de la persona jurídica.

Así, si se traslada este modelo del concepto de acción a la persona jurídica, entonces debemos afirmar la posibilidad de que el órgano de una persona jurídica realice una acción, como acción propia de la persona jurídica, que tenga las características de una producción de un resultado evitable individualmente.¹⁶¹

Esto que se dice traerá ciertas consecuencias:

a) Se acepta la posibilidad de que la persona jurídica sea un sujeto de imputación válido para el Derecho penal: se trata de un sujeto que constituye un sistema compuesto por su estatuto y sus órganos.

b) Este sujeto puede realizar una acción penalmente relevante, en el sentido de que podría evitar individualmente (el órgano competente), es decir, de acuerdo con sus capacidades (determinadas por su estatuto y sus órganos), producir un resultado.

¹⁶¹ Todo esto en: Bacigalupo, Silvina. Op. cit. p. 154

Por lo tanto, las acciones de órgano de una persona jurídica llevadas a cabo de acuerdo a las competencias que le confiere el estatuto son acciones propias de la misma.¹⁶²

Este modelo permite fundamentalmente hablar de diferentes sujetos del Derecho penal. Aquí no se parte solo de un individuo para determinar lo que es sujeto, sino que se determina el sujeto en función de su propio sistema. Las características del sistema que componen al sujeto del Derecho penal, son las que determinan como se configura la evitabilidad de la producción del resultado y las que determinan la existencia de una acción relevante. La evitabilidad personal se deberá determinar, en el caso de una persona jurídica, de acuerdo a las capacidades que se le reconocen al órgano en sus estatutos.

Señala Bacigalupo S., que la afirmación de que la configuración del sujeto es la que determina el concepto de acción se puede ejemplificar en los distintos conceptos de acción: el sujeto en la teoría causal de la acción no tiene más que una vinculación causal con los objetos del mundo exterior. El sujeto de la teoría final de la acción es un sujeto con mayor complejidad, porque adquiere también subjetividad y orienta su comportamiento en función de dicha subjetividad, es decir, en función de finalidades que ha preordenado a su comportamiento exterior. Ello demuestra, según Jakobs, que el problema de la acción tiene que ver con el sujeto, por un lado, y con el mundo exterior, por el otro. La distinta caracterización del concepto de acción, para Jakobs, dependerá de cómo se constituya el sujeto y su mundo exterior, es decir del sistema del sujeto frente al mundo exterior. El punto de partida de este autor no son, por lo tanto, acciones en sentido naturalístico, sino sujetos de responsabilidad, es decir, sistemas cuyo *input* puede estar determinado bien por psique y cuerpo, o bien por

¹⁶² Todo esto en: Bacigalupo, Silvina. Op. cit. p. 155

estatuto y órganos, como ya se señaló. En todo caso (ambos sistemas de responsabilidad tienen capacidad para originar resultados (*out put*), es decir, transmitir comunicaciones falsas al sistema jurídico.¹⁶³

Todo el planteamiento de Jakobs esta orientado en un replanteamiento general de los presupuestos del Derecho penal en general.

2.2 SOBRE LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD

2.2.1 Cuestiones generales

Aparece como uno de los temas mas difíciles de abordar para la autora, pero, como ya se señalo, son en definitiva las categorías de Jakobs las que le vienen a servir de sustento al cambio de perspectiva que propone.

Antes de llegar a Jakobs, veremos en términos muy generales, como afrontan algunos sistemas doctrinarios citados por la autora, el problema de la culpabilidad.

La autora analiza con detalle algunos modelos que pretenden solucionar el problema que plantea la culpabilidad a la cuestión de la responsabilidad de las agrupaciones de personas (personas jurídicas en su hipótesis de trabajo). Analiza en primer termino la doctrina que sostiene la imposibilidad de aplicar sanciones penales a tales entes, dada la imposibilidad de culpabilidad de aquellos. Así Otto, que critica además el concepto de culpabilidad propuesto por Jakobs (fundamentado en la prevención meramente), señalando que es abiertamente inconstitucional. Analiza también aquellas doctrinas que proponen

¹⁶³ Todo esto en: Bacigalupo, Silvina. Op. cit. p. 155

sanciones a las personas jurídicas, eliminando el requisito de la culpabilidad para ellas (Schünemann en este sentido), bastando un estado de necesidad de prevención, y un estado de necesidad del bien jurídico si no es posible imputar a un sujeto individual. También se hace posible la aplicación de medidas de seguridad (Stratenwerh), fundadas en criterios de prevención general.

Dentro de las doctrinas de responsabilidad de las personas jurídicas, se encuentran aquellas que construyen conceptos de culpabilidad adecuados a tales estructuras. Así Tiedemann propone una suerte de culpabilidad de la propia organización; Hirsch a su vez propone una especie de responsabilidad acumulativa (véanse estos mismos autores mas atrás).

También se analiza por la autora, otras doctrinas que construyen modelos de responsabilidad específico para las propias personas jurídicas. Estos sistemas asumen la inviabilidad del sistema de responsabilidad individual, para resolver el tema de la responsabilidad de las propias personas jurídicas, y rechazan toda posibilidad de modificación de las categorías de la teoría del delito a efecto de incluir la responsabilidad de tales entes. La necesidad de política criminal de contar con un sistema que permita la sanción de tales entes, los lleva a elaborar sistemas paralelos de responsabilidad. Se habla de un sistema especial para las personas jurídicas. Así, por ejemplo, Volk, señala que las personas jurídicas deben responder por todos aquellos delitos que tengan una relación funcional con la actividad de la propia persona jurídica (delitos relacionados con el giro), y que hayan sido cometidos por aquellas personas que posean poder de representación de la empresa. Además se debe castigar al autor individual, para evitar la llamada irresponsabilidad organizada. Ahora, de lo que se trata es de establecer nuevas reglas de imputación penal para un comportamiento colectivo; un sistema paralelo de responsabilidad. No señala de que forma debe configurarse tal sistema.

Dentro de este grupo de posiciones de doctrina, analiza a Heine; señala este autor, que el criterio de imputación para la persona jurídica, será el de la teoría de elevación del riesgo específico del ámbito de la empresa (teoría de su factura). Observa que existirá una posición de garante de control de la propia empresa. La autoría de la empresa la denomina “dominio de organización funcional sistémico”, en contraposición a dominio del hecho. Para el problema de culpabilidad el autor en comentario se remite a la culpabilidad individual.¹⁶⁴

También Lampe es estudiado por la autora en este grupo de doctrina. Habla de la teoría del injusto de sistema, y trata de fundar una teoría de la responsabilidad dentro de los sistemas de ilicitud. Observa que los sistemas de injusto de deben a la relación existente entre el injusto y la sociedad (son sistemas sociales), y que la dogmática penal ignora esto al tomar como punto de partida la idea de autor individual, y elabora estructuras de imputación basadas en el individuo y no en estructuras sistemáticas del injusto. Propone diferenciar entre el injusto criminal que tiene lugar dentro del ámbito empresarial contra la empresa misma, de aquel que tiene lugar dentro del ámbito de la organización. Los primeros, desde el punto de vista de la empresa, serán delitos especiales, es decir, imputables al sujeto individual; los segundos, por el contrario, serán injustos de sistema (con dimensión sistemática), que se imputaran a la empresa misma. Injusto de sistema será todo aquel comportamiento que lesione aquellos bienes jurídicos compatibles con la filosofía de la empresa, o favorecidos por la organización de la misma. Para resolver el problema de la culpabilidad de la empresa, señala que el contenido de esta dependerá del contenido del injusto que significa la culpabilidad realizada. Ya que el injusto de una filosofía empresarial criminógena se encuentra en el ámbito ético-social, también se encuentra en ese ámbito la

¹⁶⁴ Con más detalle: Bacigalupo Silvina. Op. cit. p. 179

“culpabilidad del management” (como parte de un sistema, no como expresión de la individualidad). La culpabilidad de un autor consiste en haber permitido la realización del injusto. La culpabilidad de la empresa o de su management consiste en haber creado mantenido tal filosofía. La culpabilidad es siempre la expresión de un mal carácter. Lo mismo ocurre con la culpabilidad de la empresa: es consecuencia de un mal carácter empresarial, por lo que debe responder por tal carácter. Junto a la responsabilidad de la empresa debe existir la responsabilidad penal individual.¹⁶⁵

Por ultimo, tenemos aquellas posiciones de doctrina que para salvar el problema de la culpabilidad, fundan tal categoría en criterios de prevención. En esta línea tenemos a Roxin y a Jakobs. De lo que se trata en estas tesis, es de eliminar del concepto de culpabilidad el reproche ético que tradicionalmente se le supone (sea reproche ético o social). Estos autores reorientan esta categoría bajo aspectos netamente funcionales relacionados con los fines de la pena.

Roxin, señala que la categoría de la culpabilidad tiene mucho menos que ver con la averiguación del poder actuar de un modo distinto, algo empíricamente difícil de constatar, que con el problema normativo en sí, y hasta que punto, en los casos de circunstancias personales irregulares o condicionadas por la situación, conviene una sanción penal a una conducta que, en principio, esta amenazada con pena.

Señala este autor, que para responder a esta cuestión deben incluirse en el trabajo dogmático tanto la función limitadora de la pena que representa el principio de la culpabilidad, como las consideraciones de prevención general y especial.¹⁶⁶ La culpabilidad tiene por objeto responder, desde consideraciones

¹⁶⁵ Todo esto y con mayor detalle en: Bacigalupo, Silvina. Op. cit. p. 182 y ss.

¹⁶⁶ Roxin, Claus, Gunther Arzt, Klaus Tiedemann. Op cit. p 59-60

de prevención general y especial, la cuestión normativa de si y en que medida un comportamiento amenazado en principio con una pena requiere en determinadas circunstancias aun una sanción penal. Luego de comprobarse que el comportamiento del autor es erróneo desde el punto de vista de la regulación social de conflictos, queda por responder para la labor dogmática la ulterior cuestión de si una tal conducta merece una pena.¹⁶⁷

Roxin muestra con numerosos ejemplos (en el error de prohibición, el exceso de la legítima defensa, o la dogmática de los delitos culposos), como las disposiciones legales se dejan explicar más razonablemente a partir de aspectos de las teorías de la pena que a partir de la concepción clásica del principio de culpabilidad y de puntos de partida ontológicos.¹⁶⁸

El autor en comento distingue dos categorías dentro de la teoría del delito: la responsabilidad y la culpabilidad. La responsabilidad determina luego de la antijuridicidad otra valoración dentro de la teoría del delito. Se trata de una valoración bajo el punto de vista de la responsabilidad penal del autor. Sus presupuestos son entre otros, la capacidad de culpabilidad, la posibilidad de conocer la ilicitud y la normalidad de la situación de la acción (que falta en determinadas formas de peligro y en el exceso en la legítima defensa). La responsabilidad depende, en última instancia, de dos hechos: de la culpabilidad del autor, y de la necesidad preventiva de un castigo penal que se extrae del texto legal.

La categoría de la responsabilidad tiene su principal objetivo en eliminar el problema de la libertad de voluntad, ya que solo se trata de establecer si existen razones que justifiquen la necesidad de imponer una pena. Esta cuestión se

¹⁶⁷ Roxin, Claus, Gunther Arzt, Klaus Tiedemann. Op cit. p 89

¹⁶⁸ Bacigalupo, Silvina. Op. cit. p. 196- 197

determina fundamentalmente bajo aspectos de política criminal, es decir, para Roxin, bajo aspectos de prevención. La sanción es necesaria si existen exigencias mínimas de prevención general, es decir, que la pena debe ser suficientemente aceptada para restablecer la paz jurídica; y, por otro lado, deben existir exigencias de prevención especial. Se rechaza por tanto, la idea de retribución, proponiendo en su lugar la idea de una prevención integradora, en la que esencialmente se trata de actuar sobre el autor (prevención especial) y, además, impedir la comisión de futuros hechos restaurando la paz jurídica, dando al pueblo la confianza de que su seguridad esta salvaguardada y afirmando las reglas de convivencia humana en contra de perturbaciones graves (prevención general).¹⁶⁹

Así, la culpabilidad debe entenderse como la acción contraria a Derecho a pesar de la existencia de una receptividad normativa por parte del autor. Por tanto, habrá que afirmar la existencia de culpabilidad en un autor, cuando en el momento del hecho disponía, según su constitución psíquica, de la posibilidad de comprender la norma; en otras palabras si le era posible psíquicamente y según su posibilidades de decisión un comportamiento orientado en la norma siempre que disponga de las capacidades físicas que suele tener una persona adulta normal en la mayoría de las situaciones. Esta es, por tanto, una hipótesis constatable empíricamente, ya que responde a la ciencia de la experiencia. Acá se opera con un concepto de libertad normativo; se trata de una regla social, cuyo valor no tiene nada que ver con la problemática teórico-jurídica o científica de la libertad de voluntad.¹⁷⁰

No se trata de renunciar al principio de culpabilidad o de una reformulación de este. Este principio cumplirá la función de delimitar la extensión de la pena, y

¹⁶⁹ Bacigalupo, Silvina. Op. cit. p. 197

¹⁷⁰ Bacigalupo, Silvina. Op. cit. p. 198

constituye un aspecto de la responsabilidad penal. Puede existir culpabilidad, pero esto no exige necesariamente la aplicación de una pena. Debe existir para esto, una necesidad preventiva.

En fin, he hecho una exposición con cierto detalle de este autor, y la razón es simple: Roxin introduce en el sistema una serie de consideraciones de carácter normativo, lo que le permite flexibilizar conceptos. Esto resulta en el punto de partida al moderno funcionalismo, que encontrara a su más radical exponente en Jakobs, que es quien en definitiva va a inspirar el modelo que propone la autora que en este apartado se analiza. Además, ya con este autor se pueden olfatear las bases o fundamentos de un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas: la prevención en general.

2.2.2 La normativización del concepto (según Jakobs)

Dedica la autora un extenso análisis en su libro, a la posición del autor reseñado. En definitiva ella adopta sin mayores modificaciones la tesis expuesta por Jakobs en materia de culpabilidad.

Señala que todo lo que viene diciendo (y que se resume en el apartado anterior) revela que el modelo de sujeto de Derecho penal se encuentra en crisis. Todas las propuestas que se analizan parten del sujeto individual, por lo que, según la autora, son incapaces de dar adecuada solución al problema de la responsabilidad de las personas jurídicas.¹⁷¹

¹⁷¹ Bacigalupo, Silvina. Op. cit. p. 200

Desde las elaboraciones de Jakobs observa que este autor ha revolucionado el concepto de sujeto, con lo que se permite una nueva concepción de las categorías dogmáticas como se vera.

Este autor viene a orientar el sistema (por tanto también sus categorías) en criterios de prevención (general positiva).

La culpabilidad según Jakobs, es un concepto que debe tener características funcionales, es decir, elaborado en función de la tarea social que le incumbe al Derecho penal.

Jakobs señala que el principio de culpabilidad significa que la culpabilidad es un presupuesto de la legitimidad de la pena estatal. A su vez, la culpabilidad es el resultado de una imputación reprobatoria, en el sentido de que la defraudación que se ha producido, viene motivada por la voluntad defectuosa de una persona.¹⁷² Comúnmente (y en el lenguaje coloquial) se alude a una suerte de reproche al sujeto por el hecho cometido.

Señala el autor, que no obstante se suele señalar que la pena no debe regirse exclusivamente por la utilidad pública de esta, tampoco puede ser legítima una pena que resulte inútil para el mantenimiento del orden social. Es decir, la pena debe cumplir una determinada función social, que se ha de llamar fin de la pena. Ahora, de este dilema puede extraerse la siguiente sospecha en palabras del autor, sic “si es cierto que la pena aporta algo al mantenimiento del orden social, esto es, si puede emplearse útilmente, a pesar de estar limitada, de acuerdo con el principio de culpabilidad, por la culpabilidad, y, además, esta limitación es de cierta importancia, entonces la culpabilidad misma contiene una finalidad”¹⁷³

¹⁷² Jakobs Günther. “Fundamentos del Derecho penal”. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996. p. 15

¹⁷³ Jakobs Günther. Op. cit. p. 17-18

Si se enfoca (desde su perspectiva) el asunto de la culpabilidad no ya desde la culpabilidad misma sino desde la óptica del orden social de cuya estabilización se trata, podría decirse que tal principio podría ser condición de subsistencia de este orden.

Ahora, y dejando de lado la segunda perspectiva, ¿que fin ha de tener la culpabilidad según Jakobs? Pues bien, la función de tal elemento ha de ser el de servir de fundamento para la aplicación de una determinada pena, y en base a tal fin, debe construirse su contenido.

De lo que se trata es de la necesidad de afirmar la vinculación del Derecho frente al ciudadano fiel al Derecho, por lo que la culpabilidad se debe fundar en la prevención general y medir a partir de esta. De este modo, solo se impondrá una pena cuando esta resulte necesaria para el mantenimiento del orden, entonces la culpabilidad solo es relevante cuando se trata de tal necesidad. Ello es así porque la pena tiene la misión de negar el hecho defraudador de expectativas cuya legitimidad se encuentra garantizada jurídicamente.¹⁷⁴

De este modo, señala Bacigalupo S. (y aquí entronca con lo que nos compete), así como los elementos de la teoría del delito deben decidir normativamente sobre la adscripción del suceso perturbador al titular de los costes necesarios para la eliminación del mismo, así también será una cuestión normativa la determinación de quien es el competente por la causación de un resultado, es decir, de quien es el sujeto responsable. No se trata de cuestiones que responden a un curso natural, ni biológico, ni mucho menos psicológico. En realidad, la medida en la que se deben considerar cuestiones objetivas (la estructura externa del hecho, el resultado) o subjetivas (la constitución subjetiva

¹⁷⁴ Bacigalupo, Silvina. Op. cit. p. 201, con referencias a Jakobs.

del autor) del quebrantamiento de la norma depende de la configuración de la sociedad.¹⁷⁵

El quebrantamiento de una norma (por ende su negación) por un comportamiento produce un conflicto social, en tanto se cuestiona a norma como modelo de orientación de conductas. La función del Derecho por tanto, no será el de proteger bienes jurídicos, sino el de reafirmar la vigencia o reconocimiento de la norma. Este modelo parte de la apreciación de que la sociedad esta regulada por normas y se caracterizan como generadoras de expectativas respecto de su cumplimiento. La pena tiene como función proteger las condiciones de tal interacción, y no de intimidar a los delincuentes potenciales, ni tampoco incidir sobre futuros comportamientos del delincuente. Los destinatarios de la pena son todos los individuos de la sociedad, y se aplica como ejercicio del reconocimiento de la norma, ejercicio de la fidelidad al Derecho, y la ejercitación en la aceptación de las consecuencias. Dado que esta ejercitación debe tener lugar en todos los miembros de la sociedad, se trata de un modelo de *ius puniendi* de prevención general, a través de la ejercitación del reconocimiento de la norma, es decir, prevención general positiva y no intimidatoria. Por tanto, la finalidad del Derecho penal es la estabilización de un determinado orden.¹⁷⁶

De lo expuesto se lee que existe una dependencia reciproca entre la sociedad y el Derecho penal. Por esto se le exige al Derecho penal que realice esfuerzos para asumir nuevos retos (entre los que se encuentran los relativos a la criminalidad organizada). Ahora, la autora señala que para comprender la función del Derecho penal en la sociedad, debe buscarse en sus fundamentos,

¹⁷⁵ Bacigalupo, Silvina. Op. cit. p. 201, con referencias a Jakobs.

¹⁷⁶ Bacigalupo, Silvina. Op. cit. p. 201, con referencias a Jakobs.

y uno de estos se debe buscar en la configuración del sujeto de Derecho penal (debe establecerse como se configura el sujeto de Derecho penal).

Así, señala Bacigalupo S., que el Derecho penal reacciona frente a perturbaciones sociales, y por lo tanto, no se puede interpretar de forma adecuada en base a los conceptos de sujeto aislado , de las facultades del sujeto y de una norma entendida como imperativo. Por el contrario, hay que partir de los correspondientes conceptos sociales, es decir, de un sujeto mediado por lo social (persona), del ámbito de deberes (competencia) y de la norma como expectativa social institucionalizada.¹⁷⁷

En este contexto persona significa tener que ejercer un papel (rol), no la expresión de la subjetividad de su portador. Se trata más bien de la representación de una competencia socialmente comprensible. Toda sociedad comienza con el establecimiento de un mundo objetivo y los partícipes de esa sociedad, es decir, los individuos representados comunicativamente como relevantes, se definen por el hecho de que para ellos es válido el mundo objetivo, es decir, al menos una norma.¹⁷⁸

Para esta tesis que defiende Jakobs, el reproche personal al individuo por el hecho desaparece. Se busca objetivizar la defraudación a las expectativas jurídicamente garantizadas que se produce por la conducta individual. La conducta del infractor será objetivamente defectuosa. Como estas expectativas se dirigen a personas, es decir a portadores de un rol (conjunto de deberes y derechos), la condición mínima para una defraudación es el quebrantamiento de dicho rol.

¹⁷⁷ Bacigalupo, Silvina. Op. cit. p. 206, con referencias a Jakobs.

¹⁷⁸ Bacigalupo, Silvina. Op. cit. p. 206, con referencias a Jakobs.

El contenido de la culpabilidad no solo se basara sobre los fundamentos de los fines de la pena. El contenido de la culpabilidad se determina también a partir de la configuración de la sociedad. Así como la determinación del injusto depende de la configuración de la sociedad, en la cual se debe diferenciar entre lícito e ilícito, así también el contenido de la culpabilidad depende de la configuración de la sociedad. El fin de la pena y la configuración social no se pueden, sin embargo, combinar con cualquier contenido, sino que se deben adaptar mutuamente. Esta dependencia del concepto de culpabilidad respecto de la finalidad que debe cumplir (concepto funcional de culpabilidad) -cuestión que como se dijo, dependerá del fin de la pena y la configuración de la sociedad de la que se parta-, es una cuestión muy discutida. Pero de todos modos, a todas las interpretaciones de concepto de culpabilidad es común que esta constituye una categoría de la imputación, es decir, una conexión entre el sujeto y su acción.¹⁷⁹

En este contexto, la culpabilidad es la demostración de la falta de fidelidad al Derecho por parte del autor. A partir de aquí distingue Jakobs dos formas de culpabilidad: a) la culpabilidad formal, que consiste en la existencia de una persona abstracta competente, es decir, un titular de derechos y obligaciones o, dicho de otra manera, un destinatario de obligaciones. Y b) la culpabilidad material, que tiene su fundamento en a carencia de alternativas plausibles frente a un orden social concreto para la solución del conflicto, es decir, siempre que no exista otra forma de responder frente a los sometidos a esas normas como integrantes de dicho orden. La culpabilidad material constituye la infidelidad al Derecho frente a normas legítimas.¹⁸⁰

¹⁷⁹ Bacigalupo, Silvina. Op. cit. p. 207, con referencias a Jakobs.

¹⁸⁰ Bacigalupo, Silvina. Op. cit. p. 208, con referencias a Jakobs. También y con mas detalle sobre este punto, véase al mismo Jakobs, Op. cit. p. 15-70

Se señala por la autora, que si bien el concepto de culpabilidad de Jakobs no se vincula de ninguna forma al reproche al sujeto, el autor insiste en que la culpabilidad se encuentra relacionada con la libertad, pero no de la tradicional libertad de voluntad, sino que de la libertad de auto organización o auto conducción. Esto consiste en la libertad de administrar el ámbito de la propia organización. Concluye Jakobs en este sentido, que la culpabilidad solo es posible dentro de un orden, en el que los procesos no estén dirigidos centralmente, sino en el que se organizan de forma descentralizada, es decir, dentro de las competencias de quienes lo integran.¹⁸¹

En el concepto funcional de culpabilidad de Jakobs la constitución de sujeto que se enjuicia, se elabora teóricamente sobre la base de los que de hecho ocurren; es decir, que la constitución individual del sujeto solo entrara en consideración allí donde no se ha de temer un desbordamiento incontrolable, mientras que por lo demás se considerara un asunto del propio ciudadano el preocuparse de adquirir suficiente fidelidad al Derecho. Dicho con otras palabras: el sujeto solo puede hacer valer su individualidad en la medida en que ello no perturbe el efecto generalizador de Derecho y ello tendrá lugar cuando el conflicto ha podido ser resuelto de otro modo, sin imputación a un sujeto. Por lo tanto, con el criterio de la culpabilidad no se enjuicia a un sujeto, sino a una persona, la persona más general que se pueda imaginar, aquella cuyo rol consista respetar al Derecho.

Se 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. En este sentido es condición fundamental de una sociedad el respeto por la libertad de actuación; dicho en

¹⁸¹ Bacigalupo, Silvina. Op. cit. p. 208, con referencias a Jakobs

otras palabras, la personalización de los sujetos. Jakobs hace hincapié en que no se trata de hacer una afirmación de lo que debería ser, sino relativa a lo que es. El concepto de culpabilidad es, por necesidad para el autor, descriptivo en la medida en que la sociedad se encuentra determinada. La teoría funcional hace así una descripción neutra, evitando valoraciones sobre como debería ser idealmente una situación.¹⁸²

Luego de todas estas consideraciones y planteamiento general, Jakobs desarrolla la específica configuración del tipo de la culpabilidad.

Jakobs describe este tipo de culpabilidad de la siguiente forma:

a) La suma de aquellos elementos que deben concurrir para apreciar la falta de fidelidad al Derecho por parte del autor, es decir, la motivación jurídica defectuosa y la competencia del mismo para ello, es lo que compone el tipo de la culpabilidad. Los elementos de la inexigibilidad se pueden denominar como tipo de exculpación. La unión de ambos es el tipo general de la culpabilidad.

b) Al tipo de la culpabilidad pertenece también todo el injusto, porque es la objetivización necesaria del defecto de motivación para la imputación.

A partir de esta definición del tipo de culpabilidad se establecen cuales son los elementos del tipo general de culpabilidad:

1) La culpabilidad presupone la existencia de un injusto. Injusto es un comportamiento típico evitable (doloso o culposo) no justificado.

¹⁸² Bacigalupo, Silvina. Op. cit. p. 210, con referencias a Jakobs

2) El autor solo es competente por un déficit de motivación jurídico, siempre y cuando (en el momento del hecho) sea un sujeto con competencia necesaria para contradecir, que sea imputable. Esto debe precisarse aun más:

a) Imputable es una persona que es considerada igual a los demás, es decir al termino medio. La igualdad presupone que aquellos factores, que configuran o no impiden –en sus rasgos fundamentales- el proceso de motivación en el autor, configuren o no impidan un tipo de proceso de motivación obicuiста. Es decir, solo es relevante el tipo de los factores fundamentales relevantes para la motivación.

b) La igualdad no es cuantificable y, por ello, tampoco lo es la capacidad de imputabilidad. La capacidad se refiere a una aptitud determinada para el conocimiento del injusto y la correspondiente motivación. Para realizar esta prestación el ser humano o es capaz o no lo es.

c) En la medida en que falta la igualdad se renuncia a la estabilización de la expectativa normativa que el autor ha defraudado, porque la confianza en la vigencia de la norma no ha podido ser afectada.

3) La imputación culpable también exige que la motivación del autor tenga lugar – en el ámbito de la configuración estatal y social de las normas fundamentales – despreciando una norma relevante y –en el ámbito del contenido de la norma disponible- despreciando el motivo de validez de la norma.

4) Por ultimo, también pertenece al tipo de culpabilidad los especiales elementos de culpabilidad. Solo se toman en cuenta aquellos que tienen que

ver con la competencia o la competencia elevada del sujeto por la vulneración de una obligación.¹⁸³

Ahora, y esto es lo que nos interesa mas, este sistema esta pensado para un sujeto con cualidades psíquicas, es decir, un sistema psíquico. Ahora, según la autora, establecer la culpabilidad de las personas jurídicas basadas en este sistema resulta algo dificultoso, mas no imposible. Señala que Jakobs sostiene que la culpabilidad de los órganos de las personas jurídicas no determinan la culpabilidad de las mismas, del mismo modo que la culpabilidad del autor tampoco es trasladable al partícipe. Pero lo que excluye rotundamente es la posibilidad de imponer una sanción sin la existencia de culpabilidad. Se debe determinar fundamentalmente que órgano actúa con efectos para la persona jurídica, sin que la competencia del mismo pueda ser limitada por el estatuto de la misma. Sin embargo si el órgano le ha sido impuesto a la persona jurídica, las acciones de este son acciones de la persona jurídica, pero no son acciones propias de dicha persona. En tales casos, según Jakobs, las disposiciones del estatuto son condiciones indispensables e indisponibles de la acción propia de las personas jurídicas. Por lo tanto, si la acción no se atiende a lo establecido en el estatuto de las personas jurídicas, estas se deben encontrar disculpadas.¹⁸⁴

Jakobs no llega a formular un tipo de culpabilidad para las personas jurídicas (sus requisitos particulares), pero para la autora en comento, resultan imprescindibles sus elaboraciones a efectos de arreglar tal cuestión. La culpabilidad de la persona jurídica debe comprobarse eliminando todos aquellos requisitos que se encuentran establecidos para un sujeto con cualidades físicas.

¹⁸³ Todo esto tomado literalmente de Bacigalupo, Silvina. Op. cit. p. 214-215, con referencias a Jakobs

¹⁸⁴ Bacigalupo, Silvina. Op. cit. p. 216, con referencias a Jakobs

De todo lo que se ha expuesto (de manera resumida), la autora extrae las siguientes conclusiones:

En primer lugar, se puede afirmar que el individuo no es el único sujeto posible del Derecho penal. El individuo es el modelo de sujeto del Derecho penal que ha sido dominante y en función del cual se han elaborado las categorías dogmáticas de la acción y de la culpabilidad de la teoría del delito. Sin embargo, a pesar de que Jakobs tiene en mente un modelo de sujeto, cuyo sistema está compuesto por psiques y cuerpo (es decir, un sistema psíquico), no niega la posibilidad de pensar en otras configuraciones del sujeto. Estas afirmaciones son un primer paso para replantear el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este sentido, Jakobs no niega la posibilidad de que el sujeto pueda ser configurado a partir de los elementos de la persona jurídica; estatuto y órganos. El sujeto de Derecho penal es aquel que sea competente y no necesariamente el sujeto que realizó la acción. Dentro de estos parámetros no resulta imposible imaginar a la persona jurídica como un sujeto competente y, por lo tanto, como sujeto imputable.¹⁸⁵

En segundo lugar, la nueva teoría de la acción de Jakobs es, a su vez, como lo hemos visto reiteradamente, una teoría del sujeto. O, dicho con otras palabras, a partir de su idea del sujeto ha elaborado esta nueva concepción de la acción que puede ser desvinculada de las capacidades de una persona física toda vez que se entiende el sujeto concebido como un sistema de imputación.¹⁸⁶

En tercer lugar, también como causa de esta diferente comprensión del sujeto, se presenta un nuevo concepto de culpabilidad totalmente desligado de

¹⁸⁵ Bacigalupo, Silvina. Op. cit. p. 220

¹⁸⁶ Bacigalupo, Silvina. Op. cit. p. 221

cualquier tipo de reproche. La idea de culpabilidad entendida de esta manera también se encuentra determinada por la idea de sujeto que sostiene Jakobs.¹⁸⁷

Así, se lee que todas las elaboraciones de Jakobs han puesto de manifiesto que es la idea de sujeto la que viene a determinar el contenido de las categorías dogmáticas de la teoría del delito. Esta idea de sujeto no se encuentra predeterminada ontológicamente, sino que depende de cada estado de evolución de la sociedad.

Ahora, resulta paradójico a lo menos, que luego de tan extendido trabajo, la autora señale que actualmente no es posible desarrollar una teoría dogmática de la responsabilidad de las personas jurídicas. Digo esto, pues no parece imposible llegar a tal construcción desde los presupuestos (por lo demás, ya da una solución a las categorías mas problemáticas para tal tesis). Lo que ocurre es que cada vez que se avanza en cualquiera de los modelos que pretenden la responsabilidad de tales entes, se choca inevitablemente con una serie de objeciones fundamentales, que hace que a la larga la construcción tenga que ser desechada (por lo menos en el plano dogmático) por ilegítima. La verdad es que la autora, como los otros autores que se analizan, no pueden ir más allá, y se quedan nada mas en puntos de partida, puntos de partida que a su vez, no conducen a nada.

Mas adelante me ocuparé de la critica a esta construcción y la las demás que se exponen, y demostraré que la aplicabilidad de la solución que se propone, a mas de ser ilegítima, resulta criticable por la debilidad de los presupuestos político criminales en que se funda su conveniencia.

¹⁸⁷ Bacigalupo, Silvina. Op. cit. p. 221

Por último, la autora señala una serie de presupuestos que se deben cumplir para la imputación de un injusto a las personas jurídicas: serán, que la persona jurídica sea destinataria de la ley penal (señalárseles expresamente como destinatarias); luego, señala una serie de presupuestos específicos de imputación, como el que exista una acción de un representante (entendido en sentido amplio), y que esa acción se pueda conectar a la persona jurídica (o ente colectivo); la determinación de la culpabilidad de conformidad a los criterios ya estudiados (la autora se inclina por el concepto de Jakobs, aunque acepta la posibilidad de otros fundamentos para el concepto); y la imposición de determinadas consecuencias jurídico penales concretas.¹⁸⁸

3- EL SISTEMA ESPECIFICO DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PROPIA PERSONA JURIDICA DE ZUÑIGA RODRIGUEZ (BASES PARA UN MODELO)

3.1 CUESTIONES GENERALES

Este tipo de enfoque no resulta novedoso en lo absoluto; es la posición de, por ejemplo, Tiedemann, Bajo Fernández, Baigún David, y Malarée Hormazabal. En este sentido, este último, partiendo de que como señala Tiedemann¹⁸⁹, cabe cuestionarse si ha sido y es correcto desarrollar y discutir la casi totalidad de la dogmática de la Parte General según el modelo de los delitos de violencia y si no vale la pena ir para estos delitos a la construcción de otro sistema diferente con garantías, pero al mismo tiempo eficaz, señala a este respecto, sic. “La detección y localización de las responsabilidades en una persona (jurídica) se dificulta por la distribución de tareas, de modo que nadie

¹⁸⁸ Bacigalupo, Silvina. Op. cit. p. 354 y ss.

¹⁸⁹ Tiedemann, Klaus. Op. cit. p 31-32

se siente responsable ante una actividad ilícita. Por otra parte, regularmente en una empresa se ignora la actividad global ilícita a la cual sus miembros contribuyen con sus aportes individuales lícitos. Además hay que tomar en cuenta que en muchas ocasiones la empresa alienada de sus componentes individuales actúa como factor criminógeno estimulando la realización de irregularidades en la búsqueda de las metas que le son propias. Si a esto añadimos que el sistema de penas, ni siquiera las pecuniarias en su actual versión son aplicables a la empresa, se comprenderá la urgencia de elaborar un estatuto penal especial para los crímenes de las corporaciones.”¹⁹⁰

Jaén Vallejo también en esta línea señala, sic. “La evolución dogmática en esta materia, ya plasmada, como se ha visto, en el Derecho positivo, ha sido posible gracias a la elaboración en la doctrina de una teoría del delito propia de la persona jurídica, y la superación de la vieja idea de Savigny, según la cual la norma es una orden dirigida a la persona física, siendo una ficción la infracción por parte de una persona jurídica. Con razón ha dicho Bacigalupo que los dogmas de la dogmática no son sino decisiones y elecciones primeras de cadenas argumentales, no susceptibles de una fundamentación última, luego que no es posible entender que existe un único concepto válido de acción, como comportamiento humano, y un único concepto válido de culpabilidad; por ello, siguiendo a Zugaldia, no es metodológicamente correcto preguntarse por la capacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas partiendo de un concepto de acción y de culpabilidad exclusivamente válido para las personas físicas; lo que procede es preguntarse si puede existir un concepto válido de

¹⁹⁰ Hormazabal Malarée, Hernán. “Los delitos socioeconómicos, en Bien Jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español”. En: “Hacia un Derecho Penal Económico Europeo”. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995. p 204.

acción y de culpabilidad valido (también o exclusivamente) para las personas jurídicas.¹⁹¹

Más cerca de nuestro país, Baigún David señala que, por los inconvenientes que se producen al trasladar la teoría del delito del Derecho penal convencional al ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, resulta como alternativa más eficiente, la necesidad de crear un nuevo sistema teórico que sirva como marco adecuado para resolver conflictos planteados por la actividad delictiva realizada por las personas jurídicas. Este sistema, que se cobija ya tras el nombre de doble imputación, reside esencialmente en reconocer la coexistencia de dos vías de imputación cuando se produce un hecho delictivo protagonizado por el ente colectivo; de una parte la que se dirige a la persona jurídica como unidad independiente y, de otra, la atribución tradicional a las personas físicas que integran la persona jurídica. Como lógica consecuencia de esta escisión, la responsabilidad, en los dos casos, se determina obedeciendo a parámetros diferentes: en las personas humanas, mediante la aplicación de la teoría del delito tradicional; en las personas jurídicas, por medio de un nuevo sistema. Señala Baigún, que el punto de arranque de su construcción se asienta en la naturaleza cualitativamente distinta de la acción de la persona jurídica que, por razones de claridad en la nomenclatura, denomina institucional. Eso sí, señala, este sistema *ad hoc* del Derecho penal, aunque exhiba perfiles diferentes, no se puede desprender totalmente de la teoría del delito conocida. Las categorías que han de componer su sistema son modificaciones de las categorías de la teoría del delito tradicional. La creación de un sistema tal obedece (a su juicio), a la necesidad de contar con un instrumento de significación penal, por el efecto simbólico que aquello acarrea (desde política criminal), a necesidades del principio de igualdad jurídica

¹⁹¹ Jaén Vallejo, Manuel. “Principios constitucionales de Derecho penal moderno”. Buenos Aires, Ah-Hoc, 1999. p. 153

(supone éste el tratamiento igualitario de los delitos cometidos por personas físicas por un lado, y jurídicas por el otro, e implica, además, un tratamiento igualitario del delincuente (sea persona natural o jurídica), desde el punto de vista de las garantías del sistema penal).¹⁹²

Este enfoque general se explica en el reconocimiento de la inviabilidad del sistema de responsabilidad individual, para abordar el problema. Estos autores, rechazan toda tesis que pretenda modificar las categorías de la teoría del delito, y por esto tratan de fundar un sistema de responsabilidad (penal) paralelo para estos entes, dada la necesidad de la política criminal. Otros autores que siguen esta línea, son el propio Heine (con su teoría del dominio de organización funcional- sistémica) y Lampe (teoría del injusto del sistema)¹⁹³

Zúñiga adopta esta línea por las mismas consideraciones que preceden. Señala, sic. “En este sentido, los cuestionamientos intrasistemáticos y extrasistemáticos de la respuesta penal centrada en la responsabilidad individual van a plantear al sistema penal una disyuntiva: o acoge dichas demandas y estudia las salidas posibles dentro del propio sistema penal de responsabilidad individual, en cuyo caso se encontrara con la necesidad de replantear algunas de las categorías dogmáticas, o flexibilizarlas, o establecer soluciones por fuera de dicho sistema. El replantear las categorías dogmáticas también tiene sus límites, cual son los principios fundamentales del Derecho penal delineados a lo largo de estos últimos siglos para sustentar la imposición de una penal. Esto es, el flexibilizar las categorías puede tener un coste muy grande –que ya lo está teniendo- para las categorías de nuestro sistema de imputación. Las soluciones sancionatorias por fuera del sistema dogmático de responsabilidad individual, pueden enrumbar por dos caminos: idear un sistema

¹⁹² Baigún, David. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)”. Buenos Aires, Depalma, 2000. p. 27-31

¹⁹³ Para mayores referencias, véase Bacigalupo, Silvina. Op. cit. p. 177 y ss.

paralelo de responsabilidad penal colectiva (al igual que ya existe para los menores y los inimputables), o sancionar con el sistema contravencional o sancionatorio administrativo. El coste de esta última posibilidad también debe ser evaluado de cara a la prevención general de tales conductas y a la protección de los bienes jurídicos colectivos que las corporaciones vulneran.¹⁹⁴

Mas adelante señala la autora, que su investigación sustenta una serie de tesis que pretende demostrar; son:

1. El sistema penal de responsabilidad individual, tal y cual ha sido concebido hasta ahora, no es un instrumento idóneo para dar respuesta a las demandas de prevenir la criminalidad cometida por entes colectivos.

2. Es necesario un replanteamiento de la cuestión, un debate como el que esta sucediendo en otros países para dar soluciones mas eficaces.

3. El sistema penal moderno, fundamentado en consideraciones teleológicas, esta intentando satisfacer dichas demandas, pero con grave quebranto de los principios garantísticos fundamentales, al flexibilizar las categorías ya existentes de omisión, imputación objetiva, posición de garante, principalmente.

4. La solución mas recomendable es la de conceptuar un sistema sancionatorio para las personas jurídicas, similar al sistema dogmático concebido para las personas naturales, de naturaleza penal, o cuasi penal, según los casos.¹⁹⁵

¹⁹⁴ Zúñiga Rodríguez, Laura. Op cit. p. 24.

¹⁹⁵ Zúñiga Rodríguez, Laura. Op cit. p. 25.

Mas atrás ya habíamos señalado que las tesis que se enjuician en este trabajo, tienen como presupuesto la constatación de la ineficacia del sistema de responsabilidad individual para hacer frente a la moderna criminalidad organizada. Señala la autora en comento, sic. “Como sostiene Paliero, nos encontramos en un momento crucial para el Derecho penal, porque los conceptos diseñados sobre presupuestos fenomenológicos positivistas de un delito naturalístico centrado en las conductas del homicidio de las lesiones fundamentalmente, van quedando desfasados frente a la actual macro criminalidad con sujetos colectivos, nexos causales complejos y víctimas indeterminadas, por lo que se ha verificado un cambio de paradigma respecto del Derecho penal codificado (clásico). En realidad, las generalizaciones para todo tiempo y lugar hechas por la construcción dogmática positivista, están mostrándose con poco rendimiento frente a la actual fenomenología criminal compleja y con sus propias especificidades. Sin duda, el reto de los penalistas actuales es idear soluciones que, siendo eficaces en el terreno de la lucha contra la nueva criminalidad, se centren en paradigmas racionales de atribución que no desborden los presupuestos garantísticos de sancionabilidad en un Estado de Derecho. Pareciera la cuadratura del círculo, pero no existen otros derroteros si no se quiere que el Derecho penal teórico se mantenga tan alejado del Derecho penal viviente del legislador.”¹⁹⁶

Ya hicimos referencia más atrás a la cuestión de la moderna criminalidad. La autora hace un análisis pormenorizado de la realidad económica de nuestros días; acuña expresiones como la de sociedad comunicativa, utiliza otras como la de la sociedad del riesgo etc. Nos remitimos a lo dicho en el capítulo segundo sobre el estado actual de la cuestión de la criminalidad contemporánea.

¹⁹⁶ Zúñiga Rodríguez, Laura. Op cit. p 43

Ahora, nos interesan algunas consideraciones de la autora, en relación a la supuesta incapacidad (o inidoneidad) del sistema de responsabilidad individual para dar solución a estas cuestiones. Señala la autora, sic. “Llegados a este punto de la investigación ya se ha tenido ocasión de constatar las características criminógenas de la macrocriminalidad realizada por entes colectivos, la cual es mayoritariamente económica, muchas veces con importantes vinculaciones con la criminalidad organizada, y los problemas concretos que está planteando al sistema penal: pluralidad de sujetos activos, indeterminación de los sujetos pasivos, indeterminación en los resultados y complejidad en el nexo causal. Estos problemas, como y se ha puesto en relieve por la doctrina, han producido transformaciones en el Derecho penal acentuando su afán prevencionista, con la utilización de las técnicas de tipificación de delitos de peligro abstracto y la proliferación de bienes jurídicos colectivos. En suma, se han flexibilizado los conceptos de imputación (especialmente la omisión impropia, la imputación objetiva, y la posición de garante), normativizándose para dar cabida a las soluciones de la responsabilidad individual.” A continuación, sic. “Para entender con precisión cuales son los problemas de imputación que plantea la criminalidad en los sistemas complejos, es necesario adentrarse en el funcionamiento de la actividad empresarial, principal forma de organización de los entes colectivos. El problema de la distribución de las responsabilidades penales entre la pluralidad de sujetos intervinientes que suelen actuar a través del complejo mundo de las sociedades mercantiles ha llamado la atención de la doctrina en los últimos tiempos, por las dificultades en la individualización de las responsabilidades (problemas dogmáticos) y la trascendencia social que suelen tener estos delitos, en el ámbito de la ciudadanía (problemas político-criminales), dada la cantidad de víctimas que produce, para las cuales, muchas veces no basta la reparación civil, sino exigen responsabilidades penales.¹⁹⁷

¹⁹⁷ Zúñiga Rodríguez, Laura. Op cit. p 161-162

Las razones de tal complejidad ya se expusieron mas atrás (se refieren en principio, a la complejidad del modo de producción industrial, con la consiguiente división del trabajo que ello supone, asimetría de información en general, *lean production* y *lean management*, entre otras cuestiones). Se produce una suerte de disgregación de la ejecución del hecho, pues por un lado, unos sujetos toman las decisiones y otros las ejecutan. Mas problemático resulta aun, todos aquellos casos en que el resultado lesivo se debe a la suma de una serie de actividades que en si mismas resultan lícitas.

La autora observa que del diseño dogmático de la responsabilidad individual han surgido dos modelos de imputación consistentes en individualización de responsabilidades, cuando los hechos son cometidos por entidades colectivas; son estos:

- a) El modelo de la responsabilidad de los órganos y representantes.
- b) El modelo de la responsabilidad del titular de la empresa.

En el primero la responsabilidad se centra en la base de la pirámide societaria, en el segundo se centra en el vértice de la misma.¹⁹⁸

Respecto de primer modelo (denominado también, responsabilidad hacia abajo) se dice que no ataca la posible actitud criminal del grupo, pudiendo ser los representantes (legales y de hecho), fácilmente intercambiables, pues son sujetos fungibles dentro de la cadena funcional (meros instrumentos). Estamos frente a la figura del actuar en lugar de otro. Mas adelante veremos la configuración de ésta con mayor detalle, y en ese lugar se señalaran los

¹⁹⁸ Zúñiga Rodríguez, Laura. Op cit. p 176

reparos a su configuración actual (en España, pero de forma resumida). Por esto, la crítica a este modelo de solución se explicara en ese lugar y no acá. La autora hace eco de tal crítica.

El segundo modelo, esto es, el modelo de responsabilidad del titular de la empresa, es criticado pues supone el establecimiento de un amplísimo deber de garante del titular de la empresa por los hechos de sus subordinados. Así, el Director o responsable máximo del programa funcional, lo será también de todo el programa de actuación. Casos paradigmáticos de aplicación de este modelo son el de la colsa y el del spray de cuero (Lederspray). Ahora, si bien a la autora este modelo le parece interesante, no deja de mencionar que desde el punto de vista de las garantías de la dogmática penal, la imputación penal por infracción del deber de vigilancia en la empresa, plantea importantes cuestionamientos, sobre todo de cara a los principios de proporcionalidad y de culpabilidad.¹⁹⁹

Así, como se desprende de estas líneas, se evidencian (a su juicio) las limitaciones del sistema individual para abordar el tema de la criminalidad económica organizada. De este modo, se hace necesario, según la autora, revisar el principio clásico del *societas delinquere non potest*. Se hace necesario un modelo de responsabilidad de la propia persona jurídica.

3.2 BASES PARA UN MODELO DE RESPONSABILIDAD DE LA PROPIA PERSONA JURIDICA

Ya de partida se puede señalar que la autora en comentario no propone ningún modelo de solución en específico. Lo que hace es reunir una serie de planteamientos sobre el tema, y propone una serie de criterios que han de

¹⁹⁹ Zúñiga Rodríguez, Laura. Op cit. p 185

servir para fundar una construcción tal. De este modo que en lo que sigue, enunciaré y explicaré resumidamente tales criterios. Demás esta decir que muchos de estos han sido expuestos por otros autores a que se hace referencia en este trabajo, por tanto, vale lo dicho allí.

La autora, que comparte con Jakobs (en sus primeras formulaciones) la idea de que es posible penar a la persona jurídica, disiente de este respecto de los presupuestos de tal responsabilidad (veremos mas adelante la critica a Jakobs). Ella aboga por un sistema paralelo al del sujeto individual, y señala, sic. “En definitiva, aunque asumo la concepción funcionalista que inauguró Roxin en los años 70 y creo que los criterios que determinan la responsabilidad penal son, la función de la norma penal y de la pena, siendo una forma de imputación, esto es una decisión político- criminal de determinar qué conductas y qué sujetos hacemos responder penalmente, no creo que la imputación se pueda fundamentar en la funcionalidad del sistema social. Sobre todo, continúa, porque soy critica con el sistema social que tenemos y no creo que haya que estabilizarlo, sino todo lo contrario, transformarlo hacia paradigmas de mayores cuotas de libertad del hombre.”²⁰⁰

Cree que el carácter abierto del sistema dogmático y su funcionalidad hacia los fines de la pena, deben orientarse hacia otros paradigmas, que no es la estabilización del sistema social, sino la realización de los principios fundamentales constitucionalmente admitidos, que se sintetizan en la formula de respeto a los derechos fundamentales. Un sistema de imputación que no esté limitado por esos paradigmas, señala, me parece que puede ser ilegítimo, y hasta cierto punto infructuoso en su tarea de racionalización de los conceptos, y por tanto, de constituir un limite al *ius puniendi* del Estado.²⁰¹

²⁰⁰ Zúñiga Rodríguez, Laura. Op cit. p 217

²⁰¹ Zúñiga Rodríguez, Laura. Op cit. p 218

Para la construcción que propone, parte de que, sic. “La responsabilidad penal debe ser entendida en su función social, como atribución de pena de acuerdo a los parámetros constitucionales de protección preventiva de bienes jurídicos. Esto significa que la discusión dogmática se está abriendo a los problemas sociales, siendo esto el resultado del cambio de paradigma que se está produciendo en todas las ciencias, en que su legitimidad se basa en la capacidad funcional para resolver los problemas que se le plantean. Ya no son categorías del ser (irracionales, absolutas, inaprensibles) las que determinan los presupuestos de imputación de responsabilidad penal, sino categorías de valor orientadas a satisfacer el fin social de protección preventiva de bienes jurídicos, lo que otorga racionalidad al proceso comunicativo social que consiste en decidir a que sujetos se le puede atribuir una pena.²⁰²

En definitiva, señala Zúñiga, los propios cambios del sistema en su concepción abierta de la responsabilidad penal y de la culpabilidad, nos permiten replantear la punibilidad de las personas jurídicas. Desde el momento que la culpabilidad ha dejado de ser un reproche personal por no haber actuado de otro modo o no responder al hombre medio y se ha convertido en una función social para proteger preventivamente bienes jurídicos el giro de la discusión cambia. Desde el ámbito del riesgo para bienes jurídicos, sobre todo colectivos, y de la función de motivación que centra su atención en la dirección de la norma fundamentalmente dirigida a empresas (normalmente con posición de garante frente al bien jurídico), se ve claramente que los sujetos personas jurídicas o entes colectivos o sistemas complejos, pueden ser perfectamente sujetos de imputación penal. Es más, son ellas las que en los últimos tiempos

²⁰² Zúñiga Rodríguez, Laura. Op cit. p 223

están demostrando que son los principales agentes de riesgos, conformando varios “accidentes” que difícilmente se distinguen con el injusto”²⁰³

Desde conocimientos extrapenales se va desarrollando la idea de que el desarrollo tecnológico, la cantidad de riesgos que nos crea y el peligro en que vivimos los seres humanos y otros seres vivos del planeta, plantean la necesidad de una responsabilidad ético- social.²⁰⁴ Es cierto que el desarrollo tecnológico espectacular de los últimos tiempos (la llamada tercera revolución industrial) esta propiciando cambios inusitados en las relaciones humanas y entre estas y el poder. Esa cualidad dinamizante de las capacidades del hombre está al servicio de todos los sujetos, del criminal, del corrupto, del poderoso, del estudiante, del profesor, de la empresa, de la mafia. Esa capacidad se entiende que debe ser utilizada responsablemente; es decir, que el poder de la técnica debe ser moldeado por la responsabilidad. Además de los cambios en las relaciones sociales actuales post industrializadas, una de las características más importantes es la enorme masificación o colectivización de la sociedad, donde el poder de los individuos aislados ha disminuido, siendo los sujetos colectivos los que están logrando un mayor poder de actuación. Así, la industria es un cuerpo colectivo de innumerables actuantes individuales en una actuación global. Con las palabras de Jonás: el tipo de obligaciones que el principio de responsabilidad estimula a descubrir (y esta ya es la primera obligación del principio de responsabilidad) es el de la responsabilidad de instancias de actuación que ya no son personas concretas, sino nuestro edificio político- social, una oscura y vaga palabra, pero que se puede concretar mas. Esto significa, pues, que la mayoría de los grandes problemas éticos que plantea la moderna civilización técnica se han vuelto cosa de política colectiva.²⁰⁵

²⁰³ Zúñiga Rodríguez, Laura. Op cit. p 224

²⁰⁴ Zúñiga Rodríguez, Laura. Op cit. p 224

²⁰⁵ Zúñiga Rodríguez, Laura. Op cit. p 225

En este contexto, establecer que las personas jurídicas no son responsables penalmente es un gran retraso social, pues significa dotar de impunidad a los entes colectivos, gérmenes fundamentales de nuestro sistema social. Vemos que la dirección dogmática también puede ir por ese camino.²⁰⁶

Ahora, la propuesta de la autora, referida a la creación de un modelo de responsabilidad de la propia persona jurídica (o ente colectivo), necesario para la nueva realidad que anota, debe reunir una serie de características; son:

1- Se debe mantener el sistema dogmático ideado para las personas adultas y responsables con sus garantías. La flexibilización de este sistema puede tener efectos devastadores contra el propio sistema: erosionar el Derecho penal existente y sus principios. Además este sistema puede servir para perseguir a los sujetos individuales que se sirvan de una persona jurídica para delinquir.

2- Este nuevo sistema paralelo de responsabilidad del propio sujeto colectivo, ideado especialmente para él, no difiere demasiado de las propuestas modernas del Derecho penal de menores y de inimputables.

3- Hay un principio fenomenológico: hay que tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Este principio filosófico tiene su plasmación constitucional en el artículo 1.1 (de la constitución española), por lo que debe inspirar todo el ordenamiento jurídico. Ya se ha fundamentado que la sociología y la psicología sociales han demostrado que existe un comportamiento agrupacional, distinto de sus componentes, por lo que merecen un tratamiento distinto, particular.

²⁰⁶ Zúñiga Rodríguez, Laura. Op cit. p 225

4- Es preciso crear criterios de atribución sancionatorios para los entes colectivos con las garantías del sistema penal, que sirva para sancionarlas penal o administrativamente, según la importancia del bien jurídico y de las formas de ataque, porque ahora se les sanciona en el ordenamiento administrativo sin criterios ciertos de imputación subjetiva.

5- Si los estudios científicos demuestran que la empresa es un ente generador de riesgos para los bienes jurídicos y que los delitos se producen normalmente por defectos de organización de la propia empresa, es a ella a la que hay que dirigir la prevención, ideando clases de sanción intimidatorias para la propia organización, pero con reglas de imputación claras.

6- La existencia de un modelo paralelo de responsabilidad a la propia empresa, permite distinguir cuando el ilícito es propio de la empresa y cuando lo es de sujetos individuales. Ambos serían injustos distintos, uno donde la infracción de la norma penal (lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos) es realizada por el sujeto colectivo, y otro, donde el injusto es realizado por el sujeto individual. Normalmente se da el primer injusto cuando el delito es producto de un defecto de organización de la propia empresa; y el segundo cuando el delito es una actuación dolosa de individuos que utilizan la cobertura de la empresa para delinquir.

7- Como son dos injustos distintos, no se requiere hecho de conexión, esto es, no se requiere de la determinación de responsabilidad penal de un individuo (como en el caso francés), cual es el problema fundamental en estos sistemas. Así, la responsabilidad de la empresa no depende de la responsabilidad de determinados sujetos, que podrían actuar con eximentes, atenuantes, justificantes, etcétera.

8- Dos injustos diferentes no plantean el problema del *non bis in idem*, ni la cuestión de la infracción del principio de culpabilidad personal, pues cada uno responde como sujeto jurídico que es, con su propia responsabilidad.

9- Las concepciones modernas funcionalistas del Derecho penal nos obligan a plantear los problemas jurídicos dando soluciones sociales. La criminalidad moderna, organizada, empresarial, tiene que ser atajada con instrumentos contundentes como el Derecho penal. Si el sistema dogmático está mostrando insuficiencias, es labor de los teóricos diseñar un sistema de imputación en el que se respeten los principios racionales para sancionar a las personas jurídicas. La decisión del carácter de la intervención, no puede estar dada por la imposibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas, sino por la importancia del bien jurídico o la dañosidad social del suceso.

10- Por otro lado, la criminología nos demuestra que las empresas y las organizaciones son las principales agentes de riesgos para bienes jurídicos, riesgos que no son contenidos por el sistema penal. Así, que decir que las sociedades no cometen delitos es solo verosímil en el ámbito teórico del Derecho penal, mas no en la realidad criminógena.²⁰⁷

Con esto podría, a juicio de la autora, fundamentarse un sistema de responsabilidad de la propia persona jurídica. Ahora, tal construcción ha de plantear una serie de problemas dogmáticos; estos son abordados por la autora, quien trata de dar respuesta satisfactoria a tal cuestión.

²⁰⁷ Zúñiga Rodríguez, Laura. Op cit. p 225-226

3.2.1 La capacidad de acción

El primero de los problemas dogmáticos que observa, dice relación con la supuesta incapacidad de acción de la propia persona jurídica (en principio, por la incapacidad de ser objeto de la norma²⁰⁸). A esta objeción la autora opone una serie de consideraciones. La primera de ellas se relaciona con la constatación de que partiendo de concepciones ontológicas, siempre se caerá un círculo vicioso, que lleva a que si se le tiene como comportamiento humano final (a la acción), las personas jurídicas jamás podrán realizar una acción relevante penalmente. Señala la autora que la realidad criminógena demuestra que son precisamente las empresas las que delinquen.

Señala que las concepciones dominantes hoy en día, no centran la discusión en la acción misma, pues resulta un concepto que se ha demostrado con poco rendimiento para determinar lo que es penalmente relevante. Añade que las posiciones funcionalistas dominantes hoy en día, centran la discusión en el tipo de lo injusto; este es su punto de partida, y no la acción misma. El tipo de lo injusto es expresión valorativa de sentido, condicionada por los fines político criminales de la norma penal, esto es, prevención y protección de bienes jurídicos. Así, lo penalmente relevante es una valoración sustentada en esos paradigmas y que representan una dañosidad social grave evitable, plasmada en la Ley Penal. De esta manera, 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. De estos presupuestos, teniendo en cuenta que la realidad criminológica

²⁰⁸ En este sentido, Gracia Martín, Luís. “El actuar en lugar de otro en Derecho Penal”. Teoría general, tomo 1. Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985. p. 7 y ss.

nos enseña que los ilícitos se realizan muchas veces en contextos colectivos, donde los intervinientes son sujetos colectivos y existe una complejidad de los nexos causales, lo importante no es la acción penalmente relevante, sino la dañosidad social evitable, el resultado que viene a ser la plasmación del riesgo desaprobado por el ordenamiento (suceso evitable que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos importantes).²⁰⁹

Señala que injusto y culpabilidad son hoy los dos grandes conceptos de atribución de responsabilidad penal. El contenido de cada uno de ellos define los límites de qué comportamientos son relevantes para el Derecho penal (injusto) y cuáles son las características que deben tener los sujetos para imponerles una pena (culpabilidad). En la configuración de estos conceptos no son criterios ontológicos, poco fiables, los que priman, sino criterios valorativos de la utilidad de la intervención penal para cumplir con los fines de prevención y protección de bienes jurídicos.²¹⁰

Desde esta perspectiva, la determinación de lo que es injusto penal, se fundamenta en la dañosidad social del hecho evitable (fines de prevención y protección de bienes jurídicos plasmados en la norma penal), donde dan cabida el respeto del principio de lesividad y el de culpabilidad, siendo la norma penal a la vez norma de valoración y norma de determinación, así como, posee un desvalor de acción y un desvalor de resultado. Situando el eje del injusto en una dañosidad evitable, difícilmente se puede sostener que las personas jurídicas no cometen delitos.²¹¹

Respecto de la norma señala, que su carácter de determinación está vinculado no a la voluntariedad del comportamiento humano, sino a los

²⁰⁹ Zúñiga Rodríguez, Laura. Op cit. p. 228-229

²¹⁰ Zúñiga Rodríguez, Laura. Op cit. p. 229

²¹¹ Zúñiga Rodríguez, Laura. Op cit. p 230-231

destinatarios de la norma, esto es, a quienes se pretende motivar para que contengan sus riesgos para bienes jurídicos. En definitiva, la imputación de responsabilidad penal, es como decíamos (continúa), una vinculación entre un suceso y un sujeto al cual le reconocemos deberes jurídicos de protección de bienes. Por lo cual, sujeto activo de los delitos socioeconómicos pueden y deben ser las personas jurídicas, principales destinatarios de estas normas penales. Sostener lo contrario, conllevaría asumir que todo el Derecho penal económico solo se dirige a personas físicas, las cuales son en realidad, las que con menor intensidad afectan esos bienes jurídicos.

Concluye señalando que, si se entiende como modernamente suele entenderse el hecho penalmente relevante, como el comportamiento de sujetos destinatarios de la norma penal, a los que les llega el mandato de valoración y el mandato de determinación, esto es, que son motivables por dicha norma, no existe inconveniente en sostener que las personas jurídicas pueden ser sujetos activos de delitos o ser capaces de realizar una acción penal.²¹²

Respecto a qué sujetos individuales comprometen a la persona jurídica con su actuación, señala que el problema se resuelve ya en Derecho privado. Se habla del representante legal, e incluso, el representante de hecho (que supone un criterio material de determinación del sujeto que compromete a la empresa). No se requerirá determinar la responsabilidad individual previa, para hacer responsable al ente.

Por otro lado, se requiere que estos individuos actúen para la empresa. De lo contrario, nos encontraremos frente a un caso de responsabilidad del propio individuo no vinculante para el ente, si no es posible demostrar el defecto de la organización de la propia empresa (que permite que se cometa el ilícito).

²¹² Zúñiga Rodríguez, Laura. Op cit. p 231

Ahora, respecto de la imputación dolosa o culposa, señala que debe diseñarse una responsabilidad subjetiva del ente, descartando por tanto la responsabilidad objetiva. Señala que este tipo de imputación que ha de diseñarse, no puede ser la de las personas que actúan, sino la del ente. El dolo o la culpa de la persona jurídica no serán análogos a los de la persona física. Las voluntades de uno y otro son distintas. Eso sí, la conceptualización moderna del dolo, eso es, entendido como la conciencia del riesgo para los bienes jurídicos (se elimina el elemento volitivo), sí servirá para conceptualizar el dolo de la persona jurídica. Esta nueva concepción del dolo, permite sostener la imputación a título de dolo de una persona jurídica.²¹³

3.2.2 La capacidad de culpabilidad

Señala que desde el momento en que la responsabilidad penal o la imputación personal de culpabilidad ya no es entendida como reprochabilidad por no haber actuado de otro modo (fundada en el libre albedrío), sino normativamente, desde el punto de vista social, puede dar respuestas satisfactorias al fenómeno de la delincuencia asociacional.²¹⁴

Así, considera que actualmente el contenido material de la culpabilidad esta asociado a las funciones de la pena, esto es, prevención general y prevención especial. La culpabilidad en las concepciones funcionalistas modernas es necesidad de pena por la motivación o la prevención general, principalmente, o no exigibilidad de otra conducta. En este sentido, más allá de posiciones ontológicas sobre la culpabilidad, sino más bien, de acuerdo a concepciones

²¹³ Zúñiga Rodríguez, Laura. Op cit. p. 234-236. Se refiere en su trabajo la autora, a la dificultad de distinguir esta configuración de dolo, con los delitos culposos y los delitos de peligro. Véase su solución en p. 236.

²¹⁴ Zúñiga Rodríguez, Laura. Op cit. p 237

político-criminales, la atribución de responsabilidad penal es un problema de lineamientos de merecimiento y necesidad de pena por parte del legislador en base a capacidades para ser destinatarios de la ley penal.

Agrega que las personas jurídicas son capaces de dirigir sus actuaciones de acuerdo a las normas jurídicas, en base a la coacción que supone la sanción, en desmedro de su fama, imagen u honor, el establecer la culpabilidad de la persona jurídica es una decisión racional sustentada en esa capacidad de motivación y de prevención general, en los supuestos en que haya realizado un resultado lesivo evitable, con dolo o culpa y no concurren eximentes. Es decir, la responsabilidad de las personas jurídicas se basa en la decisión político-criminal, sustentada en las necesidades de prevención de conductas que ponen en peligro bienes jurídicos importantes y que criminológicamente se han estudiado que pueden ser lesionados por entes colectivos, como empresas.²¹⁵

Señala que es preciso analizar que argumentos que denoten necesidad y merecimiento de la pena por el ente colectivo, permiten fundamentar la respuesta sancionatoria por el Estado. En este sentido, existen un par de intentos doctrinales de fundamentación:

1- Se postula una suerte de filosofía de empresa (proviene de la Psicología social). Se funda la culpabilidad de la empresa en la actitud criminal del grupo demostrada por la conducta lesiva, para bienes jurídicos, de sus miembros. Existiría una suerte de clima de empresa que favorecería la comisión de delitos. Existirá una suerte de responsabilidad de la empresa por una política de empresa defectuosa. Y esto porque se ha comprobado que la mayoría de las veces los delitos se producen por estas carencias, porque durante muchos años se incumplen normativas, deberes, se descuida la vigilancia, la organización.

²¹⁵ Zúñiga Rodríguez, Laura. Op cit. p 238

2- La teoría de la organización defectuosa de la empresa, para fundamentar la responsabilidad propia desarrollada por Tiedemann. Según Tiedemann las personas jurídicas al ser destinatarias de las normas de conducta, puede exigírseles que se organicen realizando las medidas de vigilancia y control oportunas, para evitar la comisión de delitos por parte de sus miembros. Se le critica a esta concepción de culpabilidad (Lampe) el que más bien sirve para argumentar un injusto de la empresa, más no una culpabilidad de la empresa.

Ahora, la autora acoge ambas argumentaciones y explica como no son incompatibles entre sí.²¹⁶

En definitiva, se podrá comprobar la gran cercanía de esta autora con los planteamientos de los autores ya estudiados en este capítulo. Su línea argumental es bien cercana a Bacigalupo S., pues adopta como válidos los conceptos normativos funcionales más recientes y radicales (aunque no se refiera directamente a Jakobs, me parece que en este autor encuentra gran cantidad de conceptos, a igual que Bacigalupo S.).

Dejaremos para el capítulo que sigue el análisis y crítica de su postura. Téngase presente que se cita a esta autora en razón de algunas opiniones que me son merecedoras de reparos fundamentales, y que no aparecen en Bacigalupo S. He de ahí la redundancia en muchos conceptos.

²¹⁶ Zúñiga Rodríguez, Laura. Op cit. p 238. Véase esta explicación con más detalle ahí mismo. No resulta mayormente relevante para este estudio.

CAPITULO CUARTO

OBJECIONES A LOS INTENTOS DE CONSTRUCCION DE UN MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL PROPIO ENTE COLECTIVO Y SOLUCION QUE SE PROPONE

I- CUESTIONES GENERALES

Llegados a este punto, hemos dejado un sin numero de cuestiones a responder desde nuestra posición. Sin embargo muchas otras han sido abordadas con mayor o menor detalle en cada oportunidad. Por esto, en este apartado nos concentraremos más en aquellas cuestiones que se han demostrado más conflictivas y que son la base de este estudio crítico.

En este apartado se concretara aún más el análisis constitucional de las soluciones que se proponen y se evidenciaran sus falencias, sin perjuicio de que el lector podrá descubrir quizás otras. En lo que no se diga acá, nos remitimos a lo ya señalado en el capitulo primero.

Ahora, en este capitulo en específico, se analizara la cuestión de si es posible hablar de responsabilidad penal de los entes colectivos. Ya se señaló que técnico jurídicamente debería ser posible la sanción, aunque pongo en duda que aquello sea legitimo; también se verá si es posible que tales entidades sean destinatarias por si mismas de normas jurídico penales; veremos si es posible entender la multa y otras sanciones a las colectividades, como penas penales; examinaremos los criterios que nos han de indicar el porqué de la configuración actual de la ciencia penal, orientada al individuo, y el porqué es indispensable su mantención; analizaremos también cada una de las

categorías del delito conflictivas para las tesis que se critican. En fin, cada una de estas cuestiones debe ser respondida adecuadamente a fin de ilustrar el porqué no es posible la responsabilidad penal de las colectividades de sujetos por si mismas. Será decisivo a este fin, que abordemos también las razones de prevención que se invocan por los defensores de tales tesis, para demostrar que son insuficientes, y arbitrarias por inequitativas.

A continuación, unos apuntes sobre el destinatario de la norma en general, y el sujeto de imputación.

II SUJETO DE IMPUTACION Y DESTINATARIO DE LA NORMA

Son conceptos absolutamente relacionados; si se es destinatario de la norma, se será sujeto de imputación. En lo que sigue, nos enfocaremos en la norma de conducta (imperativa).

Ahora, lo que se debe responder en este apartado es ¿a quienes y porque razón se dirige la norma? La respuesta a esta interrogante nos ha de llevar a determinar a quien se le puede imputar su quebrantamiento, que no ha de ser sino aquel a quien se dirige.

Bustos señala que la norma es un proceso comunicativo e interactivo, que se da entre determinados sujetos. Es un complejo dialogal, en sus palabras.²¹⁷ En la determinación de los sujetos que hacen parte de este complejo dialogal, hay que establecer que rol juega el intelecto; es decir, que importancia tiene la

²¹⁷ Bustos, Juan. Op. cit. Tomo I, p 76. Este autor en general, es partícipe de la idea de que se les puede penar (a las personas jurídicas). Ahora, si se lee lo que expone en estas líneas, se podrá evidenciar cierta incoherencia en su posición. Para intentar salvarla, adhiere a aquellos que proponen un sistema paralelo de responsabilidad penal, sin observar las dificultades que una cosa así puede ocasionar para los principios de Derecho penal. Véase el mismo autor, Op cit. tomo II, p. 771

comprensión del contenido de la norma (más bien en sentido hipotético, empíricamente demostrable). Veremos esto un poco mas adelante.

Bustos señala que con la constatación de la existencia de un delito no se termina la indagación de los presupuestos de la pena. Junto a la teoría del delito está la teoría del sujeto responsable. Señala que durante mucho tiempo la teoría del sujeto responsable apareció subsumida y jibarizada por un presunto tercer elemento del delito, la culpabilidad. De este modo se cosificaba la consideración del sujeto responsable y al mismo tiempo se evitaba extraer todas las consecuencias propias al principio de la dignidad de la persona humana, que es el fundamento material en relación al sujeto responsable. El juicio sobre el sujeto no puede confundirse con el juicio sobre su hecho, el principio de protección de los bienes jurídicos no se puede confundir con el principio de respeto a la dignidad de la persona. La teoría del sujeto responsable no dice relación directa con la protección de los bienes jurídicos, que se agota en la tipicidad y antijuridicidad, en lo injusto, sino con el respeto a la dignidad de la persona y es por eso que es necesario explicitar las características de su responsabilidad penal. El delito es injusto, pero no dice nada aun sobre la responsabilidad penal del sujeto.²¹⁸ Se trata de que el hecho o injusto, no absorba al sujeto. Debe analizarse si es imputable, concepto necesariamente normativo y orientado a la política criminal, pero siempre referido a un individuo particular, pues de otro modo el respeto que se le debe a su dignidad pasaría a un segundo plano. Para concretar el concepto normativo de imputabilidad, se señala que para la existencia de responsabilidad penal ha de darse una conciencia del injusto llevado a cabo. No se trata de una conciencia en abstracto respecto del valor en sí, o de la verdad en sí, como pretendían los sostenedores de las teorías absolutas de la pena, sino solo de aquellos valores objetivos que se recogen en el sistema a través de los bienes

²¹⁸ Bustos, Juan. Op. cit. Tomo II, p 46- 47

jurídicos (luego eminentemente dinámicos y participativos y, por eso, relativos). Luego esta conciencia del injusto surge desde una decisión política, se trata de la exigencia de una determinada conciencia.²¹⁹

Esta conciencia a que hace referencia Bustos es imposible en sujetos colectivizados; solo será posible en cada uno de los individuos del conglomerado.

Señala Bustos que la inevitabilidad de una conciencia del injusto diferente a la exigible ha de implicar la exclusión de la responsabilidad criminal, ya que lo contrario implicaría que se estaría haciendo responsable al sujeto por algo que no le es exigible. El sistema jurídico penal estaría violando el principio de dignidad de la persona humana al hacerlo responsable penalmente a pesar de la falta de conciencia del injusto en virtud de una conciencia valorativa diferente.²²⁰

De todo esto se va desprendiendo que de lo que se trata cuando se habla de imputabilidad, es de conectar el hecho con su autor, autor que no puede ser sino un individuo o ente psico físico, en razón de que solo este puede tener conciencia, y esta debe ser siempre tenida en cuenta si se quiere respetar su dignidad.

La primera crítica que se le puede endilgar a las tesis que se explicaron en el capítulo anterior es esta. Así, si bien parece plausible la existencia de otros sujetos en el Derecho, no se niega, la importancia que tienen estos para el Derecho penal es más bien relativa. Las figuras de asociación, y las asociaciones en general, importan en la vida económica; vienen a resolver

²¹⁹ Bustos, Juan. Op. cit. Tomo II, p 48

²²⁰ Bustos, Juan. Op. cit. Tomo II, p 49

problemas de atribución (económica) entre una serie de individuos; nacen y se les reconoce con esta finalidad. Estos entes se manifiestan de acuerdo a convenciones que, generalmente, son dadas por sus propios integrantes (individuos que pueden variar, esto no se discute). Sus actuaciones suponen manifestaciones de voluntades de determinados individuos facultados por el resto para provocar efectos validos para todos ellos. Sea cual sea la tesis de la que se parta (de las analizadas), se puede observar que ellas suponen esta fenomenología, no la niegan, en algunos casos la asumen como se vio, reconociendo que son los propios individuos del conglomerado los destinatarios de la norma, pues solo ellos pueden ajustarse a ella. Para salvar entonces sus tesis, postulan modelos de actuaciones en lugar de otro (en estos casos, la persona jurídica o ente mismo).

Profundicemos un poco más en el destinatario de la norma.

Déjenme citar a un joven profesor argentino²²¹, sic. “Dado que las normas jurídicas tienen por objeto regular conductas humanas, desincentivando aquellas consideradas socialmente disvaliosas, es del todo importante que las mismas puedan ser comprendidas por sus destinatarios. De otro modo, las personas no tendrían modo de adecuar sus conductas a tales reglas, que en definitiva pasarían a ser meros juguetes vistosos sin utilidad alguna.” Mas adelante continua, sic. “Como lo sostuviera Spolansky, las leyes penales también están dirigidas a todos los habitantes capaces de comprender su significado, y éstos tienen que conocer: a) los hechos que han sido considerados relevantes para la razón o fundamento de la incriminación en cada caso previsto por la ley, y b) poder saber que a esos hechos se les asocia normativamente una sanción retributiva. Precisamente para alcanzar ese

²²¹ Goldman, Diego. “A quien le hablan las leyes penales? (En línea) <http://diegogoldman.blogspot.com/2007/05/quien-le-hablan-las-leyes-penales.html> (consultado el 23 de octubre de 2007)

objetivo las leyes son previas y públicas”. Pues esta afirmación tan simple resulta ser por entero certera; las normas se dirigen a los individuos que pueden entender su significado es la condición mínima de legitimidad del sistema de Derecho en general.

Se señala tradicionalmente que la norma jurídica (penal) tiene una función imperativa; se tratara de un imperativo negativo, en tanto imponga una prohibición, y positivo, en tanto determine una obligación. Lo que pretende la norma jurídica (penal) en definitiva es motivar a los individuos en contra de la realización del delito; persigue el control social de ciertos comportamientos. Por consiguiente, la tesis imperativa se sostiene sobre la función del Derecho: si esta consiste en regular la vida en comunidad, solo puede obtenerse reclamando imperativamente de sus miembros la observancia de ciertos comportamientos. Así, la consecuencia jurídico penal (pena) asociada a una determinada prohibición (penal) cumple, en tanto técnica disuasoria de control social, la función de intimidación, ofreciendo al delincuente potencial, a falta de otros motivos, una motivación valida para seguir una determinada conducta. Dada esa función imperativa de la norma jurídico penal, la pena, en tanto medio de encauzamiento de conductas, conlleva (o pretende conllevar) un efecto claramente motivador en los ciudadanos²²² que, en resumen, pretende apartar a los hombres de la violación de la ley mediante la amenaza de un mal que será infligido al autor de la violación.²²³

Señala Navas que lo importante es que la función de motivación de la norma jurídico-penal no se comprende al margen de la amenaza de la pena. Señala que no sin razón Silva Sánchez mantiene que esta asociación entre concepción

²²² Gimbernat Ordeig, Enrique. “¿Tiene un futuro la Dogmática juridicopenal?” En sus estudios de Derecho penal. Madrid, Tecnos, 1999. p 152, 159, 169. En este mismo sentido también Muñoz Conde. Op. Cit.

²²³ Navas Aparicio, Alfonso. “Destinatario de la Norma Penal e Imputabilidad”. San José, Editorial Jurídica Continental, 2005. p 26 y ss.

imperativa de la norma jurídico penal y atribución a la misma de una misión de motivación es.... correcta y determina que lo uno y lo otro, su defensa y crítica, puedan (e incluso deban) examinarse conjuntamente.²²⁴

También, y junto al carácter imperativo de la norma, se suele otorgar a la norma jurídico penal una función de valoración, mas tal función debe matizarse, reducirse a sus justos términos. Resulta innegable que cuando el Derecho protege determinados bienes jurídicos, lo hace porque los valora positivamente; al igual que si amenaza con pena la realización de ciertas conductas ofensivas para esos bienes jurídicos es debido a que valora negativamente esos comportamientos. De hecho, el fundamento de la atijuridicidad reside en el desvalor de la conducta, en tanto suponga un grave peligro o lesión para bienes jurídicos dignos de protección penal (desvalor de resultado) y una infracción a la norma primaria o norma de conducta (desvalor de acción). Estas valoraciones (positivas y negativas) contribuyen a la función de prevención general positiva al reafirmarse, a través de la norma penal, las convicciones jurídicas de la sociedad. Sin embargo, hay que partir de que la eficacia de la norma no depende de sus juicios de valor, sino de su imperatividad. Esta afirmación (de que la norma jurídico penal es ante todo norma de determinación, mas que de valoración) se sustenta en cuanto que, como sostienen algunos autores, la desvaloración o valoración de tales conductas es cronológicamente anterior a la emanación de la norma jurídico penal e interior en el proceso legislativo. Esto es, el juicio de valor constituye una decisión del legislador de crear la norma en un cierto sentido, con lo que tal decisión es, claramente, anterior a la existencia de la norma. Ninguno de estos aspectos afecta el carácter imperativo de la norma; al hecho de que la norma se dirige a los individuos ordenando o prohibiendo cierto tipo de conducta o la emergencia de ciertos derechos. El imperativo y el valor se desenvuelven en planos distintos: el legislador, valora;

²²⁴ Navas Aparicio, Alfonso. Op cit. p. 29

la norma, pretende obediencia. Con ello, no se esta frente a una verdadera norma jurídico penal sino hasta que a la valoración se una un imperativo, toda vez que el Derecho no podría desempeñar su función con meros juicios de valor desprovistos ya sea de fuerza de convicción o de una declaración de voluntad.²²⁵

Pero también en el imperativismo (con el que comulgamos) guarda plena coherencia la función motivadora de la norma jurídica (tipo de garantía) en contra de la realización del delito, precisamente, con la función de prevención de delitos (sin marginar que a través de esta cumple la función de protección de intereses jurídicos frente a los ataques de mayor gravedad hacia los mismos), contrariamente a la función de retribución que conlleva el acogimiento de la mera función valorativa de la norma penal.

En este sentido Mir Puig señala que, sic. “El entendimiento de la pena como medio de prevención, al servicio de la protección efectiva de los ciudadanos, supone atribuir un significado directivo (en este sentido, imperativo), de regulación social, a la norma jurídico penal, asignándole la función de crear expectativas sociales que motiven a la colectividad en contra de la comisión de delitos.” Más adelante, sic. “La función de prevención obliga a contemplar el hecho ex ante. Si lo que fundamenta la conminación penal en un Estado como el proclamado en el artículo 1.1 de la Constitución (española) es la necesidad de evitar delitos, esto solo se puede intentar por parte de una norma penal tratando de motivar a los ciudadanos a que no realicen conductas constitutivas de delitos. Ello supone que la evitación de resultados lesivos para la sociedad solo puede ser intentada por las normas penales motivando a la evitación de conductas que puedan producir aquellos resultados. El Derecho no puede prohibir que se produzcan resultados dañosos, sino solo que los ciudadanos

²²⁵ Navas Aparicio, Alfonso. Op. cit. p. 36

lleven a cabo voluntariamente comportamientos capaces de ocasionar dichos resultados.” Luego señalará este autor, cosa que ya a estas alturas no nos ha de extrañar, que las normas penales solo pueden pretender regular conductas humanas.²²⁶

Se cual sea la función que se le asigne a la norma, resulta incontrovertible que esta supone una suerte de capacidad de comprensión por parte de su destinatario, de otra forma el efecto motivador de aquella se vería truncado. De que esto es así da cuenta Navas Aparicio cuando señala, sic. ”A partir del establecimiento de los presupuestos dogmáticos en torno al destinatario de la norma jurídico-penal, en el seno de la teoría imperativista y motivacional de la norma, se demuestra que el inimputable no es destinatario de la misma y, por lo tanto, su conducta no es antijurídica para el Derecho penal. Ello guarda coherencia con las funciones de prevención que cumplen los dos componentes de la norma penal: el supuesto de hecho y consecuencia jurídica con que se amenaza la realización de la conducta descrita en el tipo penal. Pero que el inimputable no sea destinatario en su función de prevención a través de la motivación no impide considerar que si lo sea en su función de garantía, como persona titular de derechos que es. En el Derecho penal no existe una expectativa de comportamiento motivado por la norma de conducta respecto del inimputable, y por lo tanto, carece de sentido exigirle la acción u omisión contenidos en el imperativo.” Para este autor, el inimputable no es destinatario de la norma penal, por tanto, no es posible que cometa siquiera un injusto penal. Es decir, se adelanta a la culpabilidad para afirmar la irresponsabilidad penal del individuo que por su incapacidad de motivarse por la norma, no es, ni puede ser, destinatario de ella.²²⁷ Señala que lo que debe hacerse en un estado social y democrático de Derecho es valorar si dentro del grupo al que

²²⁶ Mir Puig, Santiago. “El Derecho penal en el estado social y democrático de Derecho”. Barcelona, Ariel, 1994. p. 48, 56.

²²⁷ Navas Aparicio, Alfonso. Op. cit. p. 11

por tradición se dice, se dirige la norma primaria de conducta, hay personas respecto de las cuales carece de sentido dirigirles el imperativo penal, esperando que se motive por el mismo. La discusión sobre el destinatario de la norma no se encuentra zanjada con la afirmación de que la norma primaria o de conducta se dirige a todos por igual, mientras que la norma secundaria se dirige solo a los jueces. Ello se desvela con el hecho innegable de que no solo la imposición y ejecución de una pena privativa de libertad en la persona de un incapaz resulta ineficaz e innecesaria en clave preventiva (como suele sostenerse en doctrina penal), sino también lo es la amenaza con la pena.²²⁸

Si se traslada todo esto a lo que nos convoca tenemos que llegar a que solo el individuo humano es el destinatario de las normas penales pues es el único capaz de motivarse con ellas. Las personas jurídicas per se carecen de tal capacidad. Ya señalamos que todos los defensores de la tesis de la responsabilidad de los entes colectivos oponen a estas consideraciones (indirectamente) el que no cabe duda que es posible motivar a la colectividad. Ellos comprueban que en todo sistema donde se amenaza con multa a la colectividad, se produce una corrección de comportamiento de toda la estructura. Si se enfoca el asunto desde la perspectiva de la prevención (al parecer lo único importante en estas tesis) resulta evidente que tal cosa es funcional a tal fin. Esto puede ser así, pero no necesariamente porque se haya orientado una norma a la colectividad en abstracto; la verdad es que si se logra tal efecto no es más que porque el imperativo influye en aquellos integrantes del conglomerado que tienen el poder de decidir sobre si acomodarse al mandato o no. Cuando el legislador ha señalado que, por ejemplo, tal sociedad deberá responder por los daños que ocasionare su actuar, la norma que subyace a tal amenaza inevitablemente se dirigirá a aquel que tenga competencia para evitar tales daños en la empresa; pretender otra cosa es falsear la realidad.

²²⁸ Navas Aparicio, Alfonso. Op. cit. p. 13

Vimos en el capítulo tercero de este trabajo, que Tiedemann, Hirsch, Laura Zúñiga, y Bacigalupo S. sostienen que la persona jurídica es destinataria de la norma jurídico penal²²⁹. Así Tiedemann (algo que comparte Hirsch) sostenía que aquello se demostraba con el hecho de que el legislador alemán en el párrafo 14 del StGB ha introducido la llamada cláusula de las actuaciones en lugar de otro. Ya señalamos más atrás que dicha disposición señala a grosso modo, que deberá responder penalmente el órgano o el representante de la persona jurídica por los delitos especiales con respecto a los cuales no son ellos mismos los sujetos cualificados por carecer de determinados elementos especiales de la autoría. Vimos en aquella ocasión que el autor señalaba que si esto es así es porque el destinatario de la norma no era el órgano o representante, sino que la propia persona jurídica. Laura Zúñiga, por su parte, supone la misma situación para España, con los artículos 28 y 31 del código penal ese país (referido a quienes pueden ser considerados responsables del delito, el primero, y a la cláusula de actuaciones en lugar de otro el segundo), que también es la propia persona jurídica la destinataria de la norma. Señala que cuando se actúa en lugar de otro, se supone que ese otro es el destinatario de la norma penal²³⁰. Para Jakobs a su vez, como el sujeto no es aquel que puede ocasionar o impedir un suceso, sino aquel que puede ser responsable de este, (y en este sentido, competente) y como la persona jurídica puede ser responsable (además tiene competencia para evitar el resultado lesivo), evidentemente son destinatarias de las normas penales (y ya sabemos, comete delito todo aquel que infringe la norma penal).

También se señala insistentemente que el legislador se dirige con relativa frecuencia a las colectividades, incluso en el ámbito comunitario europeo²³¹. Se

²²⁹ Véase a todos ellos en este mismo trabajo, capítulo III

²³⁰ Zúñiga Rodríguez, Laura. Op cit. p. 171.

²³¹ Zúñiga Rodríguez, Laura. Op cit. p 159

dice que no es difícil encontrar disposiciones en que se señala que tal empresa será responsable del derrame de materiales tóxicos, o de la vulneración a las normas de la libre competencia etc. Esto demostraría nuevamente que el legislador ha contemplado como destinatarios de sus normas a la colectividad en si misma.

La verdad es que nuevamente se puede poner en duda tales apreciaciones. Esto pues basan la fundamentación de tales tesis en la mera técnica legislativa, y es bien sabido que cuando se usan este tipo de argumentaciones, resulta fácil argumentar a contrario. Así, ya habíamos señalado que el legislador al tipificar una determinada conducta se vale de determinados conceptos que vienen de afuera del Derecho penal. Por ejemplo cuando se define robo y hurto, y se emplea la expresión dueño, debe tenerse por propietario a quien conforme a las normas que regulan la propiedad (de Derecho privado) aparezca como tal. Ahora, el legislador penal incorpora esos elementos (que en doctrina se denominan normativos) al tipo, pero con funciones diversas a las que en principio aparentan. Es claro que tal cosa ocurre cuando el legislador se refiere a empresa, o persona jurídica, como aparente destinatario de la norma. En estos casos no es que el legislador se este refiriendo a la figura que representa al conglomerado (persona jurídica) o al ente e sí como destinatario de la norma. Lo que hace el legislador es definir un ámbito en el que es posible encontrar a aquellos sujetos que cometen el ilícito. Esto se comprueba cuando se señala que por la empresa debe responder, por ejemplo, el administrador o los integrantes del directorio (y ya señalamos que el legislador no hace imputaciones del hecho de otro, u otros). Es decir, parece ser mas una impropiedad del legislador cuando se refiere a la empresa como la que, en principio, comete el ilícito.

Para el legislador (en España y Alemania) la persona jurídica es incapaz de delito, y eso explica la existencia de las tantas veces mentadas cláusulas. Veremos un poco mas adelante el defecto en la configuración de tales cláusulas, que puede llevar a confusión.

Otro plano en el que operan estas cláusulas es en de los delitos especiales. Si usted se fija por ejemplo en el delito de alzamiento de bienes del artículo 466 del Código Penal, que señala que “El deudor no dedicado al comercio que se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores o que se constituya en insolvencia por ocultación, dilapidación o enajenación maliciosa de esos bienes, será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados.... En la misma pena incurrirá si otorgare, en perjuicio de dichos acreedores, contratos simulados”, notara que el sujeto activo del delito es el deudor; cabe destacar que en Derecho alemán en el parágrafo 288, y en el español en el artículo 257, se contemplan disposiciones idénticas. Ahora, a nadie la cabe duda que deudor puede ser incluso una persona jurídica. Pues bien, tanto en Derecho español como en Derecho alemán se contemplan cláusulas sobre actuaciones en lugar de otro, como ya se ha señalado insistentemente (en Derecho nacional también existe dicha cláusula, por ejemplo, en el Art. 58 del Código Procesal Penal); ahora, estas cláusulas operan cada vez que cualidad exigida por el tipo (delito especial) no concurre en el sujeto activo del delito.

Se puede decir que el elemento cualificante sí puede concurrir en una persona jurídica, pues esta en Derecho común puede ser deudora, acreedora, etc. Ya dijimos mas atrás que solo técnico jurídicamente se puede hablar de persona cuando se habla de persona jurídica, y en este específico sentido es posible hacerla titular de derechos y obligaciones, como destinataria de normas de distribución. Una cosa muy distinta ocurre en el ámbito penal, en que para

afectar los intereses de un determinado individuo se requiere de especialísimas condiciones.

Entonces, si se señala que la persona jurídica es destinataria de una norma, es porque se puede esperar que tal entidad pueda abstenerse de cometer un ilícito, y a contrario, puede cometerlo. Si esto es así, entonces ¿porque cada vez que la empresa incurre en un ilícito (o comete un delito) otro debe responder por ella, de acuerdo a estas cláusulas? La respuesta es simple: porque la persona jurídica no puede cometer delito en estas legislaciones (de donde salen los ejemplos que ocupan los defensores de la tesis en cuestión); por tanto, no pueden ser destinatarias, por si mismas, de norma jurídico penal alguna.

Lo que digo, es que las cláusulas sobre actuaciones en lugar de otro vienen a solucionar problemas de técnica legislativa, pues corrigen, por un lado, la laguna de punibilidad que ocasiona la mera referencia a un ámbito en que se puede cometer un determinado delito (la empresa), y por otro, cuando el elemento cualificante de la autoría no concurre en una persona natural sino que en una persona jurídica (que no es la destinataria de la norma penal, por tanto incapaz de cometer delito).

En definitiva, lo que quiere significar el legislador al utilizar el término empresa (o persona jurídica), es al conjunto de individuos organizados de tal forma. Estos individuos pueden todos lesionar un determinado bien jurídico, o bien solo alguno o algunos de ellos. También es posible que todos o alguno de ellos lesionen un bien jurídico al que solo un sujeto cualificado puede lesionar típicamente.²³²

²³² Como señala Gracia Martín, todos los bienes jurídicos se encuentran expuestos en su existencia a la agresión, y por esto el derecho prohíbe las acciones tendientes a su lesión o puesta en peligro. El hombre por tomar parte en la vida en comunidad social, goza de un cúmulo de posibilidades de acción que pueden

Para todos estos casos se introducen estas cláusulas que buscan corregir las lagunas de punibilidad que se ocasionan por la deficiente configuración del tipo.

En los delitos especiales, las cláusulas sobre actuaciones en lugar de otro hacen que aquel que no posee la cualificación exigida por el tipo, pero que adquiere competencias para actuar en el ámbito descrito por ese elemento cualificante (que Gracia denomina Status), pueda ser considerado autor, cada vez que lesione el bien jurídico protegido por la norma, de forma análoga como lo haría el titular de ese status. Las personas jurídicas y otros entes pueden ser titulares de tal status (por ejemplo, status de deudor), y esto es así, porque en Derecho común, para facilitar el comercio en general, reconoce a las asociaciones de personas y les otorga una serie atributos para facilitar sus relaciones, tanto interna como externas. Uno de esos atributos por ejemplo, es la facultad de adquirir créditos y ser considerado deudor. (En realidad y solo en sentido técnico jurídico, será deudor el ente, pues en realidad y materialmente, deudores son los individuos del conjunto, cosa que se comprueba en aquellos casos en que el ente se ve obligado a disolverse: todos los individuos partícipes se hacen responsables por la deuda de la entidad, de acuerdo a normas internas propias o que le son dadas)

lesionar dichos bienes. Pues bien, muchos bienes se encuentran expuestos a la agresión de todos (Ej., la vida, la integridad física), estos son denominados delitos de dominio (el criterio de imputación que rige para estos es el dominio del hecho). La norma que subyace a estos delitos, se dirige a todo aquel que pueda lesionarlo, motivándolo a abstenerse de aquello. Pero existen otros bienes jurídicos cuyo portador es un sujeto determinado (existen en el seno de determinadas estructuras, en que cumplen su función social, o la estructura a la que acceden tiene por función su fomento. Piénsese por ejemplo, la recta administración de justicia, o el derecho de crédito). Además estos bienes jurídicos solo pueden ser lesionados por algunos sujetos (ej. El juez al dictar sentencia injusta, el deudor al alzarse en sus bienes). Se requiere que el sujeto activo ocupe un determinado rol social, ej. Juez, deudor, etc. Si bien otros sujetos pueden lesionar el bien jurídico, lo harán con otro tipo de acciones (y será cuestión de política criminal si se sancionan o no esas conductas). A estos delitos se les llama delitos especiales (propios en estos casos). Estos solo pueden ser lesionados por un determinado sujeto, y por esto se les denomina también delitos de dominio social típico. Gracia Martín, Luís. “El actuar en lugar de otro en Derecho penal”. Op. cit. p. 350-370.

En los delitos comunes y especiales, cuando se hace referencia a que por la empresa responden tales individuos, ocurre lo que ya señalamos antes. Es decir, en este caso la cláusula se refiere directamente a un ámbito en donde es posible encontrar a aquellos individuos que lesionan o ponen en peligro al bien jurídico, y señala determinadamente a que sujetos se les hará responsables por los ilícitos que se cometan en ese ámbito.

Mas adelante veremos las dificultades que se producen por la configuración de estas cláusulas (pues, por ejemplo, en el último de los casos del párrafo anterior, puede suponer una suerte de responsabilidad objetiva).

Ahora, en los supuestos anteriores la laguna de punición ha sido salvada a través de la cláusula sobre actuaciones en lugar de otro, pero ¿Qué pasa si a la comisión de un ilícito se enlaza la aplicación de una multa? En estos casos se podría señalar que el destinatario de la norma es el ente, y que este responde personalmente por hechos propios. La verdad es que estas normas no pueden ser interpretadas aisladamente respecto de aquellas otras que también se refieren a las colectividades. Es decir, como estas disposiciones se insertan en la legislación donde se reconoce que los destinatarios de las normas jurídico-penales son los individuos humanos, como se demostró mas atrás, no puede sostenerse esta incongruencia, pues en donde existen estas disposiciones, también existen las cláusulas sobre actuaciones en lugar de otro (veremos que solo en sentido técnico es posible hacer destinatarias a las personas jurídicas de normas de determinación, pero con un reducidísimo campo de acción, y fuera del Derecho penal).

Mas adelante veremos en todo caso, que la multa a la colectividad difícilmente puede ser considerada pena penal, y que si en algún caso puede tener significación penal, esta será inconstitucional.

Como se lee de todo lo anterior, los argumentos de texto esgrimidos por los defensores de las tesis que se enjuician son fácilmente controvertibles partiendo de los mismos supuestos que se proponen por ellos.

Así, y en resumen, cuando se dice que la empresa comete delito se quiere indicar que el conjunto de individuos organizados han delinquido, o bien alguno o algunos de ellos. La norma se dirigiría a todos ellos en su conjunto a alguno o algunos de ellos, buscando que se motivasen (algo que se produce individualmente, incluso motivados por el espíritu de grupo al que se refiere Shünemann). Ahí se podría decir que es posible motivar al grupo y que la norma se dirige a todos (o a la empresa así entendida). Si no hay sujetos no hay empresa, por tanto lo fundamental es la existencia de individuos motivables por la norma.

El legislador lo comprende así, y al introducir las cláusulas sobre actuaciones en lugar de otro viene a aclarar aún más las cosas, porque, al indicar quienes responden por los delitos del grupo, esta estableciendo deberes de garante para estos determinados sujetos. En ese momento se concretiza el destinatario de la norma en aquellos sujetos, quienes, en definitiva, deben motivarse y evitar el resultado lesivo.

Shünemann, que como se sabe, es uno de los defensores de la tesis de la responsabilidad de las personas jurídicas, reconoce, dentro de estas doctrinas, que el único destinatario de la norma es el individuo humano, persona natural; señala que, sic. “En el Derecho penal individual se amenaza con pena a la persona natural considerada autor si se infringiera la norma, y esa amenaza constituye la base y el marco de la sanción en caso de infracción de la norma. Puesto que una persona jurídica no actúa como tal, sino mediante órganos, ya

sea mediante los órganos en sentido estricto, jurídico societario, ya sea por medio de cualquiera que actúe por encargo y para la persona jurídica como órgano suyo en sentido amplio, el imperativo penal se dirige siempre, al fin y al cabo, solo a la persona natural cuya conducta se imputa a la persona jurídica.²³³

Ahora, no cabe entender que en sentido técnico las personas jurídicas son destinatarias de las normas penales, pues en Derecho penal, tecnicismos de este tipo no tienen cabida.

Este tecnicismo es del que se valen las tesis que ya hemos analizado, pues si le les lee con detenimiento, todas ellas hacen depender la motivación de la persona jurídica, de la motivación de los individuos del grupo. Así, por una suerte de ficción, la persona jurídica es destinataria de la norma. Una cosa así nos permitiría pensar que, por ejemplo, un rebaño de ovejas de un pastor puede ser destinatario de una norma. Esto tiene que ser así desde estas concepciones pues, si se piensa con detenimiento, los movimientos de este ente (el rebaño) son controlados por un determinado individuo, conforme a su voluntad; el individuo es por entero fungible, es decir, intercambiable (piénsese en la venta del rebaño). No debe existir problema alguno para sostener que técnicamente es posible hacer destinatarios de las normas al rebaño, pues siempre existirá una voluntad que se expresa a través de sus movimientos (por ejemplo, cambiar de lugar de pastura). Siempre será posible motivar al rebaño por la norma, pues tal imperativo influirá en alguien que tratará de evitar cualquier lesión que se pueda producir por la entidad. Además rebaño es un concepto normativo en si; representa una abstracción jurídica solo comprensible a través del lenguaje; requiere de una valoración por el sujeto cognoscente. Ahora, si el

²³³ Shünemann, Bernd. “La punibilidad de las Personas Jurídicas desde la perspectiva Europea. En: “Hacia un Derecho Penal Económico Europeo”. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995. p 582

rebaño es destinatario de la norma, también será posible sancionarlo, de modo que no resultaría ilógico aplicarle una pena a los animales, y de seguro tal sanción (por ejemplo rociarles gasolina y prenderles fuego) tendrá un importante efecto motivacional en los demás rebaños. Una cosa así también permitirá reafirmar la vigencia de la norma. Fíjese que esta solución resulta además adecuada desde la perspectiva de la dignidad del hombre, porque resulta menos gravosa para uno de sus derechos más fundamentales (su libertad).

El problema que se puede advertir inmediatamente es que tratándose de una empresa (significada o no por la figura de la personalidad jurídica) tal solución choca con la existencia de individuos a su interior. Será más difícil pretender prender fuego a la entidad. Volveremos a esto cuando analicemos la pena (no al ejemplo evidentemente).

En fin, toda la argumentación que se a dado mas atrás puede tener por supuesto aquella distinción que hace Gracia Martin, y que se remonta a Joseph Esser, que por valida compartimos, entre normas de distribución y normas de determinación. Señala Gracia que, sic. “En la actualidad podrá aun ser discutible y discutirse acerca de si la norma de determinación es relevante para la atribución de contenido a la antijuridicidad o si es solo referente de la culpabilidad. Lo que en ningún caso me parece susceptible de discusión es que el destinatario de una norma de conducta solo puede ser un sujeto con respecto al que ésta sea susceptible de concretarse, alguna vez, en deber, y esto solo puede suceder con respecto al sujeto capaz de acción. En rigor, creo que únicamente podemos hablar de infracción con respecto a la transgresión de una norma de conducta y que únicamente merece la denominación y puede cumplir la función propia de sanción, la consecuencia jurídica que se aplica a una infracción. De la infracción de la norma de determinación debe distinguirse la

lesión del bien jurídico o si se prefiere, la lesión de la norma de valoración. Esta última constituye la situación de hecho objetiva, y solo adquiere el rango de desvalor del resultado en la medida en que pueda ser atribuida a la acción prohibida por la norma. El hecho realizado por el titular del órgano o por el representante, no puede atribuirse a la persona jurídica en concepto de desvalor de resultado porque aquella no es capaz de acción, y en consecuencia, de realizar la acción prohibida o de omitir la mandada. Este problema no puede superarlo la tesis que criticamos, recurriendo al criterio de la capacidad de la persona jurídica para realizar el efecto pretendido por la norma. Esto podrá comprenderse muy bien si se toman en consideración el concepto de norma distributiva, formulado por Joseph Esser, y los distintos planos del concepto del deber que a partir de ahí ha distinguido Armin Kaufmann y que he asumido en otro lugar. Esser llama normas distributivas a aquellas que se limitan a distribuir bienes y otros valores, así como perjuicios, gastos y riesgos. Es decir, a las normas que distribuyen objetivamente bienes y riesgos entre sujetos. Estas normas no son otra cosa que juicios de valor y con respecto a ellas para nada entra en consideración, en principio, la capacidad de acción. Se limitan a expresar el juicio de lo que debe ser, en el sentido de que en ellas surge solo un deber ser impersonal. Para esta concepción del deber, la persona no entra en consideración como sujeto con capacidad de acción sino más bien solo como objeto de la distribución de bienes. En este sentido, dice con razón Armin Kaufmann, tanto el bebé como el inimputable tienen que pagar impuestos, del mismo modo que bajo determinadas condiciones tienen que indemnizar. Para este concepto del deber, sin embargo, para nada entra en consideración la capacidad de acción. Con ello se expresa solo que algo –el objeto del juicio de valor- debe ser y que tiene que realizarse. Una frustración de la realización del objeto de juicio de valor, es sin duda, contraria a Derecho y este dispone de consecuencias jurídicas tendentes a la realización del objeto del juicio de valor. Dichas consecuencias, sin embargo, no pueden tener el

carácter de sanciones. Su finalidad se agota en la pretensión de la realización de la distribución de bienes y de riesgos con independencia de la capacidad de acción. Son consecuencias jurídicas de naturaleza reparadora, asegurativa o preventiva. En el supuesto de hecho de tales consecuencias jurídicas en modo alguno puede tener cabida la capacidad de acción. Pues la aplicación de la consecuencia jurídica en cuestión es necesaria en todo caso y a tal efecto es del modo mas rotundo por completo irrelevante si el sujeto en cuya esfera jurídica tenia que ser realizado el objeto del juicio de valor era o no capaz de acción y si la no realización de aquel o no tiene su causa en una acción.²³⁴

En definitiva, a estas alturas no debe quedar duda de que el único destinatario de una norma jurídica de conducta es el individuo humano, y si técnicamente es posible hacer destinatario de una norma a un ente colectivo, dicha ficción no puede trasladarse al Derecho penal, pues tal cosa supondría a su vez, que puede sancionarse penalmente a la colectividad. Veremos mas adelante, cuando analicemos las sanciones, que esto último no es posible.

III- INCAPACIDAD DE ACCION Y DE CULPABILIDAD DEL ENTE COLECTIVO

Lo que se dijo en el apartado anterior esta íntimamente relacionado con lo que se dirá a continuación. Lo que viene no es más que una derivación de lo que ya se ha dicho.

²³⁴ Gracia Martin, Luís. “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas” Op cit. p. 63- 65.

Como señala Jaen Vallejo (citando a Roxin), el concepto de acción ha de cumplir una serie de funciones. En primer lugar, ofrece un concepto general para todas las apariencias de comportamiento sancionable, un *genus proximum* al que siguen todas las determinaciones de contenido mas concretas como *differentiae specifica*. La acción describe un algo que subsiste tanto en las acciones dolosas y culposas, como en los delitos de omisión y que se configura como el elemento común al que se pueden reconducir todas las configuraciones especiales de comportamiento sancionable. Este significado lógico del concepto de acción, su función clasificadora, apunta a la acción como elemento básico del Derecho penal. Además la acción liga a las diferentes categorías del delito entre ellas. Primero se fija la acción como tal, y luego se la califica como típica, antijurídica, culpable y punible. El concepto de acción para de este modo por el sistema penal entero y forma su columna vertebral. Finalmente el concepto de acción tiene la misión de excluir todo aquello que desde un principio no entra en consideración para una valoración penal: hechos producidos por animales, actos de de personas jurídicas, meros pensamientos y convicciones incluso realidades exteriores que, como los ataques compulsivos, delirios etc., no obedecen al control del aparato psíquico. En este sentido, se habla del significado práctico de la acción, como elemento fronterizo, de su función delimitadora.²³⁵

Esto último a que se hace referencia, esto es, la función delimitadora del concepto de acción es a lo que debemos apuntar en este apartado.

Esta función se puede explicar fácilmente por su relación con el destinatario de la norma. Esto pues solo respecto de individuos a los que se puede influenciar se puede predicar una determinada acción. Los movimientos de las

²³⁵ Jaén Vallejo, Manuel. "El concepto de acción en la Dogmática penal" Madrid, Constitución y Leyes S.A. 1994. p. 14-15

cosas y animales (por si mismos) carecen de relevancia para el Derecho penal. Esto pues lo que pretende esta rama del Derecho es, en definitiva, motivar en un determinado sentido. Es por esto que el concepto de acción relevante penalmente ha de estar necesariamente relacionado con el actuar del hombre.

Con esto no hemos dicho mucho sin duda, porque se podrá comprobar fácilmente que las tesis que se enjuician suponen la actuación de individuos. Esto es así, pero las actuaciones de estos individuos pasan a un segundo plano, pues pierden en la mayoría de los casos, su significación como acciones propias del individuo. Sus acciones en el ámbito de la empresa pasan a ser acciones de la empresa. En este sentido, Tiedemann (y Zúñiga R.) como ya se vio, y Hirsch, aunque este último observa que las actuaciones del individuo se desdoblan en dos ámbitos: el propio y el ajeno. Es decir, las acciones del órgano, son acciones propias de los individuos y también de la empresa.

Esto último resulta por entero acertado. Esto pues efectivamente las acciones de los individuos que integran el ente (órganos si se quiere), deben tener relevancia para el ente, en razón de que por incapaz de actuar por si mismo, necesita valerse de acciones humanas para expresarse en aquel ámbito para el que se le ha reconocido normativamente capacidad de acción. Las actuaciones de los individuos autorizados para aquello, representaran la voluntad del conjunto, pero esta voluntad se suscribirá a aquel ámbito para el cual se reconoce esta ficción, pues resulta impensado que se pueda otorgar mandato para cometer ilícitos. Tampoco resulta lógico pensar que por la actividad delictiva de un determinado sujeto deban ser castigados otros, sin siquiera analizar si han tenido participación.

Entonces, esta voluntad individual que se exterioriza, también tendrá significación respecto de sujeto cuando producto de aquella, se cometa algún

determinado delito. Evidentemente puede que por la comisión del delito, el ente se vea en la obligación de responder, pero tal responsabilidad será meramente reparatoria en estos casos. Además puede imputársele algún tipo de infracción administrativa. En estos dos últimos casos, la determinación de estas responsabilidades se ajustará a las normas que la regulen, cuestión ajena al Derecho penal.

Ahora, el concepto de acción que propone Jakobs resulta interesante, pero excesivo para el Derecho penal. Esto pues más bien supone un modelo de acción para todo el ordenamiento jurídico en general. Como hemos ido comprobando, solo nos encontraremos frente a una acción relevante para el Derecho penal cuando dicha acción se pueda predicar de un individuo humano. No importa si usted adhiere a un concepto causal, final, o funcional de acción, siempre que este concepto pueda predicarse de un individuo humano.

Si se fija usted bien, incluso para Jakobs será imposible desatender que en definitiva detrás de la actuación de un ente colectivo, está la actuación de entidades psico físicas. Su evitabilidad individual de la producción de un resultado efectivamente puede predicarse de una persona jurídica, pero se observara que la evitación siempre se debe a la abstención de determinados individuos del grupo. Solo normativamente puede señalarse que quien evitó es la persona jurídica o el ente. Mas adelante cuando analicemos la pena penal veremos por que estos criterios normativos deben ser desechados (ya señalamos que solo desde la perspectiva de los principios estas construcciones deben ser desechadas).

Ahora, respecto de la culpabilidad podemos decir lo que sigue.

En el capítulo primero de este trabajo se señaló que por el principio de culpabilidad nadie puede ser sometido a una pena sin que su respecto concorra dolo o culpa.

Desde el principio de culpabilidad nada podría objetarse cuando se pretende sancionar a una persona jurídica, y se ha comprobado que la persona jurídica ha obrado con dolo o culpa (evidentemente que dichos conceptos tendrán una configuración especial para la persona jurídica). El problema aparecerá respecto de cada uno de los individuos del conglomerado, pues si se pretende que la sanción los perjudique, y dicho perjuicio resulta de gravedad tal, que resulte análogo a una pena penal, nos encontraremos frente a una violación del principio, en tanto se sanciona a aquellos sin comprobar si a su respecto concurrió dolo o culpa. Dejaremos esto por ahora, pues en la sección destinada a la pena volveremos a esto.

Ahora, en este apartado, analizaremos la culpabilidad propiamente tal. La culpabilidad (en este sentido), como señala Cerezo Mir, es la reprobabilidad personal de la acción típica y antijurídica.²³⁶ Este resulta ser un concepto más bien formal, por lo que no se indica cual el es fundamento de la reprochabilidad. Existe hasta hoy en día, considerables diferencias de opinión en torno a los cuales son los elementos de la culpabilidad.

Según la opinión dominante (en España y Alemania por lo menos), el fundamento de la reprochabilidad se haya en la capacidad del sujeto para obrar de otro modo. Se trataría de culpabilidad de la voluntad. Solo si el sujeto podía haber adoptado, en lugar de la resolución de voluntad de llevar a cabo la acción típica y antijurídica, una resolución de voluntad diferente, ha obrado

²³⁶ Cerezo Mir, José. “Derecho penal”. Parte general-Lecciones. Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000. p. 22

culpablemente. Sin embargo este concepto ha entrado en crisis por considerarse que es imposible la comprobación empírica de si el delincuente, en la situación concreta en que se hallaba, podía haber actuado de otro modo.²³⁷ Ya señalamos más atrás que por la naturaleza de este trabajo, no podemos referirnos a la cuestión del albedrío, aunque creemos que las consideraciones de Shünemann a este respecto habrían de ser útiles en extremo. Señala que la libertad de voluntad es parte de la realidad social, constituida previamente por el lenguaje. Es construcción de realidad social que no puede ignorarse. No se trata de una ficción, es más bien un producto de la evolución, de la conciencia del hombre y de su desarrollo. En este entendido, la libertad de voluntad existe, está en lo cotidiano, en nuestra interacción social y en el lenguaje.²³⁸

Sea cual sea el concepto o el contenido material que se le asigne a la culpabilidad, se la estima necesaria toda vez que se quiera sancionar a un determinado sujeto. Por esto es que se rechaza la posición de Shünemann cuando para fundar la responsabilidad de las personas jurídicas, elimina esta categoría, y la reemplaza por el criterio de la necesidad del bien jurídico. Esto supone de inmediato, una suerte de responsabilidad objetiva, inaceptable en Derecho sancionatorio en general.

La categoría de la culpabilidad no puede ser entendida al margen del principio de culpabilidad, pues en definitiva, esta categoría tiene por función garantizar el principio. Si usted elimina esta categoría, o la reemplaza por criterios meramente preventivos, se estará instrumentalizando al individuo (en la terminología de Kelsen), cosa que resulta inaceptable desde la perspectiva de las garantías constitucionales.

²³⁷ Cerezo Mir, José. Op. cit. p 24

²³⁸ Schünemann, Bernd. "Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio". Madrid, Editorial Tecnos, 2002. p. 34 y ss.

Roxin, uno de los máximos exponentes del funcionalismo, señala que los presupuestos de la responsabilidad jurídico penal son, entre otros, la culpabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad, y la normalidad de la situación en la que se actúa, que falta en determinadas formas de peligro y de exceso en la legítima defensa.²³⁹ Señala este autor que la responsabilidad depende de dos datos que deben añadirse al injusto: de la culpabilidad del sujeto y de la necesidad preventiva de sanción penal. El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico penal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho. Una actuación de ese modo culpable precisa en el caso normal de sanción penal también por razones preventivas.²⁴⁰

Se podrá observar en el autor, que la necesidad de prevención entra a la teoría del delito pero no se suprime la categoría de la culpabilidad. No podría ser de otra forma, pues solo con esta categoría se tiene en cuenta al sujeto, se respeta al individuo. De hecho esta es la principal crítica que se le puede dirigir al funcionalismo de Jakobs, pues al reemplazar la categoría por criterios meramente preventivos, termina eliminando la garantía que representa para el individuo tal elemento de la teoría del delito.

Pues como se ve, sin importar que al referirnos a la culpabilidad estemos suponiendo un determinado reproche al individuo, o a criterios preventivos, es condición mínima de legitimidad (desde los principios) que esta categoría incorpore al individuo y se le considere individualmente, como ser digno y

²³⁹ Roxin, Claus. "Derecho Penal". Parte general, tomo I. Madrid, Civitas, 1997. p 791

²⁴⁰ Roxin, Claus. Op. cit. p. 792

capaz. Por todo esto, es que la posición de Roxin parece en principio mucho más razonable que la de Jakobs.

Vimos que para Jakobs la función de la culpabilidad es la de servir meramente de fundamento para la aplicación de una determinada pena, y en base a tal fin, debe construirse su contenido. Esto supondrá en definitiva, que el individuo quedara relegado meramente a las decisiones que un determinado gobierno adopte en materia de política criminal. Pasara a ser un instrumento de la ideología de turno.

Ahora, podrá observarse que a excepción de la posición de Jakobs, que es seguida por Bacigalupo S., todas las tesis de culpabilidad que se han analizado en este trabajo, tienen que recurrir necesariamente a la culpabilidad de la persona física que se encuentra detrás de la persona jurídica. Solamente los individuos pueden actuar culpablemente, por lo que si se quiere hacer responsable a la persona jurídica, se le debe imputar la culpa de otro. No parece racional una cosa así, ni aun debería serlo para los defensores de las tesis en cuestión, pues si se fija usted, muchas veces se señala por aquellos autores que las empresas (estas entidades en general) son verdaderos individuos, que funcionan con independencia de las personas que las integran (es evidente por cuanto estas personas son por entero fungibles según ellos). Entonces, si son individuos independientes y realidades dignificables, ¿porqué imputarles como culpabilidad propia, aquella culpabilidad de ciertos individuos que se alejan de los fines lícitos para los que fue creada la propia empresa?

Una última consideración me merece la posición de Tiedemann. Vimos que este autor propone una culpabilidad que denomina “culpabilidad por defecto de organización”. Se dijo que se ha tratado de justificar que esta culpabilidad no supone una culpabilidad por el hecho de otro, sino que se trata de una

culpabilidad de la propia persona jurídica. Para esto, veíamos, los hechos de contacto (hechos individuales) deben ser considerados como hechos propios de la empresa y no de los individuos, y esto porque la agrupación, a través de sus representantes y órganos, ha omitido la adopción de medidas de precaución que son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad relativa al tráfico de la empresa. Pues bien, a esta construcción se le puede oponer el que, en el fondo, de lo que se trata es de una culpabilidad por el hecho ajeno, porque, como señala Gracia Martín, sic. “La responsabilidad de la agrupación se bastaría en la imputación del hecho culpable de otro a la misma y entonces no estaríamos en presencia de una culpabilidad de la propia persona jurídica²⁴¹ Señala Gracia que esta objeción quiere salvarla Tiedemann mediante el recurso de concebir la culpabilidad por un defecto de organización como modalidad de culpabilidad por un hecho anterior. Así, el defecto de organización de la empresa, es decir, la omisión de la adopción de medidas de precaución para evitar la comisión de delitos en el ejercicio de la actividad de la empresa, sería el hecho fundamentador de la culpabilidad de la propia persona jurídica, del mismo modo que en los casos de *actio libera in causa* o en el delito de realización de un hecho punible en estado de embriaguez, la culpabilidad y la pena se fundamentan no en el hecho propiamente lesivo realizado en situación de ausencia de culpabilidad, sino en la reprochabilidad por un hecho anterior consistente en haber descuidado la adopción de medidas de precaución para evitar la realización de tales hechos delictivos. De lo anterior resulta (según Tiedemann) que con el concepto de culpabilidad por un defecto de organización se puede fundamentar una culpabilidad de la propia persona jurídica. La razón es que las medidas de precaución omitidas y los deberes que así se infringen consisten respectivamente en medidas y deberes de vigilancia, de control y de organización que obligan a la misma agrupación

²⁴¹ Gracia Martín, Luís. “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas”. En: Mir Puig, Santiago, y Luzón Peña, Diego-Manuel. Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto. Barcelona, Bosh Editor, 1996. p.37

como tal agrupación. Por todo ello, la lesión de tales deberes es lesión de deberes de organización propios de la persona jurídica. A esto se le replica (por Gracia Martin), que los deberes de vigilancia, de control, y de organización que incumben en el plano abstracto al sujeto de la actividad a la que aquellos se refieren emanan de normas de determinación y solo pueden concretarse en deber de acción en un sujeto con capacidad de acción, es decir, en personas físicas titulares del órgano y que ejercen la representación de la persona jurídica. La culpabilidad por un defecto de organización también presupone la realización de un hecho típico, de lo contrario se estaría admitiendo la posibilidad de culpabilidad sin antijuridicidad. En opinión de Gracia, la infracción de deberes de organización no puede ser una cuestión de culpabilidad sino de antijuridicidad (injusto). La infracción de tales deberes es precisamente lo que, a su juicio, constituye el hecho antijurídico, que únicamente pueden realizar las personas físicas titulares del órgano y que ejercen representación, y que solo a estas le puede ser reprochado con arreglo a los criterios de la culpabilidad individual. La infracción de los deberes relativos a la organización de la empresa se inscribe en el ámbito de la contrariedad a la norma objetiva de cuidado. Pero la cuestión de la infracción nos remite (continúa) de nuevo al problema de la capacidad de acción y del destinatario de las normas de determinación. Por todo esto le parece (a Gracia Martin), que no es posible fundamentar una culpabilidad de las personas jurídicas.²⁴²

Comparto sin reservas lo señalado por el autor, y le agrego el tema de la incompatibilidad constitucional de las soluciones propuestas (que de todos modos son la base de las apreciaciones del autor).

²⁴² Gracia Martin, Luís. Op. cit. p. 68 -69

IV- SOBRE LAS SANCIONES A LAS COLECTIVIDADES Y ALGUNAS CONSIDERACIONES DE POLITICA CRIMINAL

Sin duda alguna, el tema de la sancionabilidad de las colectividades ha de centrar la atención del lector, pues en variadas oportunidades se ha señalado que resulta inaceptable su punición, y que si es posible sancionarlas de algún modo, tal facultad del legislador será más bien limitada.

De manera muy resumida explicare mi posición a este respecto: El Derecho penal tiene como función la protección de bienes jurídicos frente a los ataques más graves que se puedan imaginar. Es un Derecho de ultima ratio pues solo debe actuar en aquellos casos en que no es posible atender con otras herramientas a la protección de esos valores que se estiman fundamentales. En este afán de prevención, el Derecho penal se vale de la amenaza de una consecuencia negativa para aquel que dañe o pretenda dañar lo que se protege.

Como señala Roxin, la pena y la medida de seguridad son el punto de referencia común a todos los preceptos jurídico penales, lo que significa que el Derecho penal en sentido formal, es definido por sus sanciones. Si un precepto pertenece al Derecho penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones –pues eso lo hacen también múltiples preceptos civiles o administrativos-, sino porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad. Señala este autor, que para comprender el moderno Derecho penal es decisiva la diferencia entre sus dos consecuencias jurídicas, que, prescindiendo por el momento de todas las cuestiones polémicas sobre la función de las penas y medidas y formulándola del modo mas conciso, consiste en lo siguiente: toda pena presupone culpabilidad del sujeto cuando cometió un hecho en el pasado, y en cambio toda medida de seguridad

presupone una continuada peligrosidad del sujeto para el futuro. Para el autor en comento, la denominación generalmente acuñada de “Derecho penal” es errónea. Más exactamente debería llamarse Derecho penal y de medidas (sistema dualista o de doble vía) ²⁴³

De lo que se dice por el autor se puede concluir fácilmente que es propiamente penal todo aquello sancionado con pena penal o medida de seguridad. Esto es así, y con esto no se dice nada respecto del fin del Derecho penal, que como señala Bullemore G., es de protección, aunque se discuta que es lo que realmente se protege. Estas cuestiones deben permanecer ajenas a nuestra discusión, pues exceden por largo lo que se pretende con este trabajo. No nos referimos por ejemplo a si el fin del Derecho penal es la prevención (general o especial) o la retribución. Tampoco resultará relevante el tema la que función le cabe al Derecho penal (que como señala Ferrajoli²⁴⁴ es distinto a lo que debe entenderse por fin de la pena; véase en este mismo sentido a Bullemore G.²⁴⁵). Esta demás decir que entiendo que la función del Derecho penal se corresponde a la de las teorías de la pena. De modo que cuando se dice que la función de la pena es la retribución del mal causado, se estará diciendo que la función del Derecho penal es la retribución.

Ahora, sea cual sea a función que se le asigne a pena, esta debe ajustarse a ciertos requerimientos sociales mínimos, y que se suelen plasmar en las cartas fundamentales. Estos requerimientos vienen dados por la racionalización del mal que supone la pena, y de la evolución del concepto de ser humano. En esta evolución se ha llegado a una suerte de consenso, de que sin importar el sistema de organización estatal, el respeto al individuo humano debe guiar el ejercicio de toda soberanía. Estos consensos se han plasmado como ya se

²⁴³ Roxin, Claus. “Derecho Penal”. Parte general, tomo I. Madrid, Civitas, 1997. p 42

²⁴⁴ Ferrajoli, Luigi. “Derecho y razón”. Quinta edición. Madrid, Trotta, 2001. p. 321 y ss.

²⁴⁵ Bullemore Gallardo, Vivian, y Mackinnon Roehrs, John. Op. cit. p. 113

señaló, en las cartas de derechos fundamentales. La medida de respeto que se deba al individuo variará de acuerdo al reconocimiento material de los derechos contenidos en esos consensos, a los individuos que integran el grupo. A mayor sea el respeto a tales derechos, mayor será la legitimidad del régimen de que se trate. Ahora, para los sistemas democráticos de Derecho, el respeto y promoción de tales derechos ha de ser su fin.

Entonces, sabemos que el Derecho penal supone la aplicación de males; así históricamente se ha venido configurando, y por esto, el Derecho penal debería ser entendido como el Derecho de administración de males. Pero este mal no se aplica porque sí, sino que debe tener como causa la lesión (o puesta en peligro) de un determinado valor que se estima como fundamental, o que es muypreciado por la sociedad. A esta lesión (o puesta en peligro del valor, que se denomina comúnmente bien jurídico) se enlaza una consecuencia que se estima legítima bajo ciertos parámetros. He aquí precisamente donde aparecen los principios que le son propios al Derecho penal. Estos tienen por fin racionalizar la aplicación de este mal, de manera tal que la lesión que produce tal mal, pueda ser estimada como legítima. Sin duda, uno de los principios más importantes es el de la culpabilidad, a tal punto, que no se discute que sin culpabilidad no hay delito, y ya se sabe que sin delito no hay pena.²⁴⁶

El concepto de delito viene a sintetizar este proceso de racionalización de la aplicación del mal, por lo que no es posible su interpretación al margen de los principios. Pretender que el delito no es más que un conjunto de elementos a valorar, y que las valoraciones de aquellos pueden (y deben) acomodarse sin más a los caprichos de la autoridad de turno, supone borrar de un plumazo la

²⁴⁶ Künsemüller Loebenfelder, Carlos. “Culpabilidad y pena”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001. p. 17

evolución de las sociedades democráticas hacia el humanismo, reflejada en la elaboración de esta importantísima herramienta.

Ahora, al margen de lo que pueda señalarse (sobre todo por los funcionalistas), la pena supone un reproche personal, que acarrea una serie de consecuencias negativas para el sujeto. Hart ha señalado cuales son las características de la pena (de lo que se ha ido moldeando como pena en el ámbito conceptual), y son:

1- La pena debe implicar sufrimiento u otras consecuencias consideradas normalmente no placenteras (como la privación de un derecho, como señala Cobo del Rosal. Op. cit. p 722)

2- Debe ser impuesta a causa de la violación de la Ley.

3- Debe ser inflingida a un presunto o actual violador de la Ley y a causa de la violación de la Ley.

4- Debe ser administrada conscientemente por personas distintas al reo.

5- Debe ser impuesta y administrada por una autoridad constituida según el sistema legal contra el que se realizó la trasgresión.²⁴⁷

Pues resulta que aquella amenaza grave de lesión de intereses del individuo debe ser administrada con estricto respeto a los principios (que para nuestro caso se encuentran recogidos en nuestra carta fundamental), y resulta ser que uno de aquellos principios es el de la culpabilidad (en los términos ya estudiados). Ya señalamos que sin importar que teoría de la pena se siga, esta

²⁴⁷ Hart, H.L.A., citado por Cobo del Rosal. Op cit. p. 721

no es más que la consecuencia del delito. La pena en definitiva, expresa y concreta la reprobación y el reproche que se dirige al autor por la infracción de la norma, y lo hace mediante el mal en que consiste, que a su vez supone castigo por el injusto culpablemente realizado²⁴⁸.

El aspecto retributivo de la pena no puede dejarse en el olvido, pues aun en las tesis funcionales, la retribución tiende a aparecer al momento de la determinación de la cuantía de la pena. Resulta imposible medir de otra forma, si se pretende ser respetuoso de la dignidad de los individuos.

Usted podrá observar que todo lo que se ha dicho resulta compatible incluso con las tesis funcionales que se han enjuiciado.

Ahora, entrando de lleno en el tema que nos convoca, ¿es posible la punibilidad de las personas jurídicas? (enfocaremos el tema desde la sanción más típica que se propone: la multa; mas adelante haremos un comentario sobre las otras sanciones que se proponen)

A estas alturas se hace evidente que no, y esto por dos razones. La primera, porque no es posible aplicarles una pena en sentido penal. Esto pues como se vio, la aplicación de la pena supone el reproche por la realización de un delito, que a su vez supone la capacidad del sujeto de haberse abstenido de su comisión, que a su vez supone su capacidad de ajustar su conducta a la norma (que subyace al tipo del delito), y que supone que tal sujeto podía comprender y ajustarse al mandato de la norma. Pues bien, ninguna de estas cosas se puede dar en la entidad colectiva por si misma, sino que requiere de la voluntad de sus integrantes para todo aquello.

²⁴⁸ Cobo del Rosal, M. Vives Antón T. Op cit. p. 723

Pero dijimos que normativamente es posible atribuir capacidad a la persona jurídica, entonces desde esta perspectiva ¿es posible su punición? Pues he aquí la segunda razón de tal imposibilidad: porque al aplicar la pena a la colectividad puede pasar una de estas dos cosas: 1- Que la empresa absorba la sanción a través de los costos, cosa que ocurrirá comúnmente cuando se trate de empresas de gran tamaño y complejidad. Estas empresas suelen tener hoy en día posiciones de mercado muy sólidas y en ciertos casos monopólicas, por lo que estas penas (multas obviamente) serán traspasadas a los consumidores de sus productos y servicios. Así mágicamente, todos terminamos pagando por la empresa (veremos en el siguiente apartado, como incluso pueden limpiar su imagen). En este entendido, no se cumple con la primera característica de la pena penal: ser un mal relativamente grave. 2- Que la sanción sea traspasada a los integrantes de la empresa (o a los accionistas, solución por lo demás propuesta por Zúñiga L.). En este caso, si con ese traspaso se produce una lesión grave en los intereses de los individuos, de manera análoga como lo haría una pena penal, dicha solución resultara inconstitucional si no se analiza la participación y culpabilidad de cada individuo que se verá afectado por la sanción (resultará en violación flagrante del principio de personalidad de las penas, existirá respecto de los individuos no culpables, una suerte de responsabilidad objetiva). Ahora, si la multa (sanción) no resulta tan grave, podrá dudarse inmediatamente de que se trate de una pena propiamente penal pues faltarán todavía una par de cosas que caracterizan a la pena: el reproche individual por la culpabilidad, y la gravedad.

He aquí el punto central de la tesis que defiendo; creo que es posible sancionar (ya en sentido técnico) a las colectividades, siempre que esa sanción no sea de tal magnitud que suponga para los individuos que la integran, una cuasi pena penal. Será posible sancionar a la colectividad por fuera del Derecho penal, aunque la sanción debería ser mas bien moderada para evitar

convertirse en algo con tintes de expropiatorio (cuestión propia del Derecho penal). En este sentido, no puedo sino estimar que las sanciones extraordinarias (todas aquellas que no tengan fines meramente reparatorios) a los entes colectivos, son mas bien ilegítimas.

Ahora, no se piense que esta solución pretende tender un manto de impunidad sobre las colectividades en que se delinque; muy por el contrario, de lo que se trata es que cada vez que en el seno de estas colectividades se cometan delitos, se busque a quienes los cometieron y participaron en ellos, y se les haga responder de acuerdo a las reglas generales. Estos sujetos que delinquen han de responder como cualquier persona que, sin tener parte en una estructura compleja, ha lesionado idéntico bien jurídico. Se busca que a igual injusto, igual penalidad.

Ahora, las soluciones que se proponen desde posiciones funcionalistas resultan en el mal que precisamente tratan de prevenir: esto es, la impunidad de la criminalidad empresarial. Esto porque se deja en las manos de la propia empresa la solución de la sanción: ella determinara si la absorbe o si la pasa a los consumidores de sus productos o servicios. Es decir, queda en sus manos el determinar de que forma la sanción le ha de afectar menos, o simplemente a no afectar (esto no es posible cuando se trata de una pena penal). Incluso no puede dejarse de notar, que ante la inminencia de la aplicación de una multa (que los cultores de las tesis en cuestión señalan como pena penal) la empresa podría llegar a disolverse para burlar la sanción, cuestión ya anotada por Hirsch, lo que resulta en una objeción difícil de salvar para estas tesis criticadas.²⁴⁹

²⁴⁹ Hirsch, Hans Joachim. Op cit. p 1124

Respecto de las otras sanciones posibles a las colectividades, como la de privación de ciertos derechos, a que hace referencia Bacigalupo S. me remito a lo que señala precedentemente, pues por el contenido económico de tales privaciones, la situación será análoga a la de la multa. Ahora, y respecto de la disolución de la empresa, se puede señalar que tal cuestión jamás va a poder ser entendida como sanción a la empresa misma, sino que evidentemente es sanción para los individuos que tienen parte en aquella. Es de estimarse que la disolución de la entidad solamente será posible en aquellos casos en que evidentemente se ha conformado para fines ilícitos (la sanción será una especie de nulidad del acto o contrato que le da nacimiento, por tanto, sanción civil), y en todos aquellos casos en que la peligrosidad de la cosa (en que consiste la corporación) lo haga necesario.

Hemos señalado que en Derecho administrativo es posible sancionar a las colectividades, y esto es porque al Derecho administrativo también le incumbe la protección de bienes jurídicos, solo que operara más atrás, es decir, cuando se trate de lesiones menos graves, que no ameritan la actuación del Derecho penal.²⁵⁰ Señala Nieto García, que, sic. “Lo que legitima en definitiva la participación social (en la persecución de las infracciones administrativas), es la naturaleza de los intereses fundamentalmente protegidos por la normas sancionadoras, que no se refieren de ordinario a bienes individuales sino a intereses (y en su caso, a bienes) colectivos, generales y públicos. Los daños producidos en los bienes individuales están cubiertos por el instituto de la responsabilidad: el perjudicado puede reclamar directamente el importe de los daños causados. En cambio, cuando se trata de intereses y bienes generales, lo importante no es la indemnización del daño causado (que podría lograrse a través de un titular habilitado al efecto: concretamente una Administración

²⁵⁰ En este sentido, Zúñiga L. Op. cit. p 193 y Bacigalupo S. p. 231 y ss. Coincido en este punto con las autoras.

Publica) sino la evitación de que se produzca.”²⁵¹ Es decir, al Derecho administrativo sancionador le importa la protección de bienes jurídicos, del mismo modo que al Derecho penal. Al Derecho administrativo, como señala el autor, le interesa que no se produzca el daño, y para ello suele adelantarse prohibiendo el riesgo.

Ahora, el porqué es posible sancionar a las colectividades en esta rama del Derecho encuentra su explicación en lo que ya se ha señalado: porque en esta rama del Derecho operan otros principios (propios del Derecho administrativo), que permiten una mayor laxitud a la hora de juzgar comportamientos dañosos. No se piense que por esto pueda sancionarse a diestra y siniestra, pues el legislador administrativo se vea el la necesidad de respetar una serie de principios constitucionales que serán limite natural a su actuación. Piénsese que no será posible llegar a establecer sanciones de carácter expropiatorio, o sin considerar la participación de la entidad, o sin limitar la sanción a culpabilidad del ente. La construcción del sistema de responsabilidad administrativo aún esta abierto, pero de lo que no cabe duda es que tal sistema tendrá una función análoga a la del sistema de responsabilidad penal.

Así, en el Derecho sancionador administrativo pueden tener cabida criterios de imputación a la colectividad como los de infracción al deber de vigilancia, la culpa por la elección del personal, etc. Podrá tener cabida allí la imputación por el hecho ajeno, (responsabilidad por el hecho ajeno), la sanción del peligro abstracto etc. Todo esto se podrá explicar porque las sanciones de Derecho administrativo son (y deben ser) de menor entidad que las penales.

Todas estas ideas están presentes en nuestro Derecho, y se evidencian cada vez que se recurre a los tribunales de justicia para reclamar de

²⁵¹ Nieto García, Alejandro. “Derecho Administrativo Sancionador”. Madrid, Tecnos, 2000. p. 35

determinadas sanciones impuestas por la administración, por estimarse que tales sanciones tienen más bien naturaleza penal, y son impuestas sin el respeto de las garantías que tal sistema otorga.²⁵²

La idea es que se establezca en definitiva un sistema sancionatorio orgánico, con estructura dogmática propia, que permita dar cabida a las inquietudes de los juristas penales. No parece adecuado insistir en llevar al Derecho penal soluciones que vienen a distorsionar el sentido y la orientación de tal ciencia (ciencia que debe preocuparse de orientar a la autoridad, para prevenir el abuso de su potestad punitiva). No nos podemos extender más en este punto, porque explicar un sistema como el que se propone requeriría de un profundo estudio, cosa que excede por largo nuestras pretensiones

Ahora, volviendo a lo que nos interesa más, puede decirse que el Derecho penal es, y ha sido siempre, un Derecho sancionador, de inflicción de un mal (es la esencia de su concepto), con independencia de para qué fin. Entonces, otras consecuencias del delito, como la obligación de reparar el daño causado (a que se refiere Zúñiga R.), y que se señala como alternativa a las penas tradicionales (de castigo), son absolutamente ajenas al Derecho penal. Pretender que la reparación de la víctima es una sanción penal, resulta absolutamente contrario intuitivo y perturbador, pues estas consecuencias del delito (que se denominan civiles) ya existen, tienen presupuestos propios (bastante más laxos que los penales), y sus fines son diversos a los del Derecho penal (aunque no se niega que desde la perspectiva de la prevención puedan aportar en algo, este más bien es un efecto secundario a la reparación, que siempre resulta en sanción civil)

²⁵² Sobre este punto véanse los requerimientos y fallos del tribunal constitucional relativos al principio de legalidad y derecho administrativo sancionador. Gaceta Jurídica, febrero 2007, N° 320. p. 93

Entonces pareciera que todo el asunto se circunscribe al tema del efecto simbólico del Derecho penal. Esto pues de lo que se trata es que ciertas sanciones que están por fuera de esta rama del Derecho puedan ser integradas al sistema penal con la finalidad de que adquieran el apellido de sanción penal. Con esto se conseguiría una suerte de desvaloración social adicional al padecimiento de tal sanción. Eso puede ser así, pero tal trasvasije de las sanciones del Derecho sancionador general al Derecho penal, no puede operar automáticamente pues, para que esta nueva sanción que se integra al sistema penal sea legítima, debe acomodarse a las exigencias propias del ramo. Además queda por analizar la conveniencia de cuestión tal, pues un excesivo traspaso puede terminar desnaturalizando al Derecho penal, y debilitando su efecto simbólico (si a cualquier cosa se le llama sanción penal, en algún momento el desmerecimiento social que acarrea, que trae consigo la pena tendera a mitigarse, a suavizarse).

Así, en este orden de cosas, cuando señalábamos que la multa puede ser sanción penal, nos referíamos a aquellos casos en que esta resulta en castigo, retribución, o consecuencia negativa del actuar individual y culpable de determinadísimo sujeto. Tal sanción le deberá significar un importante detrimento patrimonial al individuo (más allá de la mera reparación) y deberá valerle además el desmerecimiento social. Solo en esa medida estaremos hablando de una sanción penal propiamente tal.

De todo esto se evidencia que una sanción (con significación pecuniaria) a la colectividad carecerá de las notas propias de la sanción penal. Además pretender alargar a ella el efecto difamador que trae aparejada la sanción puede llevar a debilitar tal efecto para las demás sanciones penales propiamente tales.

Si se piensa en las empresas multinacionales y otras altamente complejas, a que se hace insistente referencia como factores criminógenos, podrá observarse que debido a la complejidad de su organización, fácil resultara desprenderse del efecto difamatorio a que se hace referencia: bastara la determinación de la responsabilidad reglamentaria interna en la empresa, el despido y sanción de algunos sujetos (administradores, operarios, etc.), y la publicidad de tales medidas. Con esto, se obtiene un efecto de lavado de imagen de la propia empresa. Ahora, no es imaginable que los cultores de las tesis reseñadas pretendan lo primero aunque no lo segundo; esto resultaría prácticamente en una delegación de administración de justicia inaceptable.

Entonces, por ultimo, también discrepamos con Hirsch cuando señala que (y muy relacionado con la prevención general) la sanción a la colectividad dará la tranquilidad a los ciudadanos de que se hizo justicia (en su sentido coloquial) en el caso concreto. Pues bien, una afirmación de este tipo resulta muy engañosa y puede estar alejada de la realidad; ¿será posible que con la imposición multa, por grande que sea esta, las personas de la calle piensen que se hizo justicia en aquellos casos en que por ejemplo, por el envenenamiento de un río murieron cientos de personas (o incluso solo una)? Si usted se fija, en los casos de la colsa, o del spray de cuero, existía la sensación de que alguien tenía que responder penalmente (en el sentido que se defiende), por lo que no cabe duda que si en tales casos solo se hubiese sancionado a la empresa (sanción pecuniaria), la sensación de injusticia hubiese cundido, y por tanto también, el desprestigio del propio sistema penal. El que usted le ponga como apellido a la multa pecuniaria la expresión de penal, nada agregará a la cuestión. Resultara meramente en un fraude de etiquetas.

V- BREVE EXPOSICION DE LO QUE SE PROPONE

1- CUESTIONES GENERALES

De lo que va corrido de este trabajo se podrá intuir la solución que ha de darse a la cuestión de la criminalidad en el seno de entidades colectivas.

Si es imposible establecer la responsabilidad de las personas jurídicas (colectividades en general), y si algo debe hacerse para atajar la rampante criminalidad a que se refieren los cultores de las tesis que se enjuician, la solución será, sin duda, el atacar la base del problema, esto es, las actitudes criminales de algunos individuos que, ya sea se valen de la estructura empresarial (de fines lícitos) para cometer ilicitudes en general, ya sea que dichos sujetos conformen estas estructuras para encubrir sus actividades delictivas (así por ejemplo, el lavado de activos).

Digo que esta es la única solución plausible si se quiere atacar verdaderamente el problema que subyace a este tipo de delincuencia, y se quiere ser consecuente con los principios, como ya se evidenció en los apartados que anteceden.

Volveré a insistir, que el perseguir solo a aquellos individuos que delinquen a través de estas estructuras resulta ser la única solución legítima para todo Estado que se precie de ser Social y Democrático de Derecho. Esto pues como se ha evidenciado suficientemente, la valoración de las conductas empresariales (de órganos y representantes), como conductas que le deben ser imputadas en todo ámbito a la entidad misma, con prescindencia de los individuos la integran, puede suponer la vulneración de principios garantizados por la constitución. Incluso desde la perspectiva de la igualdad material, resulta aún

mas ilegítima la solución que se propone desde tesis funcionalistas; digo esto pues si usted se fija, en la gran mayoría de los casos, a determinada lesión de un bien jurídico, la sanción a aplicar será dispar dependiendo de quien intervenga en ella. Así, si por ejemplo un individuo da muerte culpablemente a otro, de seguro se le sancionara con algún tipo de pena privativa de libertad; en cambio, si un grupo de individuos organizados como empresa provocan el mismo resultado, con el esquema de la responsabilidad de la entidad, serán sancionados con multa, o en el peor de los casos, la disolución de la empresa (todo esto sin contar de que esta solución es feble desde los principios como se vio). Una cosa así debe, por tanto, ser rechazada enérgicamente pues tal cosa supondría un retroceso a aquellas épocas de privilegios injustificados y discriminatorios.

También debe dejarse de lado la punición (que a mi entender, no es posible) de la entidad como algo agregado a la sanción de individuos determinados, porque aquello puede traer implicancias desde el *non bis in idem*, en el entendido de que por mismo injusto, se puede llegar a sancionar doblemente al mismo sujeto.

Aclarado lo anterior, en lo que sigue, analizaremos someramente los principales intentos de solución del problema desde su raíz; esto es, aquellas tesis que plantean buscar a los individuos que delinquen utilizando las estructuras empresariales y sociales en general. Algunas son cuestionadas, pero significan, sin duda, valiosos intentos de abordar el tema como se debe.

Ahora, no es posible que compartamos con Zúñiga R., el que estas soluciones supongan desfigurar las categorías dogmáticas de la omisión, posición de garante, etc., sino que muy por el contrario, suponen el

perfeccionamiento de estas figuras a fin de adaptarlas a los tiempos, como ha ocurrido con las categorías del delito en general.

En fin, podrá observarse que alguna de las soluciones que se presentan, son perfectamente compatibles entre si, por lo que será posible su implementación conjunta.

2- DELITOS DE OMISION

El establecimiento de delitos de omisión (propia o impropia) resulta como uno de los primeros intentos de llegar a aquellos sujetos que ocupan una posición de control en los sistemas organizativos (de carácter empresarial preferentemente).

Si bien existen muchos delitos basados en esta figura, conviene precisar y reformular tales intentos, a fin de evitar cuestionamientos.

Para la elaboración de estos tipos especiales (pues supondrán un deber que ha de ser cumplido por determinados sujetos que se señalan), habrán de fijarse el tipo de deberes que darán origen al deber de garante del individuo. En mi opinión, cada vez que un tipo señale, por ejemplo, que por tal daño debe responder el administrador o encargado de la empresa, se estará estableciendo un deber para ese sujeto, el deber de evitar la lesión del bien jurídico, lo que lo convertirá en garante de ese bien que se busca proteger con la norma.

Ahora, esta solución que puede ser criticada desde ya pues en muchos casos supondrá una suerte de responsabilidad objetiva, puede ser salvada

concretando los deberes de que se trata. La idea es que existan deberes determinados para estos sujetos, de modo que solo la infracción a esos deberes pueda acarrear la responsabilidad de tales personas (y siempre que exista lesión o puesta en peligro del bien jurídico evidentemente).

¿En que lugar se encontraran estos deberes? Sin duda debe tratarse de deberes positivizados, de manera tal que sean cognoscibles por los sujetos. En este sentido, un buen comienzo será el establecimiento de códigos de buena conducta empresarial; señala a este respecto Jaén Vallejo, sic. “Parece claro que el administrador tiene el deber de administrar bien, lealmente, no perjudicando el patrimonio ajeno cuya administración tiene encomendada, actuando, pues, en forma responsable. Sin embargo, la imprecisión de esta primera reflexión no permite aún dar una respuesta a la pregunta formulada. Sobre todo, no permite saber en qué casos el incumplimiento del deber por el administrador podrá llevar consigo una eventual responsabilidad penal.”²⁵³

Este autor señala que en el ámbito empresarial existen dos clases de deberes para los administradores: los deberes de diligencia y los deberes de lealtad. A juicio del autor, sólo el incumplimiento de estos últimos reúne el suficiente grado de intolerabilidad como para merecer una respuesta penal. Una falta de cuidado en la gestión, por no emplear el administrador los necesarios esfuerzos y la pericia que como tal le corresponden, podrá tener, sin duda, repercusiones, pero no parece que ello, por razones que derivan del principio de proporcionalidad, deba tener lugar en el ámbito penal, sino más bien en el ámbito privado o en el laboral. En cambio, una deslealtad por parte de aquél, consistente, por ejemplo, en anteponer sus propios intereses a los de los

²⁵³ Jaén Vallejo, Manuel. “¿Límites del derecho penal respecto de las irregularidades en materia de buen gobierno empresarial?” (en línea) http://www.carlosparma.com.ar/pdfs/Art_culoparala_UniversidaddelAconcagua%5B1%5D.pdf (consultado en: 5 de noviembre de 2007) p. 2

accionistas, causando un perjuicio patrimonial a la sociedad, sí reclama una respuesta contundente como la que ofrece el Derecho penal.²⁵⁴

Señala, y esto nos interesa, que en los últimos años en España y Europa en general, se han ido desarrollando una serie de códigos sobre buena conducta empresarial, con el objeto de evitar los abusos que se han ido cometiendo por controladores y gestores empresariales. Se han elaborado informes por comisiones de expertos a fin de concretar deberes para aquellas personas que acceden a cargos de administración. Así por ejemplo el informe de 26 de febrero de 1998 sobre “El Gobierno de las Sociedades Cotizadas, elaborado por la Comisión Especial para el Estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades, o el informe que elaboró la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad en los Mercados y Sociedades Cotizadas, o el Proyecto de Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, de 18 de enero de 2006, todos en el ámbito español. Estos informes contienen una serie de recomendaciones y principios para el buen manejo de la empresa (en el ámbito directivo). Recomiendan estos informes, el que se establezcan claramente los deberes de los administradores, en especial en lo relativo a la lealtad que le deben al instituto. El más importante de los tres, el Proyecto de Código Unificado, avanza aún más, al concretar una serie de deberes para los administradores, y la determinación de su eventual responsabilidad.

Estos códigos, que en general se refieren al ámbito financiero, pueden acoger otro tipo de deberes, por ejemplo del ámbito del Derecho ambiental, y del Derecho común en general. Esto permitiría contar con una importante fuente de deberes que permitan, una vez positivizados, ir definiendo ámbitos de

²⁵⁴ Jaén Vallejo, Manuel. Op. cit. p. 2

competencia para ciertos sujetos. Una cosa así, dará sustento a la irrupción de delitos de omisión, sin que se dude de su legitimidad.

En ese mismo orden de ideas, otra técnica de la que se vale el legislador penal para llegar a aquellos individuos que delinquen detrás por intermedio de la empresa, es la de tipificar y penar la adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados. Se trata de delitos especiales en que se requiere la actuación de un sujeto cualificado. La doctrina mayoritaria, siguiendo a Roxin, diría que lo que se sanciona en estos casos es la mera infracción de un deber.²⁵⁵ Sin embargo en mi opinión, en realidad son delitos de peligro, pues debemos entender que lo que pretende la norma que subyace a la prohibición de adopción de acuerdos ilícitos es evitar el peligro que se produce para el bien jurídico con tales convenciones, pues los acuerdos se ejecutan y en esa ejecución puede lesionarse dicho bien, que es al que se busca proteger en definitiva. No es dable pensar que el legislador castiga la mera desobediencia de sus súbditos; algo así resultaría en ilegítimo e inconstitucional a todas luces.

Ahora, puede cuestionarse esta anticipación del Derecho penal, pero lo que no puede discutirse es que el hecho de que el legislador prohíba la adopción de tales acuerdos supone el establecimiento del deber de abstención de la participación en la adopción esos acuerdos antijurídicos, lo que supone a su vez, que tales sujetos son garantes del bien jurídico protegido.

Rodríguez Montañés aborda este tema y aporta interesantes conceptos a la hora de afrontar los problemas dogmáticos que tal cuestión plantea. Estos dicen

²⁵⁵ No podemos estar de acuerdo con la distinción que hace Roxin entre delitos de dominio y delitos de infracción de un deber (delitos que son accesorios a deberes que proceden de otros sectores del ordenamiento jurídico). Digo esto porque a mi entender el injusto de los delitos especiales (que permitirían actuaciones en lugar de otro, y que según Roxin son delitos de infracción de un deber) no solo se conforma por el desvalor de acción, sino que también por el desvalor de resultado. Es decir, se requiere lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Véase en este punto: Gracia Martín, Luís, El actuar en lugar de otro en Derecho penal. Op. cit. p. 334

relación con el hecho de que las estructuras clásicas de la imputación penal están inspiradas en el principio de responsabilidad individual de la persona física que con su actuación causa resultados infringiendo deberes y en estos casos (de adopción de acuerdos antijurídicos) la situación es diferente. Observa dificultades en la constatación de la relación causal y de imputación objetiva entre la conducta del sujeto participante, y las eventuales consecuencias lesivas que se derivan de ese acuerdo. Otro grupo de problemas dice relación con la delimitación de los ámbitos de responsabilidad individual dentro del colectivo (¿cual es el deber que infringe? ¿Que le es exigible al sujeto individual? ¿Cuando responde? También y conectado con lo anterior se plantea la cuestión de la delimitación de las posibilidades de autoría y participación. También analiza cuestiones relacionadas con el *iter criminis*.²⁵⁶

Someramente se puede señalar de qué forma la autora da respuesta a alguna de estas cuestiones (lo referente al problema causal, y a la autoría en los supuestos de voto a favor).

Para responder las cuestiones planteadas, la autora parte de la consideración de que la capacidad de acción en los órganos de dirección, corresponde al órgano mismo, no a cada individuo en particular. Esta capacidad de acción es a la que nosotros hemos definido como normativa, y que solo tiene cabida en el Derecho común y para ciertos fines. Digo esto pues no debe pensarse que se trata de la misma capacidad de acción que interesa al Derecho penal, que es la capacidad de acción individual. Esto es evidenciado por la autora en cuestión cuando señala que la responsabilidad penal es estrictamente personal y cuando actúan varias personas, deben aplicarse las reglas generales que regulan la intervención de varias personas en un delito, y en base a ellas,

²⁵⁶ Rodríguez Montañés, Teresa. “Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos”. En: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal. Año IX, Buenos Aires, Ad- Hoc, 2003. p.159

determinar cual es la contribución de cada uno al hecho, y por tanto su nivel de responsabilidad.²⁵⁷ Por otro lado, para determinar y valorar la conducta del individuo como causal, de autoría o participación, de tentativa... ha de tenerse como presupuesto el acuerdo ya existente, y esto ocurrirá solo cuando se hayan recontado los votos (antes de eso, el acuerdo no existe). También deben separarse un par de situaciones: La intervención en una votación y adopción de un acuerdo tienen distinta significación y relevancia a nivel de imputación penal en función del concreto tipo delictivo al que el acuerdo se refiera. Por ello, se deben distinguir entre los casos en que la adopción del acuerdo sea ya ejecución, en que el núcleo del injusto consiste precisamente en la adopción del acuerdo, y aquellos casos en que la adopción del acuerdo sea solo la intervención durante la preparación de un hecho posterior que ha de ser ejecutado (esto importa para la determinación del *iter criminis* y la determinación de las posiciones de autoría y participación). Por último, hay que distinguir de la responsabilidad que le puede caber al que vota positivamente el acuerdo (puede haber la infracción de un deber), de aquel que omite actuar para impedir que se produzca (debe analizarse si existe el deber de actuar en ese sentido).

Respecto del problema causal (relación entre la votación del sujeto y el hecho delictivo que se deriva del acuerdo adoptado, sin importar que el acuerdo sea en si mismo antijurídico o lo sea su ejecución posterior), señala que en aquellos supuestos en que el acuerdo se produce por la cantidad mínima exigida, todos quienes participaron en el contribuyen causalmente en él. El problema se produce cuando estamos en supuestos sobre condicionados o de causalidad múltiple (el acuerdo se produce por mas votos que los que son necesarios). En estos casos se comprueba que los votos individualmente considerados no son causales para el resultado, pues este igual se hubiera

²⁵⁷ Rodríguez Montañés, Teresa. Op. cit. p. 161

producido sin él. Esta problemática ha sido abordada de diversas formas: desde la tesis de la *condictio sine qua non*, de la teoría de la condición conforme a las leyes de la naturaleza, la teoría de la condición mínima suficiente, y las teorías de jakobs y Röh. Sin embargo la autora opina debe de dejarse de dar tanta importancia al problema causal, y que el problema puede solucionarse con relativa facilidad. Cree que los criterios para determinar la existencia o no de la relación causal no han de aplicarse en las relaciones internas o en el momento de la emisión del voto, sino respecto del acuerdo ya existente, siendo irrelevante la configuración interna de las mayorías. Así, todos los que votan a favor de la decisión antijurídica o en contra de que se adopte un acuerdo debido contribuyen causalmente a darle vida, esto por la propia dinámica de la toma de decisiones en el seno de órganos colegiados. Así, aun cuando el acuerdo hubiese podido adoptarse con menos votos de los que se han emitido, lo cierto que es que en el mundo real -realidad que no puede ignorarse y que se impone sobre as hipótesis- lo que existe es un acuerdo que se ha adoptado con ese concreto numero de votos y que todos ellos han hecho posible su existencia.²⁵⁸ Desde la imputación objetiva esta tesis también resulta por entero adecuada: cada uno de los votos que forman una mayoría sobre condicionada crea un riesgo penalmente relevante de producción de acuerdo y cuando el acuerdo antijurídico finalmente se adopta supone la realización del riesgo inherente a la acción de votar de forma contraria al deber: el que se pueda adoptar el acuerdo antijurídico.²⁵⁹

Ahora, los miembros del órgano pueden llegar a responder como coautores del delito, pues cada uno hace aportaciones idénticas al hecho (el voto, aunque se reconocen particularidades). Deberá analizarse para esto, la cuestión de si la sola adopción del acuerdo constituye un delito, o si solamente corresponde a

²⁵⁸ Rodríguez Montañés, Teresa. Op. cit. p 169.

²⁵⁹ Rodríguez Montañés, Teresa. Op. cit. p 169.

una participación en el hecho de otro. Habrá que aplicar las normas generales que regulan la intervención de varias personas en el delito. De este modo podrá hablarse de coautoría, en unos casos, de coautoría mediata en otros, o de participación en el hecho de otros. La autora explica todo esto con más detalle, por lo que valga solo la referencia.

No podemos extendernos mucho más sobre estos aportes; ahora analizaremos un par de soluciones más, en la línea de la individualización de las responsabilidades dentro de la propia empresa.

3- LA AUTORIA MEDIATA POR EL DOMINIO DE LA ORGANIZACION

Sin duda uno de los primeros intentos de solucionar las dificultades de imputación en el seno de empresas con estructuración compleja.

Se debe esta construcción a Roxin, quien la desarrolla para los aparatos organizados de poder, y cobra relevancia para nosotros desde que el Tribunal Supremo alemán en una sentencia de 1994 (referida a la responsabilidad penal del Consejo de Defensa de la antigua Republica Democrática alemana por los disparos del muro) acogiese esta solución, y sostuviese que esta construcción teórica era susceptible de trasposición al ámbito de las empresas. De allí a este día gran polémica ha causado su aplicabilidad; veamos en que consiste a grosso modo.

Roxin señala que, sic. “El dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de voluntad... se apoya en la tesis de que en una organización delictiva, los hombres de atrás, que ordenan delitos con mando autónomo,

pueden en ese caso, ser responsables como autores mediatos, aún cuando los ejecutores inmediatos sean, así mismo, castigados como autores plenamente responsables. En alemán coloquial, se denomina a estos hombres de atrás, como delincuentes de despacho o escritorio”²⁶⁰

En esta tesis, los llamados hombres de atrás determinan la realización del hecho, de manera tal, que no es posible que el individuo ejecutor pueda cambiar nada esencial en el curso del suceso, pues en el marco de la organización incluso el rechazo de la orden resultara infructuosa para la víctima desde el punto de vista del resultado, pues el hombre de atrás siempre podrá reemplazar al ejecutor renuente. En definitiva, el hombre de atrás tiene el dominio del hecho, por el dominio de la organización.

Las condiciones para esta tercera forma de autoría mediata son:

a) Poder de mando: Solo puede ser autor mediato quien dentro de una organización rígidamente dirigida tiene autoridad para dar órdenes y la ejerce para causar realizaciones del tipo. Puede existir una cadena de autores mediatos en la cadena de jerarquía.

b) La desvinculación del ordenamiento jurídico: Sin duda uno de los elementos más discutidos. Roxin señala que de lo que se trata es de que exista una desvinculación del Derecho, no en toda relación, sino que solo respecto de los tipos penales realizados por el aparato. El aparato en su totalidad debe haber actuado desvinculado del Derecho.

²⁶⁰ Roxin, Claus. “El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata” En: Revista de Estudios de la Justicia. Santiago, Universidad de Chile, 2006. p. 11

c) La fungibilidad del ejecutor inmediato: Esto es, la sustituibilidad de los que en el actuar delictivo de los aparatos organizados de poder ejecutan el último acto parcial que realiza el tipo (que para Roxin solo tienen el dominio de la acción, mas no del tipo).

d) La considerable elevada disponibilidad al hecho del ejecutor. Este individuo debe tener una posición distinta a un autor individual que se tiene que desenvolver por si mismo; este se ve sometido a numerosas influencias específicas de la organización, que lo hacen mas preparado para el hecho, pero que de modo alguno excluyen su responsabilidad. Todas estas influencias vistas en conjunto, incrementan la probabilidad de éxito de una orden, y contribuyen al dominio del hecho de los hombres de atrás (algunas de estas influencias son, por ejemplo, la pertenencia y adaptación a la organización, el excesivo empeño en prestar servicio para obtener notoriedad, la idea de que su actuar quedara impune etc.).²⁶¹

Esta solución parece por entero adecuada para aquellos casos de criminalidad del Estado²⁶², de la criminalidad de las organizaciones terroristas y

²⁶¹ Roxin, Claus. Op. cit. p. 12 y ss.

²⁶² En derecho nacional, esta solución aparece aplicada en el fallo que acoge la solicitud de extradición de Alberto Fujimori al Perú; se señala en el considerando nonagésimo séptimo: “NONAGÉSIMO SEPTIMO: Que cuando hablamos de autoría mediata debemos situarnos en la teoría del dominio de la acción. Ello es así, desde que en la autoría mediata, el autor asume el dominio de la voluntad de quien, en definitiva, ejecutará el hecho punible, lo que es claramente distinto al dominio mismo de la acción, que caracteriza a la autoría directa, o del dominio funcional, distintivo de la coautoría. De esta manera podrán coexistir la autoría mediata con un ejecutor responsable. Que en este orden de ideas en la autoría mediata el autor, obviamente, no realiza o ejecuta una conducta típica, ya que mantiene el dominio de la realización del hecho por un tercero a quien su voluntad se somete a sus propósitos. Según Claus Roxin, junto al dominio de la voluntad por miedo o por error, hay que contemplar la del dominio de la voluntad a través de un aparato organizado de poder. Lo característico es la fungibilidad del ejecutor, quien no opera como una persona individual sino como un engranaje mecánico. A este autor mediato le basta con controlar los resortes del aparato, pues si alguno de los ejecutores elude la tarea aparecerá otro inmediatamente en su lugar que lo hará sin que se perjudique la realización del plan total. De lo anterior, podemos concluir que será de vital importancia en materia de autoría mediata, la existencia de una estructura organizada de poder, ello por cuanto un superior conservará el dominio de la acción usando para tales fines dicha estructura. De esta manera, es claro que el autor mediato será aquél que tenga el poder de ordenar y conducir el sistema sobre una voluntad indeterminada, ya que cualquiera sea el ejecutor de la orden

de determinadas formas de aparición de la criminalidad organizada; pero se duda (aun por el propio Roxin) que pueda ser trasladada al ámbito empresarial sin más.

La primera dificultad que se observa por Gómez-Jara Diez, dice relación con al imposibilidad de que se entienda que la empresa actúa desvinculada del Derecho. Sin embargo, esta objeción puede ser salvada fácilmente si se tiene en cuenta las propias reflexiones de Roxin a este respecto, en el sentido de que la desvinculación del Derecho debe ser entendida no en toda relación, sino que basta respecto de los ciertos tipos penales que son realizados (piénsese en la frecuente defraudación del IVA, lo que puede evidenciar la desvinculación de las empresas defraudadoras de la regulación tributaria).²⁶³

Otra objeción que se suele citar para proscribir la trasposición, dice relación con el segundo requisito de esta figura: La fungibilidad del ejecutor inmediato. Se duda que en la moderna estructura empresarial (lejos de la visión jerárquica propia de las organizaciones criminales) pueda darse tal cuestión. En las empresas resulta difícil, si no imposible, reemplazar a los individuos de la forma que Roxin imagina (señala Gómez-Jara), debido a la creciente especialización de los trabajadores; cada uno está especialmente cualificado para manejar ciertos ámbitos de la empresa, por lo que difícilmente pueden ser reemplazados por otros. Esta crítica parece más fundada, y resulta difícil de salvar. La verdad es que, como señala Roxin, cuando aparezca esta especialización, se abandonará el ámbito de dominio de la organización; pero no quiere decir esto, que la solución sea desechable por completo, pues toda vez que aparezca el automatismo que describe el modelo, (y existiendo la férrea jerarquía que

delictiva, el hecho se producirá. Atendido lo expuesto en las reflexiones precedentes, se acogerá el pedido de extradición instaurado por el Estado peruano....” Ver el contenido íntegro del fallo En: (en línea) <http://www.scribd.com/doc/319716/Fallo-extradicion-Fujimori> (consultado en: 14 de noviembre de 2007)

²⁶³ Gómez-Jara Diez, Carlos. Op cit. p. 142

supone), tal figura recobraría importancia y utilidad. No todas las empresas obedecen a estos modelos, libres de jerarquías y de sujetos fungibles unos con otros.

Quizás la objeción más importante dice relación con el último de los requisitos de esta forma de autoría mediata: considerable elevada disponibilidad al hecho del ejecutor. Esto pues en las estructuras empresariales, la comisión de delitos (por ejemplo los ambientales y económicos), lleva consigo un considerable riesgo de punibilidad y también el riesgo de la pérdida de empleo en la empresa. En contra de esto podría decirse que en ciertas ocasiones el mismo miedo a perder el empleo puede llevar a los individuos a cometer estos actos. Además siempre queda el tema de que en muchos de estos casos es posible que el individuo pretenda impunidad por suponer que su conducta está ordenada por los de arriba.

Como señala Muñoz Conde, la teoría de Roxin constituye, por tanto, un verdadero hallazgo dogmático que sirve para fundamentar –sin quebrantar y más bien confirmando el criterio material del dominio del hecho, que por lo menos en los delitos de dominio dolosos sirve de fundamento a la autoría- la autoría mediata de los que están atrás de los autores materiales o ejecutores de muchos de los delitos cometidos a través de organizaciones estatales o para estatales de poder, porque normalmente se dan en ellos los requisitos que Roxin exige para aplicar dicha teoría.²⁶⁴ Sin embargo esta fórmula flaquea en todos aquellos supuestos de organizaciones criminales no estatales y no tan estrechamente basadas en principios de jerarquía, obediencia ciega y disciplina. Para este autor, en los supuestos de delincuencia empresarial, la

²⁶⁴ Muñoz Conde, Francisco. “¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?” En: Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal, y en la criminología. Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001. p. 501 y ss

figura de la coautoría resulta mas adecuada (véase a este mismo autor con detalle). De todos modos considera que en muchos casos la tesis de Roxin será aplicable en el ámbito de los delitos de empresa (si se dan los presupuestos de su tesis evidentemente)

En fin, de lo que se acaba de exponer (resumidamente) puede comprenderse que solo se trata de una solución parcial, por lo que debe ser complementada con otros modelos de solución (siempre enfocados a encontrar a él, o los individuos responsables). Dejaremos hasta acá esta cuestión.

4- LAS CLAUSULAS SOBRE ACTUACION EN LUGAR DE OTRO

Sin duda una de las soluciones más extendidas en aquellos países en que no es posible la punición de las colectividades.

Ya señalábamos que estas operan en dos ámbitos:

1- Por un lado en todos aquellos casos en que la comisión de un delito común es resultado de actuaciones que se dan en el ámbito de la empresa. En estos casos, y ante la supuesta imposibilidad de determinar a los sujetos responsables, el legislador haciendo gala de un pragmatismo preocupante, determina a ciertos sujetos como responsables (generalmente los administradores y encargados)

Esta solución resulta criticable pues de inmediato se evidenciará que con aquello se renuncia (en muchísimos casos) a la determinación de los verdaderos sujetos responsables, y se establecen generalísimos deberes de

garante para aquellos individuos, lo que termina pareciéndose mas bien a un régimen de responsabilidad objetiva por el resultado. La formulación típica de estas cláusulas se corresponde a aquellas que señalan que por la(s) empresa(s) responde(n) su(s) administrador(es) y encargado(s). Ejemplo de este tipo de cláusulas es la del artículo 99 del Código Tributario que dispone que: “Las sanciones corporales y los apremios, en su caso, se aplicarán a quien debió cumplir la obligación y, tratándose de personas jurídicas, a los gerentes, administradores o a quienes hagan las veces de éstos y a los socios a quienes corresponda dicho cumplimiento.” Este tipo de cláusulas no es muy común debido a que evidentemente resultan arbitrarias pues no consideran la participación de estos individuos en el delito (por tanto inconstitucionales; véase requerimiento al Tribunal Constitucional de fecha 16 de junio de 2006, en que se reclama de tal cuestión). Para evitar esto último, suele introducirse en estas cláusulas requisitos adicionales referidos generalmente a la concreta participación del sujeto en el injusto.

Otra fórmula de la que se vale el legislador (relacionada con la anterior), es aquella en que se señala como responsables por la persona jurídica, a aquellos sujetos que han intervenido en el hecho punible. En nuestro Derecho, son ejemplos típicos de esta formulación, los artículos 39 del Código de Procedimiento Penal, y 58 del Código Procesal Penal. El primero de ellos dispone que, “La acción penal, sea pública o privada, no puede dirigirse sino contra los personalmente responsables del delito o cuasidelito. La responsabilidad penal solo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hayan intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que afecte a la corporación en cuyo nombre hubiere actuado.” Y el segundo, “La acción penal, fuere pública o privada, no puede entablarse sino contra las personas responsables del delito. La responsabilidad penal solo puede hacerse efectiva en las personas

naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare.” De estas normas se puede concluir que en nuestro Derecho esta proscrita la responsabilidad penal de las personas jurídicas (y con mayor razón, de las demás colectividades). Eso si, la formula de que se vale el legislador resulta mas bien equivocada pues pareciera dar a entender que la persona jurídica puede cometer delito (cuando dice que por las personas jurídicas responden....). Es decir, pareciera que nos encontramos en supuestos de responsabilidad por el hecho de otro. La verdad es que esto no es así, y se confirma a continuación en el mismo artículo: se requiere que estos sujetos hayan intervenido en el acto; es decir, se responde de acuerdo a las normas de la autoría y participación (solo los autores y partícipes son responsables penalmente), por lo que debe concluirse que en estos casos nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad por el hecho propio (en ese sentido están configuradas las normas sobre responsabilidad penal por los delitos).

Al parecer lo que pretende esta formula, es zanjar toda posible discusión que pueda suscitarse en esta materia, pero se puede poner en duda su necesidad práctica, dada la configuración altamente individualista de los tipos. Todas las sanciones que se describen en el código, están dirigidas a sujetos individuales.

Seria conveniente en este sentido, la reformulación de tales disposiciones a fin de hacerlas más coherentes y claras. Así, en mi opinión, podrían tener una redacción similar a esta que se propone: “La acción penal, fuere publica o privada, no puede entablarse sino contra las personas responsables del delito. La responsabilidad penal solo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Cuando el delito se cometiere en el seno de colectividades, con o sin personalidad jurídica, responderán todos aquellos que hubieren intervenido en

el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que afectare a la colectividad misma.”

2- También aparecen estas cláusulas, y en este contexto aparecen como absolutamente necesarias, cuando las legislaciones penales introducen delitos especiales, y frente a la “comisión” de estos delitos, la cualificación requerida por el tipo no concurre en aquel sujeto que ha actuado, sino e aquel en cuyo nombre se actúa. Como es posible que la cualificación concorra en una persona jurídica, en estricto rigor solo aquella podría ser sujeto activo del delito. Piense en la cualidad de deudor del delito de alzamiento de bienes; esta cualidad puede concurrir tanto en una persona natural como jurídica (pues esta ultima es sujeto de imputación, es decir, puede ser destinatario de normas de distribución). De este modo, un gerente que realiza actos tendientes a burlar el crédito de su representado, deberá quedar impune (respecto de este delito) pese a haber lesionado el bien jurídico de manera análoga a como lo haría el sujeto cualificado para ese delito.

En realidad estas cláusulas operan en un espectro mucho mas amplio, pues se aplican (o es recomendable que esto ocurra) no solo respecto de las actuaciones en nombre de colectividades en general, sino que también en todos aquellos casos de representación legal o voluntaria tanto de personas jurídicas como de personas naturales. Aún más, incluso pueden ser útiles en todos aquellos casos en que no existe representación propiamente tal (por ejemplo en la agencia oficiosa).

Ya vimos más atrás que en torno a la configuración de estas cláusulas ha existido gran discusión doctrinaria. Así con el parágrafo 14 del StGB alemán, y el artículo 31 del código penal español. A modo de ejemplo (de este tipo de cláusulas), señala este ultimo: “1. El que actúe como administrador de hecho o

de Derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

En nuestro Derecho, ejemplo típico de esta formulación es el artículo 232 de la Ley de Quiebras (hoy incorporada al Código de Comercio) que dispone que: “Los gerentes, directores o administradores de una persona jurídica declarada en quiebra, cuyo giro quede comprendido en el artículo 41, serán castigados, sin perjuicio de la responsabilidad civil que les pueda afectar, como reos de de quiebra culpable o fraudulenta, según el caso, cuando en la dirección de los negocios del fallido y con conocimiento de la situación de estos, hubieren ejecutado alguno de los actos, o incurrido en alguna de las omisiones a que se refieren los artículos 219 y 220, o cuando hubieren autorizado expresamente dichos actos u omisiones”. Se trata mas bien de una cláusula particular para este tipo especial (delito de quiebra), pero resulta ilustrativa de este tipo de formulas.

En Derecho nacional la función de cláusula general sobre actuaciones en lugar de otro la cumple el artículo 58 del Código Procesal Penal, que como vimos, tiene algún déficit de redacción. Ya señalábamos que cuando se indica que por la persona jurídica responden las personas que intervinieron en el acto punible, se da la idea de que se responde por el hecho de otro. Señalamos a su vez que esto no puede ser así, porque cuando se señala que deben haber intervenido en el acto, el legislador se refiere a la autoría y participación criminal, en que siempre se responde por el hecho propio. Entonces, tratándose de delitos especiales cometidos por los representantes de la entidad colectiva, debe entenderse o que la cualificación requerida por el tipo pasa a aquellos

sujetos, o que simplemente (lo que me parece mas lógico) se hace responder a ese sujeto como autor pese a que no tiene la cualificación requerida, por haber lesionado el bien jurídico de la misma manera que lo hubiese lesionado el representado si hubiese sido capaz de delinquir (tratándose de personas jurídicas o colectividades). Digo que me parece mas pulcro de esta forma pues no es posible que al sujeto se le impute el elemento cualificante, cuando es otro quien ostenta esta cualidad (por ejemplo, en el caso del alzamiento de bienes, no es posible entender que el administrador es el deudor; esta cualidad concurre solo en el representado, y resulta absurda e innecesaria tal trasposición). Con la interpretación que se propone, esta cláusula operara como cláusula de extensión de la autoría.

Ahora, para determinar a que sujetos se puede extender la autoría (pues no a todos los que intervienen en el delito se les puede considerar autores), hay que estarse al rol (estatus) que ocupa el individuo en la sociedad; como señala Gracia Martin, hay que observar la relación del autor idóneo del delito especial con el bien jurídico protegido, y comprobar si el extraño bajo determinadas circunstancias ha entrado a la misma relación²⁶⁵. En estos casos podrá efectuarse un juicio de equivalencia que permitirá en definitiva considerar autor a aquellos sujetos no cualificados. La idea que subyace a esta solución es la de que los delitos especiales son delitos de dominio social y de garante, pues el legislador al elaborar los tipos, toma en cuenta la relación especial de ciertos sujetos con determinados bienes jurídicos para su protección; así, se hace a tales sujetos (los definidos por el elemento cualificante) garantes de su protección. Entonces, es posible que ciertas personas adquieran competencias especiales que les permitirán lesionar esos bienes jurídicos, de la misma manera a como los lesionaría el titular del status que define el elemento

²⁶⁵ Gracia Martin, Luís. “El actuar el lugar de otro en Derecho penal”. Op. cit. p. 338

especial de autoría. He aquí donde la cláusula sobre actuaciones en lugar de otro debe actuar: extendiendo la autoría a estos sujetos no idóneos en principio.

Gracia propone eliminar los criterios formales de determinación del sujeto que ha de responder (por ejemplo, administrador, gerente encargado), y remplazarlo por criterios materiales (el acceso a determinadas funciones). Propone una cláusula sobre actuaciones en lugar de otro en los siguientes términos “Si el fundamento o magnitud de la pena dependieren de la realización de la acción u omisión en el ejercicio de funciones definidas por características especiales que describan al agente, también se aplicará el precepto penal que así lo determine al que, careciendo el mismo de dichas características, hubiere asumido realmente el ejercicio de aquellas funciones y realizare en tal circunstancia, la correspondiente acción u omisión.”²⁶⁶

En resumen, puede resaltarse que esta tipo de formulas aparecen como respetuosas de los principios que informan al Derecho penal, pero conviene cuidar su redacción para evitar su insuficiencia. Esto porque como evidencia Gracia Martin, se puede limitar el circulo de posibles autores a determinados sujetos, dejando fuera a todos aquellos que sin tener la cualificación referida, pueden lesionar de forma análoga a aquellos, el bien jurídico que se protege. Piénsese por ejemplo en los administradores de hecho, o los propietarios de la sociedad. Los criterios formalistas pueden evidenciar en algún momento importantes lagunas de punibilidad.

Entonces, a mi propuesta de *lege ferenda* (pagina 229) agregaría: “Cuando la cualidad requerida por el tipo no concorra en el sujeto que ha actuado en lugar de una persona natural, jurídica, u otra colectividad, pero sí en ésta ultima,

²⁶⁶ Gracia Martin, Luís. Op cit. p. 433

tal sujeto deberá responder de la misma forma como si hubiese ostentado dicha cualidad.”

No podemos extendernos más en este punto, pues resulta de tal extensión, que requeriría un estudio mucho mas detallado. Nos remitimos a lo que señala con detalle Gracia Martin a este respecto, con quien coincido plenamente en estas materias.²⁶⁷

²⁶⁷ Gracia Martin, Luís. Op cit.(véase también a este mismo autor, y todo aquello relativo a los delitos delimitados por tendencias subjetivas egoístas)

CONCLUSIONES

De todo lo que se ha expuesto en este trabajo es posible concluir sin más, que no es posible hacer responsables penalmente a las personas jurídicas como se propone por algunos connotados cultores del funcionalismo penal.

Analizamos que aquello (la posibilidad pretendida de hacer responsables penalmente a estas estructuras) no puede ser viable pues su punición puede traer consecuencias nefastas para los principios del Derecho penal, que en nuestro caso, se encuentran acogidos en nuestra carta fundamental.

Este trabajo buscó exponer a ustedes, de manera sistematizada, las principales construcciones doctrinarias en torno a la discutidísima cuestión de la responsabilidad de los entes colectivos (tuviesen o no personalidad jurídica), y las principales críticas que se le pueden endilgar.

Ahora, enumeraré como conclusión, una serie de conceptos que se esbozaron en el cuerpo de este trabajo, que le permitirán al lector contar con los principales tópicos de discusión, para que con ellos, este balance final le fluya intuitivamente.

1- Vimos, en el capítulo primero de este trabajo, que hoy en día, toda constitución con eficacia normativa (aquellas en que se asegura su eficacia por medio de mecanismos de control constitucional), irradia los derechos fundamentales que contiene a la legislación en general; hay suerte de irradiación de *lege lata* y *lege ferenda* a todo el ordenamiento jurídico. Las leyes se interpretan de acuerdo a la Constitución, y de esto no se escapa el propio Derecho penal. Se llega a hablar del Derecho Penal Constitucional. Se ha ido instaurando la idea de que existe un ámbito de represión legítima, que será

aquel sector en que se previene salvaguardando las garantías que se contemplan en la propia Constitución, y en nuestro caso, en todos los pactos de derechos humanos ratificados y en vigencia.

2- Estudiamos que los principios limitadores del *ius puniendi* estatal, se encuentran incorporados a las constituciones a través de los denominados derechos fundamentales. En realidad estos principios no son sino manifestaciones parciales de tales derechos; conforman su contenido.

3- Analizamos que los principios limitadores del *ius puniendi* se han configurado unidireccionalmente: se prodigan exclusivamente del sujeto individual, de la entidad psico-física que denominamos ser humano, y se vinculan directamente al concepto de dignidad humana, que late en diversas disposiciones de nuestro texto constitucional. No cabe, por tanto, la posibilidad de extender estas garantías (en su significación penal) a las colectividades de individuos, en tanto colectividades eso sí, pues dichas garantías ya se reconocen a cada individuo del concierto. Pretender algo así, supone la vulneración de tales principios en la gran mayoría de los casos.

4- Señalamos que se puede decir eso sí, que tales principios, y la garantía que encierran, podrían eventualmente tener significación en otro sector del ordenamiento jurídico, pero y sin duda su contenido quedaría vacío de la significación penal, y perdería gran parte de su eficacia garantística; así por ejemplo, podría pensarse que el principio del hecho es del todo aplicable a la responsabilidad civil y administrativa de las personas jurídicas y demás entes colectivos (piénsese en las asociaciones si personalidad jurídica reconocidas por nuestra legislación, V.gr Asociación o Cuentas en Participación). Probablemente aquello sea posible, pero tales principios quedarían vacíos de su significación penal.

5- Las figuras de asociación carecen de mayor relevancia para el derecho penal, en tanto este se ocupa (y debe hacerlo así) solo de conductas humanas individuales. Las actuaciones grupales tendrán relevancia a efecto de agravar o atenuar la responsabilidad de los individuos, mas no para fundar responsabilidad penal de la colectividad en su conjunto. Una cosa así resultara reñida con los principios clásicos (aún actuales) del Derecho penal.

6- Se analizó, como tema central, la cuestión de la dignidad del ser humano. La dignidad humana es el fundamento, la base, el punto de partida a toda construcción de garantías, pues estas tienen como fin ultimo, asegurar tal principio. Ahora, la dignidad, como ya se dijo, es la fuente de la que dimanen principios básicos, como la libertad y la igualdad, que a su vez concretan los derechos humanos fundamentales. Todos estos contribuyen a desarrollar ámbitos propios de la dignidad de la persona humana. El debido respeto a la dignidad del ser humano, impide al legislador aplicar sanciones a los individuos sin considerar su participación. Esto es central en nuestro trabajo.

7- Se analizaron todos los principios que pueden verse conculcados con la introducción de modelos de responsabilidad colectiva. Así, el principio de legalidad, del hecho, de culpabilidad, de intervención mínima; analizamos la forma en que nuestra constitución acoge tales principios. De esta forma, se concluyó que tales principios constituyen una barrera infranqueable para el legislador a la hora determinar la forma de hacer responsables a los individuos.

8- En el capítulo segundo de este trabajo se analizaron los fundamentos de política criminal comúnmente invocados por los sostenedores de las tesis que se enjuician. Se esbozo la cuestión de la alta complejidad empresarial, y se enunciaron los problemas que se producen para determinar responsabilidades

al interior de entidades complejas. Se señala comúnmente que la colectivización, la organización, la división del trabajo, las jerarquías, son todos elementos consustanciales a los sistemas sociales modernos. La psicología social y la teoría moderna de las organizaciones nos enseñan que los comportamientos de los individuos cambian al interior de los grupos sociales. Los individuos se sienten amparados por la cobertura de un grupo y se arriesgan a conductas que no se atreverían individualmente. Esto explicaría la posible actitud criminal del grupo. Esto ha llevado a que se piense que el grupo no es una unión o suma de sus miembros, sino que un ente distinto con sus reglas y dinamismo propio (partiendo de construcciones basadas en parte en la sistemática de LUHMANN). No es pues, la conducta de una sola persona, ni la de varias personas, sino la interrelación de innumerables conductas, la mayoría de ellas imprudentes y muchas de ellas por omisión, las que interrelacionadamente producen lesiones para los bienes jurídicos, sostienen los defensores de las tesis que se enjuician (extracto de Zúñiga Rodríguez).

9- Esta complejidad creciente ha llevado a algunos a plantear la necesidad de revisar el fundamento del *societas delinquere non potest*. Se hizo un análisis más bien somero de la evolución del principio, y mas profundo de las posiciones doctrinarias que recomiendan su revisión, o simplemente, su proscripción. Se aportan algunos apuntes sobre la cuestión en derecho europeo, donde se señala la posibilidad de sancionar a las colectividades, y se recomienda que tal sanción sea de naturaleza penal.

10- Se analiza también en este capítulo (segundo) la cuestión terminológica. Esto pues se señala comúnmente que el problema de la responsabilidad de las colectividades debe circunscribirse a aquellas que gozan de personalidad jurídica. No concordamos con aquello, y se dan los argumentos para desechar tal discriminación. En realidad la cuestión de si la persona tiene o no

personalidad jurídica carece de relevancia desde el punto de vista del injusto; entonces, la discriminación que se hace solo tiene por fundamento criterios meramente prácticos: la existencia de personalidad jurídica facilita enormemente la sanción al colectivo.

11- En el capítulo tercero se analiza con detalle los intentos de construcción de sistemas de responsabilidad colectivizada más representativos de las doctrinas en cuestión. Se analizan los trabajos de Tiedemann, Hirsch, Bacigalupo S. (Jakobs), y Zúñiga Rodríguez. Todos estos trabajos representan los intentos más pulidos de llegar a sistemas de responsabilidad colectiva, y se complementa su análisis con los comentarios de otros autores seguidores de estas ideas.

12- El capítulo cuarto, sin duda el principal de este trabajo, aborda la crítica que se le puede endilgar a estas tesis, desde cada una de las categorías de la teoría del delito que requieren de ser modificadas, revisadas, o eliminadas, a fin de dar cabida en la dogmática de la teoría del delito en general, a la punibilidad de tales entes, o a fin de permitir modelos paralelos de responsabilidad penal de la colectividad misma.

13- Se demuestra en este capítulo, como los defensores de las tesis que se enjuician falsean la realidad al señalar que las colectividades son destinatarias de las normas (de determinación) y que como tales las pueden infringir. Se profundiza en el que solo el individuo humano puede ser destinatario de la norma porque solo este tiene la capacidad de entenderla. Por otro lado, no se le puede imputar esta capacidad a la colectividad misma, porque tal cosa resulta en el primer paso para justificar la punición, y esta no es posible en todo caso (la punición de la colectividad), desde los principios. Las personas jurídicas y colectividades solo pueden ser destinatarias de normas de distribución.

14- Demostramos que cuando aparecen disposiciones que en principio parecen estar dirigidas a las colectividades, en realidad se debe a problemas de técnica legislativa. Las expresiones usadas tienden a señalar ámbitos donde es posible la lesión de bien protegido: por ejemplo, empresa, industria, etc. No definen al destinatario de la norma (que solo puede ser una persona física, como se demuestra).

15- También demostramos que las colectividades son incapaces de acción y de culpabilidad en sentido penal. Esto pues al derecho penal le interesa (y debe interesarle) el individuo de forma aislada. Estas categorías están construidas para dar sustento a la punibilidad. Ahora, como para penar se deben respetar los principios que ya se estudiaron, aparece como lógico que tales categorías deben tener como supuesto el respeto a esos mismos principios. Deben ser funcionales a los principios.

16- Será posible un sistema de responsabilidad de la propia colectividad, pero esta responsabilidad no podrá ser penal, y las sanciones jamás podrán llegar a tener la significación de sanción penal. Así, en derecho administrativo será posible, por ejemplo, multar a una persona jurídica, pero esta sanción deberá moderarse de manera tal, que se evite pueda llegar a significar para algún individuo del conglomerado, una verdadera pena penal. En este sistema de responsabilidad (por fuera del sistema penal) podrán tener cabida todas las cavilaciones respecto a la culpabilidad y demás categorías de la teoría del delito, que se modifican por aquellos que defienden estas tesis.

17- Debe defenderse los conceptos (por ejemplo, el concepto de pena y el de derecho penal) pues tienen una lógica y una significación. Esta claridad

permite que estos institutos (definidos por el concepto) cumplan de forma más adecuada sus funciones.

18- Por lo que se señala en el punto anterior, es que se analiza el concepto de pena penal, y se evidencia su incompatibilidad con aquellas sanciones que se pretenden penales (multas y privaciones de derechos a las colectividades). Señalamos además que el Derecho penal es, y ha sido siempre, un Derecho sancionador, de inflicción de un mal (es la esencia de su concepto), con independencia de para que fin. Entonces, otras consecuencias del delito, como la obligación de reparar el daño causado (a que se refiere Zúñiga R.), y que se señala como alternativa a las penas tradicionales (de castigo), son absolutamente ajenas al Derecho penal. Pretender que la reparación de la víctima es una sanción penal, resulta absolutamente contra intuitivo y perturbador, pues estas consecuencias del delito (que se denominan civiles) ya existen, tienen presupuestos propios (bastante más laxos que los penales), y sus fines son diversos a los del Derecho penal (aunque no se niega que desde la perspectiva de la prevención puedan aportar en algo, este más bien es un efecto secundario a la reparación, que siempre resulta en sanción civil).

19- Por último, y como corolario de todo este análisis, se propone seguir buscando, hurgando en la estructura empresarial a fin de dar con los sujetos que se valen de aquella para delinquir. Para esto, se propone continuar el desarrollo de figuras como la de los delitos de omisión, autoría mediata por utilización de instrumentos dolosos, etc. En este trabajo se reflexiona sobre estas figuras y se busca adaptarlas a nuestros fines.

BIBLIOGRAFIA

1. ADOMEIT, Klaus. "El Positivismismo Jurídico en el pensamiento de Hans Kelsen y de Gustav Radbruch. Su significado para problemas actuales de la ciencia Jurídica Alemana y Española". En: Dogmática y Ley Penal, Libro en homenaje a Enrique Bacigalupo. Madrid, Marcial Pons, 2004.
2. BACIGALUPO, Enrique. "Derecho Penal". Parte General, tomo 1. Buenos Aires, Hammurabi. 1999.
3. BACIGALUPO, Enrique. "Derecho Penal Económico". Buenos Aires, Hammurabi, 2005.
4. BACIGALUPO, Silvina. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas". Barcelona, Bosh, 1998.
5. BAIGUN, David. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)". Buenos Aires, Depalma, 2000.
6. BAJO FERNANDEZ, Miguel. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho Administrativo Español". En: Responsabilidad de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto. Barcelona, José Maria Bosh Editor, S.L. 1999.
7. BAJO FERNANDEZ, Miguel. "De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas", En: Anuario de Derecho penal y ciencias penales. Tomo XXXVI. Madrid, 1981.

8. BULLEMORE GALLARDO, Vivian, y MACKINNON ROEHRS, John. "Curso de Derecho Penal". Parte General, tomo 1. Santiago, Lexis Nexis 2005.
9. BUSTOS RAMIREZ, Juan. "Obras Completas". Tomo 1, Derecho Penal, parte general. Lima, ARA Editores, 2004.
10. CERESO MIR, José. "Curso de Derecho Penal español". Tercera edición. Madrid, Editorial Tecnos, 1990
11. CERESO MIR, José. "Derecho penal". Parte general-Lecciones. Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000.
12. COBO DEL ROSAL, Manuel, y VIVES ANTON, Tomas. "Derecho Penal". Parte general, cuarta edición. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996.
13. COUSIÑO MAC IVER, Luís. "Derecho Penal Chileno". Parte general, Tomo1. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 1975.
14. DE LA FUENTE HONRUBIA, Fernando. "Los entes colectivos como sujetos del Derecho Penal. Su tratamiento en el Código Penal." En: Anuario de Derecho penal y ciencias penales. Tomo LV. Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2004.
15. DE FARIA COSTA, José. "La responsabilidad jurídico penal de la empresa y de sus órganos. (o una reflexión sobre la alteridad en las personas colectivas a la luz del Derecho Penal)". En: Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro en homenaje a Claus Roxin. Barcelona Bosch Editor. 1995.

16. EVANS DE LA CUADRA, Enrique. "Los Derechos Constitucionales". Tomo 1. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999.
17. ETCHEBERRY, Alfredo. "Derecho Penal". Tomo 1, tercera edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
18. FERNANDEZ CRUZ, José Angel. "El Nuevo Código Penal: una lucha por el discurso de la criminalidad". (En línea): http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_5.pdf (consultado el 23 de octubre de 2007).
19. FERRAJOLI, Luigi. "Derecho y razón". Quinta edición. Madrid, Trotta, 2001.
20. FORTEZA GOMEZ, José Pablo. "El actuar en lugar de otro en Derecho penal". Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 1998.
21. GARRIDO MONTT, Mario. "Derecho penal". Parte general, tomo 1. Santiago, Editorial Jurídica de Chile 1997.
22. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "¿Tiene un futuro la Dogmática juridicopenal?" En sus estudios de Derecho penal. Madrid, Tecnos, 1999.
23. GOLDMAN, Diego. "A quien le hablan las leyes penales? (En línea) <http://diegogoldman.blogspot.com/2007/05/quien-le-hablan-las-leyes-penales.html> (consultado el 23 de octubre de 2007)

24. GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos. “¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas. En: Cuadernos de política criminal, Nº 88. Madrid, Edersa, 2006.
25. GRACIA MARTIN, Luís. “El actuar en lugar de otro en Derecho penal”. 2 tomos. Zaragoza, Prensas Universitarias, 1985.
26. GRACIA MARTIN, Luís. “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas”. En: Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto. Barcelona, José Maria Bosch Editor, 1996.
27. GRACIA MARTIN, Luís. “La responsabilidad del directivo, órgano, y representante de la empresa en el Derecho penal español” En: “Hacia un Derecho Penal Económico Europeo”. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995.
28. HIRSCH, Hans Joachim. “La cuestión de la responsabilidad de las asociaciones de personas”. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XLVI. Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1994.
29. HORMAZABAL MALAREE, Hernán. “Los delitos socioeconómicos, en Bien Jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español”. En: “Hacia un Derecho Penal Económico Europeo”. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995.

30. HUBNER GALLO, Jorge. "Introducción al Derecho". Séptima Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1992. p. 104. Cfr. Evans de la Cuadra, Enrique. "Los Derechos Constitucionales". Tomo 1. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999.
31. JAEN VALLEJO, Manuel. "El concepto de acción en la Dogmática penal" Madrid, Constitución y Leyes S.A. 1994.
32. JAEN VALLEJO, Manuel. "Principios constitucionales de Derecho penal moderno". Buenos Aires, Ah-Hoc, 1999.
33. JAEN VALLEJO, Manuel. "¿Límites del derecho penal respecto de las irregularidades en materia de
34. buen gobierno empresarial?" (en línea)
http://www.carlosparma.com.ar/pdfs/Art_culoparalaUniversidaddelAcongua%5B1%5D.pdf (consultado en: 5 de noviembre de 2007)
35. JAKOBS, Günther. "Fundamentos del Derecho penal". Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996. p. 75. También este mismo autor en "El concepto jurídico penal de acción". En: "Cuadernos de conferencias y artículos N° 11." Bogota, Universidad Externado, 1998.
36. JIMENEZ DE ASUA, Luís. "La Ley y el Delito". Principios de derecho penal. Tercera Edición. México, Buenos Aires, Hermes 1959.
37. KAUFMANN, Armin. "Teoría de las normas". Buenos Aires, Depalma, 1977.

38. KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos. "Culpabilidad y pena". Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
39. MIR PUIG, Santiago. "Derecho penal". Parte general. Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1990.
40. MIR PUIG, Santiago. "El Derecho penal en el estado social y democrático de Derecho". Barcelona, Ariel, 1994.
41. MUÑOZ CONDE, Francisco, y GARCIA ARAN, Mercedes. "Derecho Penal". Parte general, segunda edición. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
42. MUÑOZ CONDE, Francisco. "¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?" En: Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal, y en la criminología. Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001.
43. NAVAS APARICIO, Alfonso. "Destinatario de la Norma Penal e Imputabilidad". San José, Editorial Jurídica Continental, 2005. p 26 y ss.
44. NIETO GARCIA, Alejandro. "Derecho Administrativo Sancionador". Madrid, Tecnos, 2000.
45. NOGUEIRA ALCALA, Humberto. "La dignidad Humana, Los Derechos fundamentales, el bloque Constitucional de Derechos Fundamentales y sus Garantías Jurisdiccionales". En: Gaceta Jurídica, N° 322, Año 2007, Santiago, Lexis Nexis, 2007.

46. NOVOA MONREAL, Eduardo. "Curso de Derecho penal Chileno". Parte general. Santiago, Editorial Jurídica, 1960.
47. RODRIGUEZ MONTAÑEZ, Teresa. "Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos". En: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal. Año IX, Buenos Aires, Ad- Hoc, 2003.
48. ROXIN, Claus. "Autoría y dominio del hecho en derecho penal." Traducción de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo; prólogo de Manuel Cobo del Rosal. Madrid, Marcial Pons, 2000.
49. ROXIN, Claus. "Derecho Penal". Parte general, tomo I. Madrid, Civitas, 1997.
50. ROXIN, Claus. "El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata" En: Revista de Estudios de la Justicia. Santiago, Universidad de Chile, 2006.
51. ROXIN, Claus. "Política criminal y sistema del Derecho penal". Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires, Hammurabi, 2002.
52. ROXIN, Claus, GUNTHER ARZT, KLAUS TIEDEMANN. "Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal". Versión española. Barcelona, Ariel S.A., 1989.

53. SAAVEDRA, Edgar. "Corporación, criminalidad y ley penal". Bogotá, Temis, 1984.
54. SANDOVAL LOPEZ, Ricardo. "Derecho comercial". 7a. ed. actualizada. Santiago, Editorial Jurídica, 2006.
55. SCHÜNEMANN, Bernd. "La punibilidad de las Personas Jurídicas desde la perspectiva Europea. En: "Hacia un Derecho Penal Económico Europeo". Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995.
56. SCHÜNEMANN, Bernd. "Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio". Madrid, Editorial Tecnos, 2002.
57. SILVA SANCHEZ, J.M. Responsabilidad Penal de las empresas. En: Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro en homenaje a Claus Roxin. Barcelona Bosch Editor. 1995.
58. TIEDEMANN, Klaus. "Presente y futuro del Derecho Penal Económico" En: "Hacia un Derecho Penal Económico Europeo". Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995.
59. TIEDEMANN, Klaus. "Lecciones de derecho penal económico" (comunitario, español, alemán). Barcelona, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, 1993.

60. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Derecho Penal". Parte general. Buenos Aires, Ediar, 2000.

61. ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. "Una vez mas sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas". " En: "Hacia un Derecho Penal Económico Europeo". Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995.

62. ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. "Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas". Navarra, Aranzadi, 2000.