



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

EL ESTABLECIMIENTO DE UN MODELO DOGMÁTICO DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA ¿ES COMPATIBLE CON EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD?

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

JOSUÉ ISAAC MUÑOZ FLORES

Profesor guía: Lautaro Contreras Chaimovich

Santiago, Chile

2019

ÍNDICE

RESUMEN	iv
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD COMO LÍMITE AL IUS PUNIENDI ..	6
1. Consideraciones previas	6
2. Delimitación del concepto y su contenido	8
2.1. El principio de personalidad de las penas.....	11
2.2. El principio de responsabilidad por el hecho.....	12
2.3. El principio de dolo o culpa.....	13
2.4. El principio de imputación personal.....	13
2.5. El principio de proporcionalidad de las penas.....	15
3. Consecuencias del principio de culpabilidad.....	15
CAPÍTULO II: MODELOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS BASADOS EN LA CULPABILIDAD	18
1. Consideraciones previas.....	18
2. Modelos de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	19
2.1. Responsabilidad derivada.....	19
2.2. Responsabilidad propia.....	20
2.3. Sistemas Mixtos.....	20
2.4. Sistema Chileno.....	21
2.5. Toma de postura.....	22
3. Modelos dogmáticos de culpabilidad propia de la persona jurídica.....	24
3.1. Culpabilidad por la conciencia especial de la persona jurídica.....	25
3.2. Culpabilidad por el espíritu normativo de la persona jurídica.....	25
3.3. Culpabilidad funcional del órgano.....	26
3.4. Culpabilidad por no evitación de los fallos organizativos de la persona jurídica.....	26
3.5. Culpabilidad por no evitación de las influencias criminógenas de la persona jurídica.....	27
3.6. Culpabilidad por el carácter de la empresa.....	27

3.7. Culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial.....	28
3.8. Culpabilidad por reprochabilidad ético-social empresarial.....	28
3.9. Culpabilidad por defectos de organización.....	28
3.10. Culpabilidad de la persona jurídica por su cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad.....	32
4. Toma de postura.....	36
CAPÍTULO III: EN CONTRA DE LA CULPABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	38
1. Crítica tradicional a la posibilidad de una culpabilidad propia de las personas jurídicas.....	38
2. Alternativas para evitar la impunidad de los delitos cometidos por las personas jurídicas.....	39
2.1. Responsabilidad penal limitada a cierto tipo de persona jurídica.....	39
2.2. Sancionar penalmente sin que sea necesaria la culpabilidad.....	41
2.3. Sanciones no penales.....	41
3. Toma de postura.....	42
CONCLUSIONES.....	44
BIBLIOGRAFÍA.....	48

RESUMEN

En el presente trabajo se exponen y analizan diversos modelos dogmáticos de culpabilidad formulados para las personas jurídicas, con el objetivo de establecer si existe alguno que sea compatible con el principio de culpabilidad. A su vez, se señalan otras alternativas de carácter no penal para evitar la impunidad de los actos perniciosos cometidos a través de ellas. Todo esto en atención a la importancia que reviste para el Derecho el principio ya señalado y en especial a la introducción, en las últimas décadas, de modelos de responsabilidad penal para las personas jurídicas en los ordenamientos jurídicos de países de tradición continental, entre ellos Chile.

INTRODUCCIÓN

El Derecho se adapta y evoluciona de acuerdo a las necesidades contingentes de la sociedad, es por ello que desde hace algunos años ha surgido una tendencia internacional a establecer una **responsabilidad penal de las personas jurídicas**, atendiendo tanto al uso delictivo que se les ha dado a estos vehículos jurídicos, con el fin de enfrentar las nuevas formas de criminalidad que han ido surgiendo¹, como también a razones de índole políticas², dejando atrás el dogma tradicional *societas delinquere non potest*. Es así como Chile, en gran medida apresurado por compromisos internacionales, pero sobre todo por su inminente ingreso como miembro pleno de la OCDE³, el 2 de diciembre de 2009, mediante la Ley N° 20.393, establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas a su ordenamiento jurídico. Ahora, si bien lo descrito anteriormente es una realidad, no deja de ser cierto que “el papel aguanta todo”, es decir, puede ser que se haya establecido una **responsabilidad penal de las personas jurídicas** a nivel legislativo en diferentes países, entre ellos el nuestro, pero no por ello significa que dogmáticamente esté correcta dicha novedad.

La introducción de **la responsabilidad penal de la persona jurídica** conlleva una serie de problemas e interrogantes necesarias de responder si se busca mantener la armonía con el resto de la dogmática penal; desde la pregunta inicial de si es posible imputarles una responsabilidad penal a las personas jurídicas, hasta preguntas puntuales, aceptando este tipo de responsabilidad, como, por ejemplo: ¿Qué es lo que se le imputa a la persona jurídica? ¿Es necesario que la empresa o sociedad tengan personalidad jurídica? ¿Qué derechos y garantías procesales les son aplicables a las personas jurídicas? ¿Se aplica el derecho a guardar silencio? ¿Cómo lograr que este tipo de responsabilidad no se convierta en una fuente de impunidad para los dueños o directivos o empleados involucrados en el delito?, entre otras.

¹ HURTADO, José, “La responsabilidad penal de la empresa en el Derecho penal suizo”, Derecho Penal y Criminología, Vol. 29 N° 86-87 (2008), p. 96.

² GARCÍA, Percy, “Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Revista de Estudios de la Justicia, N° 16 (2012), pp-57-58.

³ “Historia de la ley 20.393”, Biblioteca Congreso Nacional, pp. 4-8.

Objeto de la investigación

Como se podrá haber desprendido de lo anteriormente dicho, el objeto de este trabajo de memoria será **la responsabilidad penal de la persona jurídica**.

Objetivo de la investigación

Lo que específicamente se tratará de hacer en este trabajo será **establecer si existe un modelo dogmático de responsabilidad penal de la persona jurídica que sea compatible con el principio de culpabilidad**, es decir, se tratará de responder a la pregunta de si es correcto, desde un punto de vista dogmático, castigar penalmente a las personas jurídicas o si se debe utilizar otro mecanismo para ello⁴.

La importancia de dilucidar esta cuestión, es decir, si es posible establecer un modelo dogmático de responsabilidad penal de la persona jurídica sin vulnerar el principio de culpabilidad, tiene una importancia fundamental, desde el punto de vista del autor de este trabajo, ya que, como bien expresa Roxin, “ninguna categoría penal es tan discutida como la de la culpabilidad, y ninguna es tan imprescindible (...) ningún Derecho penal moderno puede subsistir sin el principio de culpabilidad”⁵, por lo que, si no queremos volver a un Derecho penal medieval, es necesario encontrar soluciones y respuestas a dicho asunto.

Además de lo anterior, este trabajo quiere ayudar a toda persona, sobre todo estudiantes, que esté en la búsqueda de un esquema o recopilación de información sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación al problema que se genera respecto al principio de culpabilidad. Si bien diversos autores, la mayoría extranjeros, han escrito sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, muchos de ellos tratan, sobre todo, los aspectos prácticos que dicen relación con la ley que la ha introducido en sus respectivos países

⁴ Para tener en consideración, en el artículo 2 y en el artículo 3.2 de la Convención OCDE para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, se establece, respectivamente que: “Cada parte tomará las medidas necesarias, de acuerdo con sus principios legales, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho a un servidor público extranjero” y “Si, dentro del sistema jurídico de una de las Partes, la responsabilidad penal no es aplicable a las personas morales, esta Parte deberá asegurar que éstas queden sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas de carácter no penal, incluyendo sanciones pecuniarias, en caso de cohecho a servidores públicos extranjeros”.

⁵ ROXIN, Claus, “Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el Derecho Penal”, NDP (1996), p.335.

o sólo señalan ciertos aspectos del problema que se genera al tratar la culpabilidad de las personas jurídicas, produciéndose así dificultades a la hora de buscar una fuente de información sencilla y accesible sobre el tema.

Estructura del trabajo

Para poder dar una respuesta a la pregunta planteada, primero se revisará el principio de culpabilidad en un sentido amplio, entendiendo por este, culpabilidad como uno de los límites al Ius Puniendi Estatal, para posteriormente revisar otras acepciones del término *culpabilidad*.

Es necesario partir con esto, ya que el término *culpabilidad* suele generar confusiones al hablar de él⁶, ya que el mismo concepto se utiliza para diferentes cosas. En primer lugar, por *culpabilidad* se puede estar señalando uno de los principios limitadores al Ius Puniendi Estatal: *el principio de culpabilidad*; esta es la acepción más amplia del término *culpabilidad* y es con la que se revisará si es posible establecer un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En segundo lugar, el término *culpabilidad* puede estar referido a uno de los elementos del delito, pero hay que considerar que a la vez esta acepción está contenida dentro del *principio de culpabilidad*, es más, se ha discutido si es correcto mantener este término o si sería mejor reemplazarlo por el de *imputación personal*⁷; esta es una acepción estricta de *culpabilidad* en relación con la primera acepción mencionada. En tercer y último lugar, también se utiliza el término *culpabilidad* para hablar del criterio modulador de la pena, es decir, criterio para resolver que pena aplicar a cierto sujeto cuando el delito que ha cometido tiene más de una pena posible; cierto es que, por cierto, al igual que la acepción anterior, este concepto igual se encuentra contenido en el principio de culpabilidad.

Posteriormente se revisarán las ideas y modelos formulados por la doctrina respecto a si es posible la existencia de un sistema dogmático de responsabilidad penal de las personas jurídicas basado en la culpabilidad, entendiendo este concepto como imputación personal o

⁶ VELÁSQUEZ, Fernando, "La culpabilidad y el principio de culpabilidad", *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 50 (1993), p.283.

⁷ MIR, Santiago, "*Derecho penal: Parte general*", 9ª edición, Barcelona: Repertori (2011), p. 124.

reprochabilidad -respetando así el principio de culpabilidad-, o si, por el contrario, las personas jurídicas se encuentran imposibilitadas de ello.

Sobre lo anterior y adelantando algunas ideas, autores como Alex Van Weezel y Günter Jakobs, contrarios a la existencia de una culpabilidad propia de las personas jurídicas, han señalado, respectivamente, que “La imputación de dolo o culpa a la persona jurídica sólo resulta posible mediante un trasiego desde la persona natural que encarna el órgano competente, lo que no es compatible con el principio de culpabilidad”⁸ y “Ciertamente, un observador interno, por ejemplo un órgano, o externo puede representarse el camino que la constitución interna de la persona jurídica ha tomado o presumiblemente va a tomar en el futuro, pero en todo caso tomándolo como el ‘espíritu’ ya formado o en formación, pero no como el ‘espíritu’ autoconsciente que comprende su existencia como posibilidad. Una culpabilidad en sentido jurídico-penal no la puede mostrar la persona jurídica en tanto persona colectiva real”⁹.

Mientras que, por otro lado, defendiendo distintos modelos dogmáticos de culpabilidad de la persona jurídica, autores como Carlos Gómez-Jara Díez, están a favor de ella. Este último en particular, haciendo uso de una teoría muy moderna sobre la culpabilidad de la persona jurídica, señala que “en el seno de un verdadero o genuino Derecho penal empresarial, debe diferenciarse entre personas jurídicas con capacidad de culpabilidad (empresarial) y personas jurídicas inimputables”¹⁰, para intentar justificar aquello establece que “a lo largo del tiempo se produce una *acumulación* de círculos autorreferenciales en el ámbito empresarial hasta llegar al encadenamiento hipercíclico de los mismos, momento en el cual emerge verdaderamente el actor corporativo (*corporate actor*) como sistema autopoietico superior”¹¹.

Debo mencionar que varios de los autores y teorías a analizar en este trabajo comparten ciertas líneas en cuanto a sus posturas y fundamentos, pero a la vez sus análisis suelen ser

⁸ VAN WEEZEL, Alex, “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Política Criminal*, Vol. 5 N°9 (2010), p. 132.

⁹ GÜNTER, Jakobs, “¿Punibilidad de las personas jurídicas?”, en: GARCÍA, Percy (Compilador), “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*”, Lima: Ara (2002), p. 64.

¹⁰ GÓMEZ-JARA, Carlos, “¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel”, *Política Criminal*, Vol. 5 N° 10 (2010), p. 459.

¹¹ *Ibidem.*, p. 456.

generales y no se plantean la posibilidad de casos límites, como por ejemplo la situación de las empresas individuales de responsabilidad limitadas (EIRL) donde el dueño, una persona natural, suele ser la empresa en sí (por decirlo de alguna manera), o casos aún más límites como el de la persona que por alguna razón odia a cierta empresa, por lo que se vuelve uno de los administradores principales con el fin de cometer algún delito y así lograr que se sancione a la empresa en cuestión.

Finalmente, y antes de llegar a las conclusiones y a una toma de postura final, se analizarán las opciones que han dado diversos autores para poder castigar a las personas jurídicas sin sacrificar el principio de culpabilidad, evitando así la impunidad de ellas al momento de cometer ilícitos.

CAPÍTULO I

EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD COMO LÍMITE AL IUS PUNIENDI

1.- Consideraciones previas

Es fundamental para el objetivo de este trabajo comenzar explicando qué es el principio de culpabilidad y qué implicancias tiene, ya que, sin ello, posteriormente, será imposible analizar los modelos de responsabilidad que se plantearán ni tampoco llegar a conclusiones al no haberse establecido a qué nos referimos al hablar del ya mencionado principio de culpabilidad.

También es necesario hacer presente que la doctrina no ha sido pacífica al tratar este principio. Autores como Juan Bustos y Hernán Hormazábal excluyen la existencia de este principio, pero mantienen sus componentes y efectos que históricamente se le han dado radicándolos en el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, en el principio de necesidad de la pena y en presupuestos de la exigencia de responsabilidad¹². Otras críticas¹³ van directamente en contra de este principio, como las que dicen relación con el determinismo, es decir, críticas a la imposibilidad de establecer que las personas tienen libertad sobre su voluntad; otras que apuntan a su incompatibilidad con ciertos fines de la pena; otras que critican el carácter ético-moral que puede llevar implícito y que sería inadmisibles en un Estado de Derecho Social y Democrático, entre otras -que suelen estar relacionadas con las ya mencionadas. Si bien las críticas mencionadas anteriormente tienen sus contra argumentos, han generado que la doctrina formule distintas opciones para reemplazar el principio de culpabilidad por otros conceptos o principios, opciones que a su vez también han sido criticadas y contra argumentadas defendiendo el principio de culpabilidad¹⁴.

Lo escrito en el párrafo anterior sobrepasa tanto el objeto como el objetivo de este trabajo y sólo se ha mencionado con el fin de mostrar que lo relacionado al principio de culpabilidad

¹² BUSTOS, Juan; HORMAZÁBAL, Hernán, *“Lecciones de Derecho Penal (volumen I)”*, Madrid: Trotta (1997), pp. 69-70.

¹³ Sobre estas críticas BACIGALUPO, Enrique, *“Derecho penal parte general”*, 2ª edición, Buenos Aires: Hammurabi (1999), pp. 171-173, y VELÁSQUEZ, Fernando, Op. Cit., pp. 295-303.

¹⁴ Ídem.

no es algo sencillo y uniforme a nivel doctrinal, advirtiendo desde ya que este trabajo se realizará teniendo en cuenta, principalmente, las concepciones y elementos más clásicos y generalmente aceptados del principio de culpabilidad. Pese a ello, considero que es posible decir que gran parte de la doctrina, teniendo en consideración todas las posibles críticas que se le puedan hacer al principio de culpabilidad, están de acuerdo en su importancia y en la imposibilidad, al menos para el Derecho penal moderno y para un Estado de Derecho, de suprimirlo o cambiarlo por otro. Es, precisamente, así como el profesor Roxin señala que “ninguna categoría penal es tan discutida como la de la culpabilidad, y ninguna es tan imprescindible (...) ningún Derecho penal moderno puede subsistir sin el principio de culpabilidad”¹⁵. En la misma línea (al hablar de las objeciones y la importancia del principio de culpabilidad), Fernando Velásquez, compartiendo las opiniones de Perrón y de Stratenwerth concluye que “Por eso, para no gastar energías en un debate que acaba siempre en un punto muerto, en un *non liquet*, debe aceptarse de una vez por todas que la concepción ideal de la culpabilidad hasta ahora buscada no parece posible por el momento y, mientras el comportamiento desviado sea tratado mediante la aplicación de penas, ‘el principio de culpabilidad resultará imprescindible”¹⁶. Por su parte, Carlos Gómez-Jara Díez, reuniendo las opiniones de Schünemann, Kaufmann y Mezger, respectivamente, señala que “se ha dicho que acertadamente que la culpabilidad es el concepto «por excelencia» del Derecho penal o que es «una de las piedras angulares sobre las que descansa nuestro Derecho penal». En efecto, «ninguna frase se encuentra tan firmemente anclada en la conciencia jurídico-penal moderna» como la de «no hay pena sin culpabilidad»”¹⁷. Finalmente, y para terminar con este punto, debo decir que la importancia del principio de culpabilidad no queda sólo a nivel doctrinal, sino que también ha sido aceptado, reconocido y aplicado por los más importantes tribunales, no sólo de nuestro país, sino también de países extranjeros¹⁸, señalando así, nuestra Corte Suprema, que:

¹⁵ ROXIN, Claus, Op. Cit., p. 335.

¹⁶ VELÁSQUEZ, Fernando, Op. Cit., pp. 302-303.

¹⁷ BAJO, Miguel; FEIJOO, Bernardo; GÓMEZ-JARA, Carlos, “*Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, Navarra: Civitas (2012), p.154.

¹⁸ Véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Constitucional Peruano EXP. N.º 6712-2005-HC/TC, o la sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 150/91.

DECIMOQUINTO: Que, siendo el principio de culpabilidad uno de los principios fundamentales del Derecho Penal y constituyendo una exigencia absoluta que debe encontrar su correspondiente base constitucional, el artículo 19, N°3°, de la Carta Fundamental, al expresar que “la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”, está consolidando el principio de “dignidad humana”, en la medida que, en un sentido amplio, bajo la expresión “principio de culpabilidad” pueden incluirse diferentes límites del *ius puniendi*, que tienen de común exigir, como presupuestos de la pena, que pueda “culpase” a quien la sufra del hecho que la motiva. En sentido procesal, sólo es “culpable” quien no es “inocente”, y la enervación de la “presunción de inocencia” - una garantía constitucional fundamental proclamada en el artículo 19, N°3°, incisos octavo y final, de la Constitución- requiere la prueba de la “culpabilidad” del imputado, que en este sentido incluye la prueba de todos los elementos del delito. En Derecho Penal material el principio de culpabilidad tiene un sentido más restringido, puesto que no se refiere a la necesidad de la lesión típica, pero en su sentido amplio comprende diversas exigencias que condicionan la posibilidad de “culpar” a alguien de dicha lesión (Santiago Mir Puig, Bases Constitucionales del Derecho Penal, Editorial Iustel, Madrid, España, 2011, págs. 125-126). En resumen, el principio de culpabilidad tiene un alcance limitador, en el sentido de exigir la concurrencia de todos aquellos presupuestos que permiten “culpar”, esto es, imputar a alguien el daño del delito, y tales presupuestos afectan a todas las categorías del concepto de delito”¹⁹.

2.- Delimitación del concepto y su contenido

Habiendo hecho algunas consideraciones previas, toca ahora explicar a qué nos referimos al hablar de principio de culpabilidad, ya que el término culpabilidad puede generar malentendidos al referirse a diversos conceptos que, si bien tienen relación, no se refieren a lo mismo. Es así como al hablar de culpabilidad podemos estar haciendo referencia al *principio de culpabilidad como límite al ius puniendi* (concepto sobre el cual gira este trabajo y en particular este capítulo), a *uno de los elementos del delito* (que como se verá posteriormente, queda

¹⁹ TC, Rol N° 2744-2015, con fecha del 08-10-2015.

comprendido dentro del principio de culpabilidad) o también a *uno de los criterios limitadores de la pena* (criterio que también está comprendido dentro del principio de culpabilidad).

Sólo para recalcar: si bien la culpabilidad como elemento del delito o como criterio modulador de la pena están comprendidas dentro del principio de culpabilidad como límite al *ius puniendi*, en ningún caso significan lo mismo a pesar de que se pueda utilizar el término *culpabilidad* para referirse a cualquiera de ellas dependiendo del contexto. Es así como por ejemplo en diversos manuales o estudios sobre Derecho penal, al hablar de culpabilidad como elemento del delito, utilizan el término culpabilidad a secas²⁰, a diferencia de otros que utilizan la expresión de responsabilidad²¹ o de imputación personal²² para diferenciar esta culpabilidad del principio de culpabilidad; incluso hay autores que llegan a usar el término culpabilidad para tratar tanto el principio de culpabilidad como límite al *ius puniendi* como la culpabilidad entendida como elemento del delito sin distinguir²³.

Al hablar del principio de culpabilidad, como se mencionó en el párrafo anterior, nos estamos refiriendo a uno de los principios políticos-criminales que limitan el poder punitivo del Estado²⁴, el *ius puniendi* estatal, es decir, “una decisión político-criminal plasmada en una norma que declara *punible* un hecho y *perseguible* a su autor. El *ius puniendi* es expresión del poder único y exclusivo del Estado para ejercer la violencia legítima”²⁵, tanto al momento de generar una ley penal como al momento de aplicarla²⁶. Coincidiendo con lo dicho por el profesor Mir²⁷, si el Estado exige el sometimiento a sus leyes al ciudadano bajo el apercibimiento de usar la fuerza para lograrlo o para castigarlo por su no cumplimiento, a la vez que se tiene por un Estado Democrático, social y de Derecho, es necesario que a su vez el Derecho penal tenga en cuenta una serie de derechos de las personas que se derivan de su “dignidad humana, de la igualdad (real) de los hombres y de su facultad de participación en

²⁰ Por ejemplo, en ETCHEBERRY, Alfredo, “*Derecho penal parte general, Tomo I*”, 3ª edición, Santiago: Editorial Jurídica, 1999, pp. 270 y ss.

²¹ Por ejemplo, en BACIGALUPO, Enrique, “*Manual de Derecho penal, Parte general*”, 3ª edición, Santa Fe de Bogotá: Temis, 1996, p. 147 y lo señalado en MIR, Santiago, Op. Cit., p. 124.

²² Por ejemplo, en MIR, Santiago Op. Cit., pp. 531 y ss.

²³ Por ejemplo, en POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, “*Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general*”, 2ª edición, Santiago: Editorial Jurídica, 2004, pp. 243 y ss.

²⁴ Véase MIR, Santiago, Op. Cit., p. 122., y BUSTOS, Juan; HORMAZÁBAL, Hernán, Op. Cit., pp. 63-64.

²⁵ BUSTOS, Juan; HORMAZÁBAL, Hernán, Op. Cit., p. 64.

²⁶ Ídem.

²⁷ MIR, Santiago, Op. Cit., p. 122.

la vida social”²⁸. En el mismo sentido, Bacigalupo señala “El principio de culpabilidad 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 persona”²⁹.

En un sentido amplio, el principio de culpabilidad se utiliza para establecer en qué circunstancias es posible reprochar un hecho ilícito a una persona, contraponiéndose al término de *inocencia*³⁰. En un sentido más estricto (sentido que suele utilizar la doctrina al referirse únicamente al subprincipio de imputación personal o, en otros términos, a la culpabilidad como elemento del delito³¹) se puede decir que “la culpabilidad es un ‘juicio de reproche’ de carácter personal formulado al autor del hecho cuando éste, a pesar de haberse podido motivar de conformidad con la norma, opta por comportarse de manera distinta; nace así, el criterio de ‘poder en lugar de ello’ que sirve como contenido material al ‘juicio de reproche’”³². La explicación anterior de la expresión culpabilidad, en un sentido estricto, refiriéndose a uno de los elementos del delito, es compartida por varios autores, es así como, por ejemplo, los profesores Politoff, Matus y Ramírez señalan que la culpabilidad es “el reproche que se hace al que podía obrar diversamente y optó por la conducta prohibida”³³.

En relación con lo anterior, para determinar si realmente es posible reprocharle un hecho ilícito a alguien, se ha fragmentado el principio de culpabilidad en una serie de subprincipios “que tienen en común exigir, como presupuesto de la pena, que pueda <<culparse>> a quien sufra del hecho que la motiva”³⁴. Debo aclarar que la enumeración que se hará de dichos subprincipios se extrae principalmente de lo escrito por el profesor Mir en su manual de Derecho Penal: Parte General, ya que otros autores presentan estos subprincipios como elementos o como contenido directo del principio de culpabilidad, sin individualizarlos

²⁸ Ídem.

²⁹ BACIGALUPO, Enrique, “Derecho penal...” Op. Cit., p. 169.

³⁰ MIR, Santiago, Op. Cit., pp. 123-124.

³¹ Ibidem., p. 124.

³² VELÁSQUEZ, Fernando, Op. Cit., p. 294, traduciendo y citando a WELZEL, Hans, “Kausalität und Handlung” en ZStW, 51 (1931), p. 720 y, del mismo autor, “Studien zum System des Strafrechts” en ZStW, 58 (1939), pp. 491 y ss.

³³ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, Op. Cit., p. 243.

³⁴ MIR, Santiago, Op. Cit., p. 123.

ni sistematizarlos³⁵. También debo señalar que hay autores que han considerado sólo uno de estos subprincipios al hablar del principio de culpabilidad o que han agrupado los otros subprincipios dentro del principio de imputación personal, al confundir el principio de culpabilidad con la culpabilidad como elemento del delito³⁶. Como última aclaración, consideraré también dentro de los subprincipios, a pesar de que el profesor Mir lo separa del principio de culpabilidad, al principio de proporcionalidad ya que, en concordancia con parte de la doctrina³⁷, considero que dicho principio está contenido en el principio de culpabilidad.

Los principios que se expondrán a continuación serán entonces: el principio de personalidad de las penas, el principio de responsabilidad por el hecho, el principio de dolo o culpa, el principio de imputación personal y el principio de proporcionalidad de las penas.

2.1.- El principio de personalidad de las penas³⁸

Este primer principio impone la imposibilidad de culpar y castigar a una persona por el hecho delictivo de otra, es decir, impide castigar por el hecho ajeno. La importancia y la razón de ser de este principio tienen un origen histórico, ya que en la antigüedad era posible responsabilizar a toda una familia, pueblo o tribu, por el hecho de uno de sus miembros, esto es, la posibilidad de establecer una responsabilidad colectiva³⁹.

Sólo adelantando lo que se verá en capítulos posteriores, este principio ha sido la fuente de muchas críticas al establecimiento de ciertos modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas, al considerar que al aplicar una sanción penal a la persona jurídica se estaría también sancionando a todos los miembros inocentes que conforman dicha persona jurídica, como también a los inversionistas dependiendo del caso. Además de ello, este principio

³⁵ Por ejemplo, en BACIGALUPO, Enrique, *"Derecho penal..."* Op. cit., p. 169.; BACIGALUPO, Enrique, *"Principios constitucionales de Derecho penal"*, Buenos Aires: Hammurabi, (1999), p. 140; BUSTOS, Juan; HORMAZÁBAL, Hernán, Op. Cit., pp.69-70;

³⁶ Por ejemplo, ETCHEBERRY, Alfredo, Op. Cit., p. 323., al hablar del principio de "No hay pena sin culpa".

³⁷ BUSTOS, Juan; HORMAZÁBAL, Hernán, Op. Cit., pp. 67 y 69-70; y BACIGALUPO, Enrique, *"Principios..."* Op. Cit., pp. 138 y 145.

³⁸ Véase MIR, Santiago, Op. Cit., p. 125.

³⁹ Idem.

también ha sido el mayor obstáculo para la doctrina que ha formulado modelos de heterorresponsabilidad penal de la persona jurídica tal como se explicará más adelante.

2.2.- El principio de responsabilidad por el hecho⁴⁰

Este principio va directamente en contra de la llamada culpabilidad de autor, culpabilidad por el carácter, culpabilidad por la conducción de la vida o con el Derecho penal de autor, que tienen como característica hacer un reproche a la persona por su manera de ser, por su estilo de vida o por su manera de actuar antes o después de la comisión del delito. Se puede vislumbrar como este tipo de culpabilidad fue aplicada en ciertos regímenes totalitarios⁴¹, como en la Alemania nazi al juzgar a las personas por ser gitanos o judíos, o incluso por países democráticos al penar la homosexualidad.

Lo que establece este principio, en concordancia con las definiciones anteriormente dadas de culpabilidad, es que a una persona sólo es posible reprocharle un hecho que ha cometido, no su personalidad ni su forma de actuar o ser antes de dicho hecho, siendo así que a una persona se le debe reprochar, por ejemplo, el haber robado cierto objeto, y no el haber sido ladrón en su pasado.

Dejando los detalles para un capítulo posterior, quiero señalar desde ya que también han surgido críticas a ciertos modelos de responsabilidad penal de la persona jurídica con base en este principio, al entender que lo que se les estaría reprochando en dichos modelos sería su comportamiento previo a la comisión de un delito y no la comisión misma de dicho delito.

⁴⁰ Véase Ídem. pp. 148-149.; BACIGALUPO, Enrique, "*Derecho penal...*" Op. Cit., pp. 413-415.; BUSTOS, Juan; HORMAZÁBAL, Hernán, Op. Cit., pp. 69-70.; MIR, Santiago, Op. Cit., p. 125.; y POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, Op. Cit., p. 249.

⁴¹ MIR, Santiago, Op. Cit. p. 125; POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, Op. Cit., p. 249.

2.3.- El principio de dolo o culpa⁴²

Como señala el profesor Mir, el principio de dolo o culpa es “tradicionalmente la expresión más clara del principio de culpabilidad”⁴³. Este principio va directamente en contra de la llamada responsabilidad objetiva, responsabilidad que regía en muchos ordenamientos primitivos en materia penal y que, en palabras del profesor Etcheberry, es “la situación que se produce cuando se sanciona a una persona por un hecho sin atender en absoluto a su posición subjetiva respecto de éste, y a veces, hasta prescindiendo de la imputación física (nexo causal)”⁴⁴. Es así como, en la actualidad, se considera insuficiente para castigar penalmente a una persona la producción o acaecimiento de un hecho-resultado: es necesario además que exista dolo (intención positiva de la persona) o culpa (imprudencia) por su parte.

Se debe señalar que este principio está directamente relacionado con el principio de proporcionalidad, ya que “hoy se admite generalmente que la pena del delito doloso (querido) debe ser mayor que la del delito imprudente (culposo), y que, si ni siquiera concurre imprudencia, porque el sujeto actuó con el cuidado que le era exigible, no cabe imponer pena alguna”⁴⁵.

2.4.- El principio de imputación personal⁴⁶

Antes de explicar el contenido de este principio y para evitar confusiones futuras, considero necesario recalcar que al hablar de *imputación personal* estamos hablando de *culpabilidad en sentido estricto*, y como ya se ha dicho en párrafos anteriores, la culpabilidad en sentido estricto hace referencia a la *culpabilidad como elemento del delito*⁴⁷; si bien el concepto amplio envuelve al estricto, no es correcto utilizarlos indistintamente. Para terminar de esclarecer su relación con el principio de culpabilidad, me apropiaré de las palabras del profesor Bacigalupo: “El principio de culpabilidad no es determinante en forma absoluta del

⁴²Vease BACIGALUPO, Enrique, “Principios...” Op. Cit., p. 140., BACIGALUPO; Enrique, “Derecho penal...”, Op. Cit., pp. 413 y ss.; BUSTOS, Juan; HORMAZÁBAL, Hernán, Op. Cit., p. 69.; MIR, Santiago, Op. Cit., p. 125; y ETCHEBERRY, Alfredo, Op. Cit., p. 323.

⁴³ MIR, Santiago, Op. Cit., p. 125.

⁴⁴ETCHEBERRY, Alfredo, Op. Cit., p. 324.

⁴⁵ MIR, Santiago, Op. Cit., p. 126.

⁴⁶ Ídem.

⁴⁷ Ibidem. p. 124.

concepto de culpabilidad de la teoría del delito. Naturalmente influye en él, pero sin determinar su estructura"⁴⁸, es así que "cuestiones como si el dolo y la culpa son elementos del concepto de culpabilidad o no, si la conciencia de la antijuricidad debe ser actual o solo potencial, si el estado de necesidad debe excluir la culpabilidad o responsabilidad por el hecho, etcétera, no depende del principio de culpabilidad."⁴⁹

Volviendo al principio en sí, "el principio de imputación personal impide castigar con una pena al autor de un hecho antijurídico que no alcance unas determinadas *condiciones psíquicas* que permitan su acceso normal a la prohibición infringida"⁵⁰, por lo que se exige no sólo que el hecho punible sea producido por una persona, sino que también que dicha persona pueda entender/saber que está cometiendo un delito, que tenga la capacidad de poder elegir entre cometer o no el delito, y que entienda el reproche social que conlleva su actuar. Es así como nadie, en la actualidad, podría pensar en culpar o castigar a un bebé por cometer algún hecho antijurídico, como tampoco podría, como se hacía antiguamente, reprochar y otorgar la categoría de responsable por un delito a un animal o a una cosa, ya que ninguno de los anteriores posee las condiciones psíquicas para comprender las implicancias jurídicas y sociales de sus actos.

En cuanto a las críticas que se le pueden hacer a los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en base a este principio (en conjunto con el de dolo o culpa), por ahora sólo se dirá que obedecen a la imposibilidad real y fáctica de que la persona jurídica tenga conciencia, por ello sería imposible que cumpliera con los requisitos psíquicos mencionados con anterioridad o que actuase con dolo o culpa. Personalmente considero que este es uno de los mayores inconvenientes a la hora de formular un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas que sea concordante con el principio de culpabilidad, al menos desde una perspectiva clásica donde todo el Derecho penal ha sido pensando y formulado en base a las personas naturales y en su capacidad de actuar libre y voluntariamente.

⁴⁸ BACIGALUPO, Enrique, "*Derecho penal...*" Op. Cit., p. 171.

⁴⁹ Ídem.

⁵⁰ MIR, Santiago, Op. Cit., p. 126.

2.5.- Principio de proporcionalidad de las penas⁵¹

Por último, el principio de proporcionalidad de las penas dice relación con la *culpabilidad como elemento moderador/limitador de la pena*, con ello se quiere decir que la pena impuesta por la comisión de un delito “no puede rebasar el marco de la culpabilidad de la respectiva conducta”⁵², que “en el momento de la individualización de la pena, el principio de culpabilidad exige que la sanción sea proporcionada al hecho cometido”⁵³.

En cuanto a este principio, autores como Mir consideran que se encontraría separado del principio de culpabilidad ya que su origen nace en relación a las medidas de seguridad⁵⁴. Es más, algunas de las críticas hacia el principio de culpabilidad proponían reemplazar este principio por el de proporcionalidad⁵⁵, pero como esclarecedoramente señala el profesor Bacigalupo “este punto de vista no tiene en cuenta que el principio de culpabilidad, aunque no sólo, es en parte un principio de proporcionalidad que establece la relación que debe existir entre la pena y determinados elementos de la conducta (los que fundamentan la reprochabilidad)”⁵⁶.

Respecto a este principio, se podrían formular críticas no ya a un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas determinado, sino más bien a las sanciones que normativamente se establezcan para ellas. Es así que podrían considerarse como excesivas penas consistentes en la disolución de la persona jurídica, toda vez que se asimilarían a la pena de muerte para las personas naturales.

3.- Consecuencias del principio de culpabilidad

Ya habiendo explicado el contenido del principio de culpabilidad y el de los subprincipios que lo integran, pasaré a señalar de una manera más ordenada las consecuencias

⁵¹ Véase POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, Op. Cit., p. 253.; BUSTOS, Juan; HORMAZÁBAL, Hernán, Op. Cit., p. 69.; BACIGALUPO, Enrique, “*Derecho penal...*” Op. Cit., pp. 169-170 y 172., BACIGALUPO, Enrique, “*Principios...*” Op. Cit., pp. 138, 140 y 149., MIR, Santiago, Op. Cit., p. 127.

⁵² BUSTOS, Juan; HORMAZÁBAL, Hernán, Op. Cit., p. 69.

⁵³ BACIGALUPO, Enrique, “*Principios...*” Op. Cit., p. 140.

⁵⁴ MIR, Santiago, Op. Cit., p. 127.

⁵⁵ BACIGALUPO, Enrique, “*Derecho penal...*” Op. Cit., p. 172; VELÁSQUEZ, Fernando, Op. Cit. p. 292.

⁵⁶ VELÁSQUEZ, Fernando, Op. Cit. p. 172.

que se derivan de ellos -y por lo tanto del principio de culpabilidad- a fin de facilitar el trabajo en capítulos posteriores:

- a) Como primera consecuencia, en base al principio de imputación personal, se excluye la legitimidad de toda pena que no tenga como fundamento o presupuesto la reprochabilidad del autor del hecho típico⁵⁷, por lo que se debe reconocer el error sobre los hechos (o al menos en cuanto a la antijuridicidad de ellos)⁵⁸ y que una persona no será imputable penalmente si no alcanza ciertas condiciones psíquicas y espirituales que le permitan cumplir con el derecho⁵⁹.
- b) Como segunda consecuencia, emanada del principio de personalidad de las penas, está la exclusión de la responsabilidad colectiva o por el hecho ajeno⁶⁰.
- c) Como tercera consecuencia, se excluye el Derecho penal de autor o responsabilidad por el carácter⁶¹, atendiendo al principio de responsabilidad por el hecho.
- d) Del principio de dolo o culpa se desprende que se excluye la responsabilidad objetiva y la presunción legal del dolo o de culpa⁶², por lo que es posible eximirse de responsabilidad penal por el caso fortuito (eximirse cuando el hecho/consecuencia ilícita es producto del azar)⁶³, que se excluye la *versari in re illicita* (responsabilidad por las consecuencias no previstas o dominables que se derivan de un hecho ilícito)⁶⁴ y también los delitos calificados por el resultado (o al menos se hace necesaria la reinterpretación de ellos de acuerdo al principio de culpabilidad)⁶⁵.
- e) Finalmente, producto del principio de proporcionalidad, “la pena debe ser proporcional a la gravedad de la culpabilidad”⁶⁶, por lo que se prohíben las penas inhumanas y degradantes⁶⁷, y se establece que no se puede aplicar una pena mayor,

⁵⁷ Ibidem. p. 169.

⁵⁸ Ibidem. p. 170

⁵⁹ Ídem.

⁶⁰ MIR, Santiago, Op. Cit., p. 125.

⁶¹ Ídem. y POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, Op. Cit., p. 249.

⁶² POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, Op. Cit., p. 247.; y BACIGALUPO, Enrique, “*Derecho penal...*” Op. Cit., p. 170.

⁶³ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, Op. Cit., pp. 249-250.

⁶⁴ Ibidem. p. 250. y BACIGALUPO, Enrique, “*Principios...*” Op. Cit., p. 140.

⁶⁵ Ibidem. p. 251 e Ídem.

⁶⁶ BACIGALUPO, Enrique, “*Derecho penal...*” Op. Cit., p. 170.

⁶⁷ BACIGALUPO, Enrique, “*Principios...*” Op. Cit., p. 149.

justificándose, por ejemplo, en las necesidades de prevención, ya sea especial o general⁶⁸, que la correspondiente a la culpabilidad de la persona .

⁶⁸ BACIGALUPO, Enrique, "*Derecho penal...*" Op. Cit., p. 170.

CAPÍTULO II

MODELOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS BASADOS EN LA CULPABILIDAD

1.- Consideraciones previas

Habiendo revisado el principio de culpabilidad, entendiéndolo que, en definitiva, debido a él, nuestro Derecho Penal está “centrado en la responsabilidad individual resultante de la libertad de la persona”⁶⁹, es decir, en la reprochabilidad personal, toca ahora revisar los diversos modelos dogmáticos de responsabilidad penal de las personas jurídicas que la doctrina ha formulado intentando no violar el principio ya mencionado para así no alejarse de la dogmática penal tradicional.

Es necesario mencionar que las teorías que se expondrán en este capítulo han sido las que diferentes países han utilizado como base al momento de generar sus respectivas normas jurídicas en cuanto a responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero que no por ello han estado libres de críticas.

También es necesario decir que en este trabajo sólo se revisarán los modelos que tienen como fundamento de la culpabilidad la reprochabilidad/imputación personal, es decir, que ven la culpabilidad en un sentido tradicional. No se revisarán las ideas de los autores que intentan cambiar el paradigma de lo que es la culpabilidad, ya que eso excedería el fin y objeto de este trabajo (que intenta analizar los modelos tradicionales de culpabilidad que ha generado la doctrina y que han adoptado una serie de naciones en sus ordenamientos)⁷⁰.

Por razones de orden, primero se tratarán los modelos de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, para luego pasar a los modelos dogmáticos de culpabilidad penal de las personas jurídicas que de ellos derivan.

⁶⁹ HURTADO, José, Op. Cit., p. 95.

⁷⁰ Sobre los modelos que intentan cambiar el paradigma de lo que significa y conlleva la culpabilidad, ver BACIGALUPO, Silvina, “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, Barcelona: Bosch (1998), pp. 193 y ss.

2.- Modelos de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas

En esta parte del capítulo se expondrán los modelos dogmáticos y legislativos, en términos amplios, que se han formulado y adoptado a la hora de establecer algún sistema de atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica.

2.1. Responsabilidad derivada

A este modelo de atribución también se le ha llamado modelo de heterorresponsabilidad, modelo vicarial, modelo de transferencia de responsabilidad o modelo de responsabilidad penal por atribución⁷¹, y consiste básicamente en transferir la responsabilidad penal de una persona natural a la persona jurídica, haciendo uso de un hecho de conexión entre ambos, siendo la regla general de que la persona natural sea integrante de la persona jurídica, ya sea como parte de alguno de sus órganos o siendo sólo un subordinado de ellos. Como señala el profesor Percy García⁷², este modelo es el utilizado en el sistema anglosajón, correspondiéndose a la teoría de la identificación o *alter ego theory*.

Como se puede apreciar, este modelo de responsabilidad puede ser sometido a diferentes críticas, siendo la principal que se atentaría contra el principio de culpabilidad al no respetar el principio de personalidad de las penas, es decir, el principio de culpabilidad por el hecho propio, al estar castigando a la persona jurídica por el hecho delictivo de una persona natural. También se podría decir que se estaría aplicando una responsabilidad penal puramente objetiva -que como sabemos, no es aceptada por el derecho penal moderno- a la persona jurídica al residir realmente la culpabilidad en la persona natural.

Debido a las críticas presentadas, la doctrina y los legisladores del sistema continental se han resistido a adoptar este modelo a la hora de legislar o de proponer modelos dogmáticos

⁷¹ GARCÍA, Percy, Op. Cit., p. 59.; MARTÍNEZ, Vicente, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, Núm. 26 (2011), p. 69.; DÍAZ, Andrés, "El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-08 (2011), p. 20.; GALÁN, Alfonso, "La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: Entre la hétero y la autorresponsabilidad", *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 15 (2011), p. 177.; entre otros.

⁷² GARCÍA, Percy, Op. Cit., p. 59.

de responsabilidad penal de las personas jurídicas⁷³, buscando así fundar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en una culpabilidad propia de ellas.

2.2. Responsabilidad propia

Las expresiones autorresponsabilidad, responsabilidad autónoma u originaria, modelo de culpabilidad o modelo de responsabilidad penal por hecho propio⁷⁴ también son empleadas para este modelo de atribución de responsabilidad, modelo que, al contrario de los modelos de heterorresponsabilidad, no se centra en transferir la responsabilidad de una persona natural a la persona jurídica, sino que busca fundar la culpabilidad en hechos o factores propios de la persona jurídica, intentando así evitar las críticas al modelo anterior y, con ello, respetar el principio de culpabilidad.

Este ha sido el modelo que los países de la tradición continental han tratado de adoptar a la hora de establecer una responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero se debe dejar claro desde ya que, si bien los modelos de autorresponsabilidad creados por la doctrina o legisladores tratan de respetar el principio de culpabilidad, no están exentos de críticas y suelen ser en la práctica modelos de responsabilidad derivada.

2.3. Sistemas Mixtos

En estos modelos se intenta tomar elementos de los dos modelos anteriores, por lo general atenuando las características del modelo de responsabilidad derivada y centrándose en los de la responsabilidad propia. Debido a lo anterior, si bien estos modelos intentan centrar la culpabilidad en actos o elementos propios de la persona jurídica, el actuar culpable de una persona natural sigue siendo un elemento fundamental, por lo que en realidad no podemos hablar de un sistema mixto, siendo en realidad un modelo derivado con elementos de un modelo de responsabilidad propia. A pesar de este problema, hay autores⁷⁵ que siguen

⁷³ En este sentido, por ejemplo, BAJO, Miguel; FEIJOO, Bernardo; GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit., pp. 21-23.

⁷⁴ GARCÍA, Percy, Op. Cit., p. 59.; MARTÍNEZ, Vicente, Op. Cit., p. 69.; DÍAZ, Andrés, Op. Cit. p. 20.; GALÁN, Alfonso, Op. Cit., p. 177.; entre otros.

⁷⁵ Por ejemplo, MARTÍNEZ, Vicente, Op. Cit., p. 69.

utilizando este término para referirse a los modelos elegidos por sus legisladores, probablemente con el fin de evitar críticas tan duras al no respetar, realmente, el principio de culpabilidad; por otra parte, otros autores⁷⁶ son conscientes de esto y si bien señalan que el sistema adoptado por su Estado tendría características de mixto, sigue siendo realmente un sistema de responsabilidad derivada.

2.4. Sistema Chileno

Habiendo revisado los modelos existentes, quisiera ahora analizar cuál sería el modelo adoptado por nuestro legislador. Para ello es menester tener a la vista el artículo 3° de la Ley N° 23.393 que establece los presupuestos para que se atribuya responsabilidad penal a una persona jurídica:

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

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

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

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

⁷⁶ En este sentido HERNÁNDEZ, Héctor, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, *Política Criminal*, Vol. 5 N° 9 (2010), p. 217.

De la lectura anterior podemos decir que, básicamente, para que en Chile una persona jurídica tenga responsabilidad penal se necesita que una persona, ya sea el dueño, un alto directivo, un representante, alguien que ejerza actividades de administración o alguna persona natural que este bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los anteriores sujetos, cometa directa e inmediatamente, en interés o provecho de la persona jurídica, alguno de los delitos señalados por la propia Ley. Como se puede apreciar, estos elementos serían los mismos que los que usaría un modelo de responsabilidad derivada, al centrar su atención en que el delito haya sido cometido por una persona natural, cuya culpa es transferida a la persona jurídica. Pero la Ley chilena no se queda allí, ya que también señala que el delito debe ser consecuencia de incumplimiento, por parte de la persona jurídica, de sus deberes de dirección y de supervisión (que se traducirían en el no haber implementado un modelo para la evitación de delitos), lo que vendría siendo lo que un modelo de responsabilidad propia prescribiría, es decir, una falta propia de la persona jurídica.

Por todo lo anterior, el modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica adoptado en Chile sería un sistema mixto, pero como ya se dijo anteriormente, mientras que no se elimine el nexo con las personas naturales y con ello la transferencia de responsabilidad, el sistema mixto sería en realidad un modelo de responsabilidad derivada con elementos de un modelo de responsabilidad propia. De lo anterior se desprende que en realidad en Chile opera un modelo de responsabilidad derivada, y por ello sería posible someterlo a la crítica de que no se respetaría realmente el principio de culpabilidad.

2.5. Toma de postura

Ahora, y en consideración a los modelos presentados anteriormente, si lo que se pretende en este trabajo es establecer si es posible la existencia de un modelo dogmático de responsabilidad penal de la persona jurídica que sea respetuoso con el principio de culpabilidad y que además intente asimilar la culpabilidad de las personas jurídicas a la culpabilidad de las personas naturales manteniendo la reprochabilidad como fundamento, es posible decir que de existir algún modelo que cumpla con dichas condiciones, este debiese estar circunscrito en el modelo de atribución de responsabilidad propio. No sería posible establecer un modelo de responsabilidad penal derivada ya que se atentaría directamente, como ya se

señaló previamente, contra el principio de la personalidad de las penas (principio que se encuentra contenido en el principio de culpabilidad), generando, además, con ello, una especie de responsabilidad objetiva para la persona jurídica.

Se debe indicar que, adelantando un poco lo que se dirá en el siguiente capítulo, muchas de las antiguas críticas al establecimiento de una responsabilidad penal de las personas jurídicas se hacían con base al principio de imputación personal al señalar que, básicamente, era imposible que las personas jurídicas alcanzasen las condiciones psíquicas necesarias para poder reprocharles un delito ya que no tenían una conciencia ni una voluntad propia.

La crítica anterior, si bien sigue siendo vigente, sería posible salvarla si consideramos lo escrito por Heine: “La ‘culpabilidad’ es finalmente una categoría sistemática, cuyos requisitos se deciden normativamente en función a fundamentos socialmente consensuales (concepto de culpabilidad normativa)”⁷⁷, por lo que no sería imposible establecer requisitos normativos para que las personas jurídicas pudiesen tener una culpabilidad diferente a la de las personas naturales. Respecto a esto, parte de la doctrina moderna está de acuerdo con el fondo de la idea, es decir, con la premisa de que es posible modificar el concepto de culpabilidad adaptándolo a las personas jurídicas, evitando así incumplir con el principio de culpabilidad⁷⁸. Por ejemplo, Miguel Bajo Fernández habla de una “Tercera vía”⁷⁹, siendo esta la incorporación de un Derecho Penal accesorio para las personas jurídicas, similar al Derecho Penal de menores, donde el concepto de culpabilidad no sea el mismo que para las personas naturales normalmente imputables.

⁷⁷ HEINE, Günther, “La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales”, en: HURTADO, José (Coordinador), *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas”* (1997), p. 39.

⁷⁸ Miguel Bajo Fernández, recogiendo su punto de vista y el de otros autores escribe “Resulta evidente que las propuestas dominantes en la doctrina toman como punto de partida los conceptos dogmáticos de una teoría del delito (acción/culpabilidad) que fueron elaborados o concebidos a partir de la persona física y, por tanto, encuentran muy difícil -por no decir, imposible- compatibilidad con la naturaleza de una persona jurídica. El reconocimiento de la necesidad de un replanteamiento del problema a partir de un cambio en las premisas metodológicas y, por tanto, la necesidad de un cambio de paradigma, fue expuesto en 1998 por S. BACIALUPO partiendo del funcionalismo de JAKOBS. En este sentido, entiende que los conceptos de acción y culpabilidad no requieren una reformulación, sino de un cambio de paradigma en el modelo del sujeto del Derecho penal que permitiría construir un nuevo concepto de acción y de culpabilidad”; BAJO, Miguel; FEIJOO, Bernardo; GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit., p. 28.

⁷⁹ BAJO, Miguel; FEIJOO, Bernardo; GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit., pp. 24 y ss.

En la siguiente sección del capítulo, pasaré a revisar los modelos dogmáticos más relevantes de culpabilidad de la persona jurídica basados en un sistema de autorresponsabilidad.

3.- Modelos dogmáticos de culpabilidad propia de la persona jurídica

Teniendo claro que, dentro de los modelos de atribución de responsabilidad penal, el único que podría ser respetuoso con el principio de culpabilidad sería el modelo de responsabilidad propia o de autorresponsabilidad, revisaremos en esta sección los diferentes modelos dogmáticos de culpabilidad que se basan en el modelo de atribución mencionado.

En cuanto a los modelos de culpabilidad, no limitándolos a los que se mencionarán, encontramos la culpabilidad por la conciencia especial de la persona jurídica, la culpabilidad por el espíritu normativo de la persona jurídica, culpabilidad funcional del órgano, culpabilidad por no evitación de los fallos organizativos de la persona jurídica, culpabilidad por no evitación de las influencias criminógenas de la persona jurídica, culpabilidad por el carácter de la empresa, culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial, culpabilidad por reprochabilidad ético-social empresarial, culpabilidad por defecto de organización y culpabilidad de la persona jurídica por su cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad⁸⁰.

A pesar de la gran cantidad de modelos dogmáticos mencionados, sólo se revisarán con mayor profundidad los dos últimos, es decir, la culpabilidad por defecto de organización y la culpabilidad de la persona jurídica por su cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad, mientras que, respecto de los demás, sólo se expondrán sucintamente. La razón de ello obedece a que considero que éstos modelos son similares entre sí, al punto de que es posible efectuar las mismas críticas en algunos casos⁸¹, sumado a que la doctrina moderna y

⁸⁰ Carlos Gómez-Jara Díez en BAJO, Miguel; FEIJOO, Bernardo; GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit., pp. 155-162.

⁸¹ Por ejemplo, se le puede criticar tanto a la culpabilidad por el carácter de la empresa, como también a la culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial, atentar contra el principio de culpabilidad por el hecho, al fijarse en el carácter o estilo de vida de la persona jurídica para fundar la reprochabilidad.

los legisladores los han dejado de lado, prefiriendo los dos últimos⁸² -culpabilidad por defecto de organización y culpabilidad de la persona jurídica por su cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad-.

3.1. Culpabilidad por la conciencia especial de la persona jurídica⁸³

Esta formulación fue propuesta por Hafter a principios del siglo XX, postulando que las personas jurídicas, al igual que las personas naturales, tendrían una voluntad, pero esta voluntad sería una voluntad especial. Dicha voluntad especial surgiría por la decisión conjunta de los miembros de la persona jurídica o por la toma de decisión del órgano competente que actúa con las limitaciones y dentro del marco de lo establecido en los estatutos de la persona jurídica. Señala además que no toda actuación o voluntad de la persona jurídica es per se culpable, siendo necesario que se genere una conciencia especial de la persona jurídica, naciendo esta, en definitiva, con el acuerdo conjunto o decisión del órgano que corresponda de la persona jurídica.

3.2. Culpabilidad por el espíritu normativo de la persona jurídica⁸⁴

Busch fue quien propuso este modelo, donde se intenta identificar la culpabilidad de la persona jurídica con la culpabilidad de todos los miembros de la persona jurídica, esto es, una culpabilidad colectiva, cuyo fundamento se encuentra en que todos los miembros de la persona jurídica han fomentado un determinado espíritu normativo de la persona jurídica que ha causado la comisión del delito por parte de uno de sus órganos. Algo curioso de este modelo,

Ver en BAJO, Miguel; FEIJOO, Bernardo; GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit., Pp. 159-161. y en GARCÍA, Percy, Op. Cit., pp. 62-63.

⁸² En este sentido, por ejemplo, BAJO, Miguel; FEIJOO, Bernardo; GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit.; MARTÍNEZ, Vicente, Op. Cit.; y GÓMEZ-JARA, Carlos, "¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel", *Política Criminal*, Vol. 5 N° 10 (2010), pp. 455-475.

⁸³ Resumen de lo expuesto en Carlos Gómez-Jara Díez en BAJO, Miguel; FEIJOO, Bernardo; GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit., pp. 155-156.

⁸⁴ Resumen de lo expuesto en Carlos Gómez-Jara Díez en BAJO, Miguel; FEIJOO, Bernardo; GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit., pp. 156-157.

es que Busch considera que no existen inocentes en la persona jurídica, ya que todos han participado en la creación de esa atmósfera o espíritu.

3.3 Culpabilidad funcional del órgano⁸⁵

Esta teoría fue formulada por Schroth varias décadas después, opinando que el comportamiento del órgano directivo de la persona jurídica representa la suma de las formas de comportamiento humanas agrupadas organizativamente en la empresa, por lo que en caso de que su implementación produzca un reprochable conflicto con normas jurídico-penales, existiría, para la comunidad jurídica, una formación de la voluntad colectiva defectuosa en el plano de la persona jurídica. Para evitar que se produzca una culpabilidad por el hecho ajeno, Schroth afirma que la culpabilidad funcional del órgano expresa la culpabilidad organizativa como decisión colectiva por el injusto, siendo la culpabilidad individual de cada miembro del órgano totalmente independiente de ello.

3.4. Culpabilidad por no evitación de los fallos organizativos de la persona jurídica⁸⁶

En este modelo, formulado por Hirsch, sostiene que la verdadera culpabilidad de la persona jurídica radica en la evitabilidad del hecho por parte de la propia corporación, debiendo entenderse por tal la evitabilidad de las deficiencias en la selección y supervisión de los representantes, otros fallos organizativos, una política empresarial criminógena, etc. Ahora, si bien Hirsch sostiene que la culpabilidad de la persona jurídica era distinta a la culpabilidad de las personas que la componían, intentando llenar el vacío que suponía la inexistencia de una psique de las personas jurídicas, plantea que es necesario, como presupuesto de la culpabilidad de la persona jurídica, la culpabilidad de uno de sus órganos, órgano que si poseía una psique por lo que sí podía actuar dolosa o culpablemente.

⁸⁵ Resumen de lo expuesto en Carlos Gómez-Jara Díez en BAJO, Miguel; FEIJOO, Bernardo; GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit., p. 157.

⁸⁶ Resumen de lo expuesto en Carlos Gómez-Jara Díez en BAJO, Miguel; FEIJOO, Bernardo; GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit., p. 158.

3.5. Culpabilidad por no evitación de las influencias criminógenas de la persona jurídica⁸⁷

Esta propuesta de culpabilidad fue pensada por Anne Ehrhardt, quien, profundizando en la noción de evitabilidad, señala que se precisa de una legitimación especial de que la persona jurídica *pudo hacer algo* en relación con el hecho de su representante por el que se le hace a ella responsable. Señala que las personas jurídicas tienen el deber de ir en contra de los factores criminógenos que pueda generar, de tal manera que no se conceda ningún espacio a un comportamiento delictivo por parte de sus representantes. Lo anterior, si bien puede tenerse por correcto a la hora de buscar una culpabilidad propia de las personas jurídicas, falla en el momento en que la autora opina que el mero comportamiento culpable de la persona física constituye el hecho de conexión para la sanción de la persona jurídica, sumado a la afirmación de que no es posible introducir alguna causa de exculpación para ella.

3.6. Culpabilidad por el carácter de la empresa⁸⁸

Este modelo fue formulado por Lampe, quien entiende que, ético-socialmente, también es posible realizar un reproche, por falta de corrección, a las personas jurídicas. En concreto, la culpabilidad en este modelo consiste en que ha creado o mantenido una cultura criminógena o ciertas deficiencias organizativas. Lampe afirma que de la misma manera en que nadie puede alegar en su defensa que no pudo hacer nada acerca de su carácter defectuoso, tampoco puede alegarlo la empresa, no aceptando la posibilidad de introducir causas de exención de responsabilidad, asimilando así este modelo al modelo de culpabilidad por el carácter de la persona natural -culpabilidad repudiada en el Derecho moderno-.

⁸⁷ Resumen de lo expuesto en Carlos Gómez-Jara Díez en BAJO, Miguel; FEIJOO, Bernardo; GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit., pp. 158-159.

⁸⁸ Resumen de lo expuesto en Carlos Gómez-Jara Díez en BAJO, Miguel; FEIJOO, Bernardo; GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit., pp. 159-160.

3.7. Culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial⁸⁹

Heine, a mediados de los años noventa, formula este concepto, señalando que la culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial puede definirse como una culpabilidad por una operativa empresarial defectuosa a lo largo del tiempo. Se trataría de un ejercicio deficiente del poder de organización sobre estructuras empresariales debido a una concreta actitud empresarial y, en definitiva, la persona jurídica sería responsable por el defectuoso control del riesgo que ha generado consecuencias sociales negativas a lo largo del tiempo. Heine, intentando fundamentar una individualidad propia de las empresas para así ser respetuoso con el principio de culpabilidad, señala que las graves deficiencias organizativas que fundamentan una culpabilidad empresarial no son imaginables sin una mentalidad y actitud empresarial que se reflejarían en una cultura empresarial deficiente.

3.8. Culpabilidad por reprochabilidad ético-social empresarial⁹⁰

Gehard Dannecker, creador de este modelo, hace la diferenciación entre el reproche ético-individual y el reproche ético-social, donde el último se basa en una filosofía empresarial insuficiente o en una estructura organizativa deficitaria. Sobre la base de lo anterior, Dannecker señala que la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica se basa en su responsabilidad por sus prestaciones colectivas defectuosas, las cuales están fundamentadas en déficits de la estructura de la organización o de la ética de la persona jurídica, donde en definitiva la culpabilidad consistiría en no haber creado las condiciones necesarias para la evitación de la realización del injusto.

3.9. Culpabilidad por defectos de organización

Este modelo de culpabilidad fue ideado por Tiedemann⁹¹ y es posiblemente el primer modelo formulado para una responsabilidad propia de la persona jurídica. Tiedemann concibe

⁸⁹ Resumen de lo expuesto en Carlos Gómez-Jara Díez en BAJO, Miguel; FEIJOO, Bernardo; GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit., pp. 160-161.

⁹⁰ Resumen de lo expuesto en Carlos Gómez-Jara Díez en BAJO, Miguel; FEIJOO, Bernardo; GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit., pp. 161-162.

⁹¹ HURTADO, José, Op. Cit., p. 107.; BACIGALUPO, Silvina, Op. Cit., p. 169, entre otros.

la culpabilidad de la persona jurídica como una culpabilidad distinta a la de la persona natural que comete el ilícito, fundada en un reproche ético, siendo una culpabilidad donde el reproche es jurídico-social⁹², culpabilidad que “radicaría esencialmente en una carencia o deficiencia organizativa de la propia persona jurídica”⁹³. Lo reprochable según este modelo, no es el ilícito que ha cometido uno de los miembros de la persona jurídica (que por cierto se le atribuye a ella), sino que, lo que se le criticaría realmente, sería que, por la no adopción de ciertas medidas o modelos de seguridad por parte de la persona jurídica, ese miembro de ella (persona natural) cometió un delito⁹⁴. Es así, como Tiedemann señala, “En efecto, «los hechos individuales (hechos de conexión) se consideran delitos de la persona jurídica porque y en tanto que la persona jurídica –a través de sus órganos o representantes- han omitido tomar las medidas de seguridad necesarias para asegurar un funcionamiento empresarial no delictivo»”⁹⁵.

Al leer lo anterior, en cuanto al factor de conexión (hecho cometido por la persona natural), podemos pensar inmediatamente en el modelo de responsabilidad derivada; Tiedemann consciente de ello, utiliza la figura de la omisión⁹⁶ y de la *actio libera in causa* para intentar evitar la posible crítica y mantener así la imputación del delito en la persona jurídica⁹⁷. De acuerdo a esto, debido a que previamente la persona jurídica no adoptó medidas de seguridad, en la actualidad se vería incapacitada para evitar la comisión de delitos⁹⁸, “así, la carencia de una culpabilidad en relación con el hecho propiamente lesivo...es irrelevante puesto que este hecho ha sido causado por una culpabilidad antecedente (*Vorverschulden*) reprochable, que sería la específicamente empresarial”⁹⁹.

⁹² HURTADO, José, Op. Cit., p. 107.; BACIGALUPO, Silvina, Op. Cit., p. 171.; BAJO, Miguel; FEIJOO, Bernardo; GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit., p. 163.

⁹³ GARCÍA, Percy, Op. Cit., p. 61.

⁹⁴ BAJO, Miguel; FEIJOO, Bernardo; GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit., p. 163.; HURTADO, José, Op. Cit., p. 107.; GARCÍA, Percy, Op. Cit., p. 61.; MARTÍNEZ, Vicente, Op. Cit. p. 71.; BACIGALUPO, Silvina, Op. Cit., p. 171.

⁹⁵ BAJO, Miguel; FEIJOO, Bernardo; GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit., p. 164. citando a TIEDEMANN, NJW 1988, p. 1172.

⁹⁶ GARCÍA, Percy, Op. Cit., p. 61.

⁹⁷ BACIGALUPO, Silvina, Op. Cit., p. 172.; BAJO, Miguel; FEIJOO, Bernardo; GARCÍA, Percy, Op. Cit., p. 61.; GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit., p. 164.

⁹⁸ GARCÍA, Percy, Op. Cit., p. 61

⁹⁹ BAJO, Miguel; FEIJOO, Bernardo; GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit., p. 164. citando a TIEDEMANN, NJW 1988, p. 1173.

Pero esta solución no sería en realidad adecuada para poder salvar las críticas a la similitud con un modelo de responsabilidad derivada, ya que el uso de la figura *actio libera in causa* puede criticarse desde dos vertientes¹⁰⁰. La primera, al afirmar que en realidad la persona jurídica es incapaz de actuar por sí misma, al menos no de una manera libre, ya que siempre será un representante el que actúe a nombre de ella. La segunda vertiente, directamente relacionada con la primera, dice que para salvar la crítica anterior no se puede recurrir a la acción de un tercero (haciéndose referencia a la acción previa de los órganos de la persona jurídica), ya que la *actio libera in causa* siempre se refiere a la decisión previa del autor del ilícito, esto es, en este caso, de la misma persona jurídica.

Sobre la misma crítica, la profesora Silvina Bacigalupo, siendo mucho más dura, señala derechamente que “la analogía entre la *actio libera in causa* y la responsabilidad de las personas jurídicas es discutible. La persona jurídica no tiene capacidad de culpabilidad (en sentido ético, siquiera social) ni en el momento de comisión del delito, ni tampoco en el momento anterior”¹⁰¹.

Antes de pasar a otras críticas que se le han hecho a este modelo de culpabilidad propia de la persona jurídica, me gustaría agregar una última reflexión al problema del uso de la *actio libera in causa*: utilizar dicha figura presupone una culpabilidad propia de la persona jurídica, culpabilidad que precisamente se está discutiendo e intentando dar forma, por lo que su uso, sin haber resuelto el problema inicial, es un error lógico en esa argumentación.

Otra crítica¹⁰² que se le ha hecho a este modelo versa sobre el hecho de conexión, realizado por una persona natural, necesario para generar la culpabilidad de la persona jurídica. Se genera un problema cuando no es posible identificar a la persona natural que ha incurrido en un ilícito, es decir, cuando hay una irresponsabilidad organizada. En estos casos, al faltar el hecho de conexión, no sería posible establecer una responsabilidad de la persona jurídica (al menos en este modelo), con el consiguiente problema de impunidad que se produce. Carlos Gómez-Jara menciona que, debido a esta crítica, la exigencia del hecho de

¹⁰⁰ Las dos vertientes se extraen de BAJO, Miguel; FEIJOO, Bernardo; GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit., p. 165.

¹⁰¹ BACIGALUPO, Silvina, Op. Cit., p. 172.

¹⁰² BAJO, Miguel; FEIJOO, Bernardo; GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit., p. 166.

conexión se flexibilizó, al punto de que “se considere una mera condición objetiva de punibilidad”¹⁰³.

Otro reparo¹⁰⁴ dice relación con el hecho de que en este modelo no existen causales de exculpación, lo que generaría una responsabilidad objetiva para la persona jurídica, aplicándose de paso una responsabilidad por el hecho ajeno (atentándose contra del principio de culpabilidad). La razón de ello radicaría en el miedo a que la empresa pudiera exculparse por el cumplimiento de normas básicas de organización empresarial. Lo anterior es una consecuencia lógica si entendemos que, a pesar de llamar como de responsabilidad propia de la persona jurídica a este modelo, en realidad dicha responsabilidad depende del actuar de una persona natural, por lo que no se podría exculpar a la persona jurídica al constatarse el acto ilícito cometido por la persona natural, ya que para ello habría que centrar su atención exclusivamente en ésta, idea que iría en contra de un modelo basado en la autorresponsabilidad.

Finalmente, también es posible formular un crítica en cuanto a los orígenes de este modelo, ya que, en primer lugar, el término “culpabilidad por defecto de la organización” (nombre de este modelo) proviene del ámbito civil alemán¹⁰⁵, y, en segundo lugar, que Tiedemann formuló este modelo luego de la reforma de la Ley de lucha contra la criminalidad económica¹⁰⁶, norma de carácter administrativo que sancionaba directamente a las personas jurídicas¹⁰⁷.

Ya vistas las críticas al modelo de Tiedemann, y antes de pasar a revisar el siguiente, hay que mencionar que este modelo fue evolucionando a través del tiempo, dando forma al modelo de defecto de organización permanente¹⁰⁸. Si bien Martínez (quien habla de este modelo) no expresa textualmente que es una evolución del modelo original de Tiedemann, esto se puede desprender al ver el primer elemento de este modelo, el cual es la idea de culpabilidad de la empresa como defecto de organización en la dirección empresarial. En este modelo, además de tener como eje el defecto de la organización (la que generaría que sus miembros

¹⁰³ Ídem.

¹⁰⁴ Ídem.

¹⁰⁵ Ibidem., p.163.

¹⁰⁶ Ídem. y BACIGALUPO, Silvina, Op. Cit., pp. 169-170.

¹⁰⁷ BACIGALUPO, Silvina, Op. Cit., p. 170.

¹⁰⁸ MARTÍNEZ, Vicente, Op. Cit., p. 72.

comentan delitos), se le suma un segundo elemento fundamental, que es su distinta estructura temporal, con esto se quiere decir que se le pone énfasis en que el defecto de organización sea algo extendido en el tiempo, un defecto permanente, lo que da como resultado que “comportamientos individuales aislados, sin conexión con defectos de organización estables o estructurales no dan lugar a responsabilidad”¹⁰⁹. Esta permanencia del defecto podría constatarse, por ejemplo, por la reincidencia en la comisión de delitos (lo que también actuaría como un agravante). También es posible desprender de los postulados de Martínez un tercer elemento, vinculado a la culpabilidad reactiva, que dice relación con el comportamiento que adopta la persona jurídica después de que se haya cometido el ilícito, lo que influiría en la sanción a aplicar. Al ser una versión más moderna del modelo de Tiedemann, podrían hacerse las mismas críticas ya vistas en su oportunidad, pero además de ello se le podrían sumar otras como, por ejemplo, el incurrir en un Derecho penal de autor al exigir un comportamiento a lo largo del tiempo.

3.10. Culpabilidad de la persona jurídica por su cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad

Este modelo es uno de los más modernos¹¹⁰ y surge en la primera década del siglo XX como consecuencia de las críticas a los modelos de culpabilidad de las personas jurídicas existentes a esa fecha, gracias al desarrollo del concepto constructivista de culpabilidad de la persona jurídica¹¹¹. Sobre esto, se señala que, si bien la culpabilidad individual y la culpabilidad empresarial no son idénticas, si es posible que resulten funcionalmente equivalentes¹¹², haciendo uso, para fundamentar lo anterior, de aportes de otras disciplinas, particularmente de la corriente epistemológica de la teoría de sistemas sociales autopoieticos¹¹³. En cuanto al por qué pueden ser funcionalmente equivalentes ambas culpabilidades, se dice que entre ellas hay “tres equivalentes funcionales que se corresponden con los tres pilares del concepto de culpabilidad individual: la fidelidad al Derecho como condición para la vigencia de la norma,

¹⁰⁹ Ídem.

¹¹⁰ MARTÍNEZ, Vicente, Op. Cit., p. 72. y GARCÍA, Percy, Op. Cit., p. 63.

¹¹¹ BAJO, Miguel; FEIJOO, Bernardo; GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit., pp. 168-169.

¹¹² GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit., p. 462.

¹¹³ Ibidem., pp. 459-460.

el sinalagma básico del Derecho penal y, por último, la capacidad de cuestionar la vigencia de la norma”¹¹⁴. Debo señalar que con el segundo equivalente funcional nos referimos a la autorresponsabilidad empresarial, similar a la autorresponsabilidad de la persona natural, que se manifestaría en este caso en una libertad de autoorganización versus la responsabilidad empresarial por las consecuencias antijurídicas que dicha autoorganización genere¹¹⁵.

Profundizando un poco más, este modelo, a diferencia de los ya presentados, prescinde del actuar de una persona natural que sea parte de la persona jurídica o que esté a su cargo, tratando directamente a la persona jurídica como si fuera una persona natural al hacer uso del concepto de autorreferencialidad, con la idea de que una persona jurídica puede llegar a un grado de autorreferencialidad similar (o al menos funcionalmente similar) al de un ser humano, llegando a convertirse en un sistema autopoietico de orden superior¹¹⁶. “Expresado de otra manera: a lo largo del tiempo se produce una *acumulación* de círculos autorreferentes en el ámbito empresarial hasta llegar al encadenamiento hipercíclico de los mismos, momento en el cual emerge verdaderamente el actor corporativo (*corporate actor*) como sistema autopoietico de orden superior”¹¹⁷. Lo que propone finalmente es un cambio de paradigma donde se deje de lado la visión antropológica de la persona en la imputación penal, centrándose en la comunicación como elemento esencial, elaborando una culpabilidad jurídico-penal general y no sólo una culpabilidad penal de la persona jurídica¹¹⁸.

Personalmente, este modelo me parece increíblemente atractivo y creativo, y a la vez bastante complejo por el uso de teorías que se apartan de lo jurídico, llevándonos a ramas de la psicología como lo es el constructivismo. A pesar de lo anterior, y sin intención de adelantarme a las críticas, considero que precisamente el ser increíblemente creativo lleva a que este modelo sea demasiado artificial y forzado, no logrando convencer realmente.

Debido a la complejidad del tema, a continuación, sólo se revisarán los equivalentes funcionales mencionados anteriormente, esto es, la fidelidad al Derecho como condición para

¹¹⁴ Ibidem., p. 462.

¹¹⁵ Ibidem., pp. 463-464.

¹¹⁶ Ibidem., p. 456.

¹¹⁷ Ídem.

¹¹⁸ GARCÍA, Percy, Op. Cit., pp. 63-64.

la vigencia de la norma, la autorresponsabilidad empresarial y la capacidad de cuestionar la vigencia de la norma, pasando luego a algunas críticas que se le pueden hacer a este modelo.

Como último comentario previo al análisis de los equivalentes funcionales, si bien se dijo que esta teoría tiene sus orígenes en la primera década del siglo XX, este modelo ha sido particularmente desarrollado por el profesor Carlos Gómez-Jara Díez, pudiendo destacar el artículo que escribe como respuesta al texto del profesor Alex Van Weezel (“Contra la responsabilidad de las personas jurídicas”), titulado “¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel”. Por lo anterior, todas las referencias que se harán a continuación versarán sobre lo escrito por él.

Pasando ahora a ver los equivalentes funcionales mencionados, en primer lugar, encontramos la fidelidad al Derecho como condición para la vigencia de la norma. Con la desmitificación del mundo y del Estado, nace la necesidad de exigirles a las empresas una obligación primordial que afecta a toda persona jurídico-penal, la obligación de fidelidad al Derecho, lo cual se concreta en la institucionalización de una cultura empresarial de fidelidad al Derecho¹¹⁹. Lo anterior se debe a la dificultad del Estado para poder controlar ciertos riesgos de una sociedad post-industrial moderna¹²⁰, generando así el fenómeno de la autorregulación empresarial, al ser más sencillo para la misma organización que para el Estado, regular su organización interna¹²¹. El resultado del reconocimiento de la autonomía de la persona jurídica, que deriva en una obligación de fidelidad al Derecho, da como resultado el nacimiento, al igual que para una persona natural, de un ciudadano fiel al Derecho (pero en este caso, un ciudadano corporativo), con la consecuencia de que el no establecimiento de una institucionalización de fidelidad al Derecho llevaría a un quebrantamiento del rol de ciudadano corporativo, lo que equivaldría a la manifestación de la culpabilidad jurídico-penal empresarial¹²².

El segundo equivalente funcional versaría sobre la autorresponsabilidad empresarial mencionada anteriormente, que derivaría en una libertad de autoorganización empresarial, que se pondría frente a la responsabilidad por las consecuencias de la actividad empresarial¹²³.

¹¹⁹ BAJO, Miguel; FEIJOO, Bernardo; GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit., pp. 168-169; GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit., pp. 462-463.

¹²⁰ BAJO, Miguel; FEIJOO, Bernardo; GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit., pp. 168-169

¹²¹ Ídem.

¹²² Ídem.

¹²³ Ibidem., p. 170; GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit., p. 463.

Con esto se quiere decir que, al igual que una persona natural, si bien se le da cierta libertad en el actuar, dicha libertad no es ilimitada, teniendo como obligación mantener el ámbito de la organización empresarial dentro de los márgenes permitidos por la ley, dentro del riesgo permitido¹²⁴. El profesor Gómez-Jara, haciendo una referencia a Jakobs, señala que “la persona jurídica pasa de ser un mero actor económico basado en la lógica racional de los costes/beneficios a convertirse en una persona jurídica-penal orientada por el esquema derechos/deberes”¹²⁵, lo que constituiría a la persona jurídica en un verdadero ciudadano fiel al Derecho¹²⁶.

Finalmente, el tercer equivalente funcional, teniendo presente la calidad de ciudadano fiel al Derecho, dice relación con la capacidad de la persona jurídica, al igual que una persona natural, de poder participar en los asuntos públicos y en definitiva poder contribuir en el proceso de creación y definición de las normas jurídicas¹²⁷, es decir, de la capacidad de cuestionar la vigencia de la Ley. El profesor Gómez-Jara señala que, haciendo uso de las consideraciones de Lawrence Friedman (quien a la vez las hace en relación a la sentencia de la Corte Suprema estadounidense *First National Bank of Boston vs. Bellotti*), a pesar de que las personas jurídicas no puedan votar como una persona natural, la capacidad de influir y cuestionar las normas radicaría en la libertad de expresión que se les reconoce¹²⁸.

Antes de pasar a las críticas de este modelo, es esencial recalcar que el profesor Carlos Gómez-Jara no cree en una culpabilidad penal de todas las personas jurídicas, considera que solo es posible responsabilizarlas en el caso de que cumplan con los tres equivalentes funcionales ya tratados y, en definitiva, que hayan alcanzado cierto nivel de madurez o de complejidad que les permita tener una autorreferencialidad suficiente para poder reprocharles sus actos¹²⁹.

¹²⁴ BAJO, Miguel; FEIJOO, Bernardo; GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit., p. 170; GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit., p. 464.

¹²⁵ BAJO, Miguel; FEIJOO, Bernardo; GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit., p. 170

¹²⁶ Ídem.

¹²⁷ BAJO, Miguel; FEIJOO, Bernardo; GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit., pp. 170-171; GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit., pp. 464-465.

¹²⁸ BAJO, Miguel; FEIJOO, Bernardo; GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit., p. 171.; GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit., pp. 464-465.

¹²⁹ GARCÍA, Percy, Op. Cit., p. 64; y GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit p. 457.

En cuanto a las críticas, Percy García señala que “pese al extraordinario esfuerzo conceptual de esta propuesta, se le ha cuestionado llevar a una identidad mediante conceptos tan abstractos que finalmente desdibujan aspectos irrenunciables de la persona individual”¹³⁰. En lo personal, creo que este modelo es sumamente creativo, pero que en realidad se está postulando algo imposible: darle voluntad a una ficción, darle una especie de consciencia a una figura jurídica que formalmente no es más que papel, y que en la práctica es el conjunto de objetos y personas, quienes, dicho sea de paso, tienen su propia voluntad y libertad de acción. No estamos en un mundo de fantasía como el de Pinocchio donde pueda llegar un ser con poderes fantásticos y conferirse voluntad a un objeto inanimado (¡y pensemos que las personas jurídicas no llegan siquiera a ser objetos!).

4.- Toma de postura

Ya se ha visto que la doctrina está conteste en que la única posibilidad de un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, dentro de un Derecho penal moderno, que sea acorde al principio de culpabilidad, tendría que estar basado en un modelo de responsabilidad propia de la persona jurídica y no en un modelo de responsabilidad derivada. Debido a la premisa anterior, a través de las últimas décadas, diversos académicos han postulado una gran cantidad de modelos de culpabilidad para las personas jurídicas, dentro de los cuales se revisó especialmente, al ser uno de los más adoptados y aceptados por la doctrina y legislaturas, el de una culpabilidad por defectos en la organización y, al ser particularmente original y novedoso, el de una culpabilidad de la persona jurídica por su cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad.

En cuanto a los modelos que no se llegaron a revisar en profundidad, leyendo sus características básicas, salta a la vista que, si bien todos trataron de moldear una culpabilidad propia de la persona jurídicas, varios de ellos requerían la intervención de una persona natural o de un órgano de la persona jurídica, con culpabilidades propias, generándose así una responsabilidad por el hecho ajeno o una responsabilidad objetiva. Por otro lado, los que prescindían de la culpabilidad de alguien diferente a la persona jurídica, cometían el error de

¹³⁰ GARCÍA, Percy, Op. Cit., p. 64.

generar una culpabilidad extremadamente similar a la culpabilidad por el carácter de las personas naturales, al exigirles llevar cierto estilo de vida corporativa u organizacional o no permitir la posibilidad de establecer causales de exención de responsabilidad o de exculpación, generando así una culpabilidad objetiva.

Ahora, en cuanto a la culpabilidad por defecto en la organización y sus derivados o evoluciones, teniendo en consideración las críticas y características expuestas, se puede afirmar que en realidad no es un modelo de verdadera responsabilidad propia, toda vez que es necesaria la acción ilícita de un tercero cuya responsabilidad, en los hechos, es trasladada a la persona jurídica, por lo que estaríamos ante una responsabilidad derivada, pero vestida de responsabilidad propia. Por ello no sería correcto adoptar este modelo de culpabilidad si uno quiere respetar el principio de culpabilidad.

Sobre este modelo más moderno, a pesar de su originalidad y esfuerzo intelectual, no llega a convencer, ya que pretende fundamentar una manera de que una entidad inanimada (en este caso una empresa) logre adquirir una conciencia con el mero paso del tiempo, tal como si se tratara de un ser vivo que evoluciona lentamente, hecho totalmente imposible en la realidad.

Finalmente, considerando lo ya expuesto, al confirmar que los modelos de culpabilidad propia de las personas jurídicas presentadas en este capítulo no respetan realmente el principio de culpabilidad, considero que, por el momento, no hay un modelo de culpabilidad para las personas jurídicas que sea convincente y adecuado para un Derecho penal moderno fundado en el principio de culpabilidad. Es por ello que, en el próximo capítulo, se revisarán otras opciones que ha generado la doctrina con el fin de no violar el principio de culpabilidad a la par de que no se deje en impunidad a los delitos cometidos por las personas jurídicas.

CAPÍTULO III

EN CONTRA DE LA CULPABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Analizado ya el principio de culpabilidad y los modelos de responsabilidad penal para las personas jurídicas que la doctrina ha formulado a través del tiempo intentando respetar el principio ya mencionado, y habiendo concluido que dichos modelos no logran tal propósito, corresponde ahora ver las posturas de la doctrina que no creen en una culpabilidad propia de las personas jurídicas y las soluciones que se dan para evitar que los delitos cometidos a través de ellas queden impunes.

1.- Crítica tradicional a la posibilidad de una culpabilidad propia de las personas jurídicas

Como ya se señaló tempranamente en este trabajo, hasta hace algunas décadas, en nuestra tradición jurídica, regía plenamente el dogma *societas delinquere non potest*, señalando de manera absoluta la imposibilidad de que las sociedades/personas jurídicas delinquieran. Lo anterior es directo resultado del entendimiento clásico de la culpabilidad como reprochabilidad, tema que se trató anteriormente en este trabajo. Para que pudiese ser reprochable el actuar de una persona jurídica, esta debiese tener la capacidad psicológica de poder entender sus actos, es más, debiese tener la capacidad de actuar por sí misma, entender sus actos y entender los motivos por los cuales su actuar es antijurídico, hecho que es totalmente imposible al no ser las personas jurídicas ni si quiera una cosa con voluntad propia¹³¹. Lo anterior nos resulta similar a lo que ocurría en la antigüedad, donde se culpaba penalmente a animales por sus actos cometidos, lo cual, en la actualidad, resulta totalmente un sinsentido. Bajo esta misma lógica van Weezel, argumentado en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, señala que “Es posible que en ellas pueda desarrollarse con el paso de los años un cierto grado de autorreferencialidad, como el que existe en todo sistema

¹³¹ Günter Jakobs (siendo citado mediante sus palabras por Carlos Gómez-Jara en GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit p. 457.) señaló que en caso de imputarle a la persona jurídica la culpabilidad de su órgano, la necesaria consecuencia pasa por ‘desimputársela’ a éste -lo cual sería políticamente inaceptable-, por otro lado, si se construye una culpabilidad propia de la persona jurídica -es decir, no imputándole la de su órgano-, entonces, en realidad, no se trata de una verdadera culpabilidad ya que la persona jurídica carece de autoconciencia, y, consecuentemente, ‘no se sabe a sí misma libre’.

relativamente complejo, pero dicha autorreferencialidad nunca superará a la que posee una ameba”¹³². Por su parte “Savigny y su teoría de la ficción, estableció que la persona jurídica era una mera ficción a la que no podía atribuirse una voluntad susceptible de ser examinada conforme al principio de culpabilidad, defendiendo que los verdaderos y únicos responsables del delito son las personas físicas que se encuentran tras la persona jurídica”¹³³

Para finalizar este punto, comparto lo que señala van Weezel quien con gran lógica señala “Aquí aflora finalmente el núcleo de la cuestión. Ocurre que el buen partidario de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no espera una ‘toma de conciencia’ de la corporación, pues resulta evidente que la personalidad de un ente moral es, en el mejor de los casos, meramente pasiva y se limita a reflejar lo que las personas naturales hacen con él; se trata, en este sentido, de una personalidad ‘especular’. Este modelamiento extrínseco de la ‘vida’ de la persona jurídica puede ocurrir en términos muy masivos y difusos, pero eso no altera lo esencial: la persona jurídica es el objeto, el receptáculo, el espejo de la obra, y por tanto de la culpabilidad, de otros.”¹³⁴.

2.- Alternativas para evitar la impunidad de los delitos cometidos por las personas jurídicas

Entendiendo en donde radica la crítica tradicional a la posibilidad de una culpabilidad penal de las personas jurídicas (y por lo tanto a una responsabilidad penal de las personas jurídicas), toca ahora revisar algunas alternativas que la doctrina, que adopta dicha postura, ha formulado para evitar la impunidad de los delitos cometidos por, o mejor dicho a través de, las personas jurídicas.

2.1. Responsabilidad penal limitada a cierto tipo de persona jurídica

Gómez-Jara Díez, consciente de la crítica tradicional a la posibilidad de la existencia de una culpabilidad de las personas jurídicas, en su trabajo “¿Responsabilidad penal de todas las

¹³² VAN WEEZEL, Alex, Op. Cit., p. 125.

¹³³ MARTÍNEZ, Vicente, Op. Cit., p. 62.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 126.

personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel”, desarrolla el modelo de culpabilidad de la persona jurídica por su cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad ya tratado en este trabajo. En dicho trabajo, usando el símil de la ameba acuñado por van Weezel para desarrollar su teoría, Gómez-Jara señala que es cierto que, para poder reprocharle una conducta a una persona jurídica, al igual que a una persona natural, es necesario que cumpla con ciertas condiciones y características que le permitan tener una determinada autorreferencialidad interna¹³⁵, lo que vendría siendo un símil a la capacidad psicológica de los seres humanos para entender sus propios actos, como ya se explicó en un capítulo anterior.

En resumen, Gómez-Jara, postula que se debería establecer una responsabilidad penal de las personas jurídicas basada en una culpabilidad propia de ellas, pero a su vez señala que dicha culpabilidad, junto a la responsabilidad penal que se deriva de ella, no se vería presente en todas las personas jurídicas, siendo necesario que alcanzasen ciertos niveles de complejidad que las llevasen a tener una autorreferencialidad interna. En sus palabras “el hecho de que una organización empresarial se constituya como persona jurídica em Derecho civil no implica, per se, que ostente personalidad jurídico-penal”¹³⁶.

Respecto a esta postura y solución, me remitiré a la crítica que hice en su oportunidad al tratar el modelo de culpabilidad formulada por este autor: si bien se intenta hacer cargo de la crítica clásica a la imposibilidad de culpabilidad de las personas jurídicas dándoles una especie de consciencia a éstas, su forma de hacerlo resulta sumamente artificiosa, por lo que no llega a convencer¹³⁷. Sin perjuicio de lo anterior, debo señalar que considero correcto que, en la práctica legislativa, se diferencie entre las personas jurídicas a las que se les puede sancionar directamente y a las que no, recayendo, en estos casos, la sanción en los responsables legales de ellas: de nada serviría, por ejemplo, sancionar a empresas fantasmas o a empresas individuales de responsabilidad limitada.

¹³⁵ GÓMEZ-JARA, Carlos, Op. Cit p. 473.

¹³⁶ Ídem.

¹³⁷ Si bien Gómez-Jara cree en una culpabilidad propia de las personas jurídicas, he considerado que su postura puede considerarse en este capítulo ya que, en un sentido global, él piensa que es imposible que todas las personas jurídicas puedan tener culpabilidad, siendo necesario distinguir las que reúnan los requisitos para ello, por lo que postularía algo diferente al resto de la doctrina que no hace distinción.

2.2. Sancionar penalmente sin que sea necesaria la culpabilidad

Al entender que no era posible que las personas jurídicas tuviesen algún tipo de culpabilidad, diversas legislaciones establecieron *consecuencias accesorias* para la comisión de delitos que hiciesen uso de ellas, fundamentando su imposición en la peligrosidad objetiva de éstas.¹³⁸ No está demás mencionar que es discutible los términos a usar para dicha sanción, ya que, de acuerdo a lo escrito, difícilmente podría considerarse como una *pena* propiamente tal.

Otra forma de reaccionar a los delitos cometidos a través de las personas jurídicas, sin que fuese necesaria la culpabilidad, podría ser mediante la aplicación de medidas de seguridad, equiparándolas a los inimputables, teniendo como fundamento, al igual que consecuencias accesorias, la peligrosidad objetiva.

Respecto a las dos posibilidades anteriores, al no ser las consecuencias accesorias y las medidas de seguridad realmente penas, y por ello no tener el valor social y comunicativo que conllevan las sanciones penales, considero que no sería necesario hacer uso del sistema penal para poder aplicarlas, siendo perfectamente factible hacerlo mediante algún órgano administrativo (idea que se verá a continuación).

2.3. Sanciones no penales

Como tercera opción, parte de la doctrina ha señalado que lo correcto es la aplicación de sanciones no penales, desde medidas civiles hasta sanciones administrativas, siendo ésta una de las opciones más aceptadas toda vez que, desde antaño, se ha aceptado que a las empresas se les puede sancionar por parte de la administración cada vez que cometen faltas a los diversos cuerpos normativos¹³⁹. Respecto a esto Jakobs señala que “Puede perfectamente imponerse una sanción a una persona jurídica o a una masa patrimonial heteroadministrada, tan sólo no debe bautizarse con el nombre de ‘pena’ si se quieren evitar confusiones”¹⁴⁰.

¹³⁸ GARCÍA, Percy, Op. Cit., pp. 56 y 57.

¹³⁹ Por ejemplo, en GÜNTER, Heine, Op. Cit., p. 20, se señala que Alemania, Austria y Suiza el legislador estableció sanciones específicas para las organizaciones, tanto en el derecho de contravenciones como en el derecho penal administrativo.

¹⁴⁰ GÜNTER, Jakobs, Op. Cit., 69.

Dentro de los argumentos a favor de esta postura, podemos señalar que “no existe evidencia de que la potestad sancionadora de la Administración sea insuficiente para hacer frente a defectos organizativos de las empresas, y que por esta razón resulte necesaria la intervención penal”¹⁴¹. También es posible afirmar que “el Derecho Administrativo sancionador cuenta con suficientes armas para sancionar y exigir responsabilidad a las personas jurídicas por sus comportamientos ilícitos de sus órganos de gobierno”. En todo caso, si en la realidad de un país no existiera un organismo que se encargara de sancionar los actos antijurídicos de las personas jurídicas, bastaría con que el legislador lo creara o le diese más facultades a alguno ya existente.

Por otro lado, incluso autores que están de acuerdo con la idea de que las personas jurídicas puedan tener cierto tipo de culpabilidad opinan que la vía administrativa es una buena solución. Es así como, por ejemplo, Heine señala que, mientras no se desarrollen criterios obligatorios para el control del riesgo de las personas jurídicas en que se basaría su culpabilidad, “el peso principal recaería en un derecho penal administrativo de la empresa, en el que ... se trate de asegurar el cumplimiento de las disposiciones de seguridad dictadas por el Estado”¹⁴²

3.- Toma de postura

En este capítulo se habló sobre la tradicional crítica a la posibilidad de que las personas jurídicas tengan algún tipo de culpabilidad y con ello la de poder establecer una responsabilidad penal para ellas. Luego se pasó a señalar las soluciones que la misma doctrina que está en contra de una culpabilidad de las personas jurídicas da para evitar la impunidad de las empresas que han cometido delitos.

Entre las soluciones revisadas, considero que la más adecuada para castigar a las personas jurídicas, sería la de una sanción no penal, en específico, la de una sanción administrativa. En el pasado países que en la actualidad cuentan con un sistema penal para las

¹⁴¹ VAN WEEZEL, Alex, Op. Cit., p. 125.

¹⁴² GÜNTER, Heine, Op. Cit., p. 45.

personas jurídicas utilizaban soluciones así, demostrando que no es algo inadecuado ni artificioso. Considero además que las sanciones administrativas serían más aptas para proteger a la sociedad del mal actuar de las empresas, ya que, por lo general, la modificación y reinterpretación de una norma y/o sanción administrativa suele ser más expedita que la de una norma penal, al ser necesario para estas últimas siempre un trámite legislativo, mientras que, para lo administrativo, suele suceder que el organismo fiscalizador posee facultades para ello, permitiendo así una mejor adaptabilidad a la realidad¹⁴³. También pienso que no hay ningún inconveniente simbólico o comunicativo en que la sanción sea administrativa y no penal, ya que en la realidad las personas entienden que detrás de un delito cometido por una empresa hay una persona natural que lo orquestó; es más, incluso pudiese parecerles que un juicio penal contra una persona jurídica es un sinsentido ya que, desde la antigüedad, dichos procedimientos han sido sólo para seres con voluntad propia.

Para finalizar este capítulo, quisiera dejar la opinión y llamado a la reflexión que hacen vvan Weezel respecto a este tema, teniendo a la vista nuestro sistema y la novedosa introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a él, visión que comparto:

“...resulta natural preguntarse si, en lugar de utilizar de este modo el poder del Estado, no será mejor seguir trabajando en un derecho administrativo de prevención del delito en el contexto empresarial, orientado hacia el futuro, sobre la base de un diagnóstico realista de los problemas y del cálculo, también realista, de los costos asociados a la prevención. Si el Estado administrador tiene -y en Chile como en pocos lugares del mundo- todas las herramientas que necesita para incentivar e incluso imponer el desarrollo de una autorregulación reglada de las empresas, ¿para qué subvertir el derecho penal de culpabilidad y el proceso penal, bagatelizando el instrumento más enérgico con que cuenta la sociedad para preservar su identidad?”¹⁴⁴

¹⁴³ Véase por ejemplo lo que ha pasado con las criptomonedas y como el Servicio de Impuestos Interno chileno ha emitido boletines explicando todo lo referido a ellas en cuanto a las cargas tributarias.

¹⁴⁴ VAN WEEZEL, Alex, Op. Cit., p. 140.

CONCLUSIONES

El objetivo de este trabajo era determinar si el establecimiento de un modelo dogmático de responsabilidad penal de la persona jurídica era compatible con el principio de culpabilidad. Para ello se revisó, en primer lugar, el principio de culpabilidad y lo que éste significaba para el Derecho Penal; luego, se expusieron diversos modelos formulados por la doctrina de responsabilidad penal de las personas jurídicas basadas en la culpabilidad, para finalmente revisar otras opciones de sanciones a la comisión de delitos cometidos por las empresas sin que mediase el principio de culpabilidad.

Toca ahora exponer las conclusiones que se pueden extraer de lo anterior:

1. En las últimas décadas, a nivel mundial, se ha generado una corriente legislativa tendiente a sancionar penalmente a las empresas por los actos delictivos cometidos a través de ellas, considerando insuficiente el castigar únicamente a sus administradores y/o ejecutores.
2. Dicha tendencia legislativa obedece a razones políticas/económicas y no a razones de dogmática jurídica, lo que ha generado dudas y rechazo respecto a la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas dentro de la cuna del Derecho Penal, al estar éste construido teniendo al sujeto individual como objeto de su creación y desarrollo.
3. A pesar de lo anterior, la doctrina ha intentado armonizar esta nueva incorporación al Derecho Penal, formulando una serie de modelos dogmáticos de responsabilidad penal de las personas jurídicas que se asemejen al modelo creado para las personas naturales.
4. Dentro de los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas, se distinguen claramente dos corrientes: modelos basados en una heterorresponsabilidad (o responsabilidad derivada) y modelos basados en una autorresponsabilidad (o responsabilidad propia).
5. Respecto de las corrientes señaladas, la doctrina actualmente está de acuerdo en que, si se desea crear un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, éste debe ser un modelo de autorresponsabilidad y no de heterorresponsabilidad, respetando así el principio de culpabilidad, piedra angular del Derecho Penal moderno.

6. En cuanto a la crítica tradicional a la posibilidad de una responsabilidad penal de las personas jurídicas por la falta de una verdadera culpabilidad debido a la imposibilidad fáctica de que ellas tengan una voluntad o capacidad psicológica como los seres humanos, la doctrina ha señalado que esto se puede salvar si consideramos que la culpabilidad es una categoría sistemática, cuyos requisitos se deciden normativamente en función a fundamentos socialmente consensuados. También se ha dicho que, respecto a la culpabilidad de las personas jurídicas, es necesario cambiar el paradigma de lo que entendemos como sujeto penal, para así modificar los conceptos de acción y de culpabilidad.
7. Ahora, incluso aceptando que es posible la formulación de una culpabilidad propia de las personas jurídicas, al revisar los modelos de autorresponsabilidad que la doctrina ha formulado a través del tiempo, podemos afirmar que ninguno de ellos cumple cabalmente con respetar el principio de culpabilidad.
8. Para que se respetase realmente el principio de culpabilidad, es necesario que el modelo en cuestión no vaya en contra de ninguno de sus subprincipios, es decir, en contra del principio de personalidad de las penas, el principio de responsabilidad por el hecho, el principio de dolo o culpa, el principio de imputación personal y el principio de proporcionalidad de las penas.
9. La culpabilidad de la que normalmente se ha ocupado la doctrina correspondería únicamente al subprincipio de imputación personal (o a la culpabilidad en sentido estricto), no siendo lo mismo que el principio de culpabilidad (o culpabilidad en sentido amplio).
10. Los modelos de culpabilidad propia de las personas jurídicas expuestos en este trabajo, al analizarlos detenidamente, irían en contra del principio de culpabilidad, ya sea por no respetar realmente el subprincipio de personalidad de las penas o el subprincipio de responsabilidad por el hecho.
11. No se respetaría el subprincipio de personalidad de las penas cada vez que fuese necesario el actuar de una persona natural que sirviese como hecho de conexión entre la persona jurídica y el delito, ya que esto escondería en realidad un sistema de responsabilidad derivada.
12. Tampoco se respetaría el subprincipio de responsabilidad por el hecho cuando el modelo de culpabilidad tuviese su fundamento en que una persona estuviese o no

organizada de cierta forma, ya que sería, en definitiva, un derecho penal de autor y no del hecho.

13. Las razones por las cuales la doctrina ha formulado estos modelos maquillándolos de ser respetuosos con el principio de culpabilidad pueden ser varias, pero se trasluce que el principal motivo sería evitar que las personas naturales tras la persona jurídica se viesen en la impunidad por sus delitos. De respetar estrictamente el principio de culpabilidad no sería posible castigar a la persona jurídica y a la persona natural a la vez por la comisión de un mismo delito, habría que elegir una u otra para no ir en contra del subprincipio de personalidad de las penas.
14. **Con los antecedentes de los puntos anteriores podemos ahora responder la pregunta en torno a la que gira este trabajo: sí, es posible establecer un modelo dogmático de responsabilidad penal de las personas jurídicas que fuese compatible con el principio de culpabilidad. Dicho modelo debiese ser uno basado en la autorresponsabilidad, donde se le reproche a la persona jurídica un hecho en particular y no su forma de organización interna. Tampoco debiese ser condición para que se generara la responsabilidad penal la existencia de un hecho de conexión consistente en el actuar de una persona natural. Por último, el modelo debería establecer claramente las penas asociadas a cada hecho delictivo, no dejando abierta la posibilidad de que exista arbitrariedad por parte del que impone la sanción, evitando así que se pueda ir en contra del subprincipio de la proporcionalidad de las penas, al aplicar, por ejemplo, la disolución de la persona jurídica por la comisión de un delito menor.**
15. El gran problema de ser consecuente con lo anterior sería que, como ya se mencionó, en la práctica las personas naturales usarían como herramientas a las personas jurídicas para eludir la responsabilidad penal: o se condena a una o se condena a la otra, no pudiendo responsabilizar a ambas por el mismo hecho delictivo. Al generarse esta disyuntiva, y considerando su disvalor y peligrosidad, lo más probable es que los órganos encargados de la persecución penal se dirigieran únicamente contra las personas naturales que realmente cometieron el delito, generando así que la normativa y el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas se convirtiese en letra muerta.

16. Conscientes de la conclusión anterior, la doctrina que está en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha generado diversas alternativas para evitar que se genere impunidad, tanto de las personas naturales involucradas en la comisión de un delito, como de la persona jurídica mediante la cual se pudo realizar dicho delito.
17. Dentro de esas soluciones, la más adecuada de acuerdo a la mayor parte de la doctrina (opinión que comparto), sería establecer una sanción de carácter administrativo para las personas jurídicas y paralelamente una sanción penal para las personas naturales que cometieron un delito haciendo uso de la persona jurídica.
18. Finalmente, si bien la inclusión en nuestro país de la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue una medida eficaz para solucionar una necesidad política del momento, estimo que, por todo lo ya escrito, en la actualidad el tema no debería estar zanjado a nivel legislativo. Es necesario que nuestros legisladores regulen de mejor manera el cómo se va a sancionar a las personas jurídicas, creando quizás un organismo administrativo especial y autónomo que se dedique a investigar y sancionar los delitos cometidos a través de las personas jurídicas, para así no desvalorizar los principios del Derecho Penal, como se hace actualmente, cada vez que se aplica la Ley N° 20.393.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, Enrique, *“Manual de Derecho penal, Parte general”*, 3ª edición, Santa Fe de Bogotá: Temis, 1996.

BACIGALUPO, Enrique, *“Derecho penal parte general”*, 2ª edición, Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BACIGALUPO, Enrique, *“Principios constitucionales de Derecho penal”*, Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BACIGALUPO, Silvina, *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas”*, Barcelona: Bosch, 1998.

BAJO, Miguel, *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas”*, Diario La Ley, n° 7483, de 6 de octubre de 2010.

BAJO, Miguel; FEIJOO, Bernardo; GÓMEZ-JARA, Carlos, *“Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas”*, Navarra: Civitas, 2012.

BUSTOS, Juan; HORMAZÁBAL, Hernán, *“Lecciones de Derecho Penal (volumen I)”*, Madrid: Trotta, 1997.

CAÑAS, Macarena, *“Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Suspensión condicional del procedimiento. Industrias Ceresita S.A.”*, Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 55, pp.79-92.

CISTERNAS, Giovanni, *“El Derecho penal y procesal penal en la reciente jurisprudencia constitucional de inaplicabilidad (2006-2010)”*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 44 (2011).

DÍAZ, Andrés, *“El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 13-08 (2011), pp. 08:1-08:28

ETCHEBERRY, Alfredo, *“Derecho penal parte general, Tomo I”*, 3ª edición, Santiago: Editorial Jurídica, 1999.

GALÁN, Alfonso, "La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: Entre la hétero y la autorresponsabilidad", *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 15 (2011), pp. 171-217.

GARCÍA, Percy, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 26 N° 78 (2005), pp. 137-144.

GARCÍA, Percy, "Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 16 (2012), pp. 55-72.

GÓMEZ-JARA, Carlos, "¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel", *Política Criminal*, Vol. 5 N° 10 (2010), pp. 455-475.

GÜNTER, Heine, "La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales", en: HURTADO, José (Coordinador), "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", 1997.

GÜNTER, Jakobs, "¿Punibilidad de las personas jurídicas?", en: GARCÍA, Percy (Compilador), "La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes", Lima: Ara, 2002.

HERNÁNDEZ, Héctor, "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile", *Política Criminal*, Vol. 5 N° 9 (2010), pp. 207-236.

HERNÁNDEZ, Héctor, "Desafíos de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 16 (2012), pp. 75-98.

HURTADO, José, "La responsabilidad penal de la empresa en el Derecho penal suizo", *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 29 N° 86-87 (2008), pp. 95-111.

MAÑALICH, Juan Pablo, "Organización delictiva: Bases para su elaboración dogmática en el Derecho penal chileno", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 38 N° 2 (2011), pp. 279-310.

MARTÍNEZ, Vicente, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, Núm. 26 (2011), pp. 61-78.

MIR, Santiago, "El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho", Barcelona: Ariel, 1994.

MIR, Santiago, *“Derecho penal: Parte general”*, 9ª edición, Barcelona: Repertori, 2011.

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *“Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general”*, 2ª edición, Santiago: Editorial Jurídica, 2004.

ROXIN, Claus, *“Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el Derecho Penal”*, NDP, 1996.

Tribunal Constitucional, fecha 8.10.2015, ROL N° 2744-2015.

Tribunal Constitucional Peruano, EXP. N° 2868-2004-AA.

Tribunal Constitucional Peruano, EXP. N° 6712-2005-HC.

Tribunal Supremo Español, fecha 29.2.2016, N° Recurso 10011/2015.

VAN WEEZEL, Alex, *“Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”*, *Política Criminal*, Vol. 5 N°9 (2010), pp. 114-142.

VELÁSQUEZ, Fernando, *“La culpabilidad y el principio de culpabilidad”*, *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 50 (1993), pp. 283-310.