

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**



**“LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS EN EL
ORDENAMIENTO JURIDICO SALVADOREÑO”.**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL GRADO TITULO DE
LICENCIADO (A) EN CIENCIAS JURÍDICAS
PRESENTADO POR:**

**CARLOS ARMANDO FERMAN ALVARADO (FA09009)
WILLIAM IVAN GRANADEÑO PABLO (GP08034)**

**DOCENTE ASESOR:
DR. REINALDO GONZALEZ**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, 06 DE JULIO DE 2017

TRIBUNAL EVALUADOR

**Lic. David Omar Molina Zepeda
(PRESIDENTE)**

**Lic. Marvin Humberto Flores
(SECRETARIO)**

**Dr. Reinaldo González
(VOCAL)**

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

**Msc. Roger Armando Arias
RECTOR**

**Dr. Manuel de Jesús Joya Abrego
VICERRECTOR ACADEMICO**

**Ing. Nelson Bernabé Granados Alvarado
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO**

**Lic. Cristóbal Hernán Ríos Benítez
SECRETARIO GENERAL**

**Lic. Rafael Humberto Peña Marín
FISCAL GENERAL**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata
DECANA**

**Dr. José Nicolás Ascencio Hernández
VICEDECANO**

**Msc. Juan José Castro Galdámez
SECRETARIO**

**Lic. René Mauricio Mejía Méndez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**Lic. Miguel Ángel Paredes
B. DIRECTOR DE PROCESOS DE GRADUACIÓN**

**Lic. María Magdalena Morales
COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA
DE CIENCIAS JURÍDICAS**

AGRADECIMIENTOS

A quien me ha amado de tal manera que me ha permitido llegar hasta donde estoy y ser quien soy. A quien dedicarle unas letras resulta inútil para expresarle lo que siento porque las palabras no son suficientes, pero que bastaría tan solo uno de sus pensamientos para que pueda saber toda la gratitud que hay en mi corazón hacia Él. Gracias por permitirme el don de la vida, por tomarme de la mano y ser la luz en mi camino, por todas y cada una de las cosas buenas pero sobre todo por todas las cosas malas porque es ahí donde se glorifica, por su Bendito Amor, por su infinita gracia y misericordia, mi amado Jesús, Dios Padre bueno y eterno a ti sea toda la gloria y la honra, por siempre. A la mujer más maravillosa del mundo. ¿Qué palabras de agradecimiento pudiera escribir que describieran al menos un poco de lo que mi corazón siente por ella? ¿Podría haber tan solo una cosa que forme parte de mí que no sea gracias a ella? La respuesta es no; después de Dios, todo se lo debo a ella, a quien me trajo al mundo, por quien me formé no sólo académicamente, sino quizá más importante aún quien me formo con valores, con tanto amor pero también con el rigor necesario y fundamental para la formación de todo hombre. A quien amo con todas las fuerzas de mi corazón y es lo más valioso e importante que tengo en la vida... A ti Mamita Preciosa, Lucía Ercilia Alvarado.

A quienes de alguna u otra manera estuvieron siempre presentes y han creído en mí y me han apoyado en lo que he necesitado les extiendo mi gratitud, a mi futura esposa Marcela, a mi hermana Karla, a mi Padre Carlos, a mi tía Verito, a mi abuelita Rosa, a mi tío Hugo quien creyó en mí y me dio la oportunidad de crecer profesionalmente, y a mi buen amigo y compañero de investigación William.

CARLOS ARMANDO FERMAN ALVARADO

AGRADECIMIENTOS

A quien me permite crecer y ser mejor persona cada día, Dios. A Celia Cristina Pablo Granadeño a quien amo desde las raíces más profundas de mí ser. Mis Padres de quienes he aprendido que no vale vivir para tener o ganar, sino para vivir no más, mis viejos a quienes les debo un nivel ínsito de Resiliencia, mi madre quien ha creído en mí incondicionalmente, porque quien da todo por sus hijos es consciente del amor verdadero. A Lidia Yaneth por ensañarme un alto sentido de responsabilidad, fortaleza, compromiso y darme tanto apoyo, desempeñando un rol de hermana y madre por lo que la amo y respeto. A Miguel Ernesto, mi hermano, mi amigo, con quien hemos crecido en todos los ámbitos cotidianos de la vida, con quien hemos aprendido que para tener aliento hay que tener desaliento, para levantarse hay que saber caerse, y que para ganar hay que saber perder, y que esa es la vida, cuyos conocimientos académicos han desarrollado a los míos. A ellos me debo, y a quienes amo de manera indescriptible.

Estoy muy contento estos días aunque ya no vendrás, en ocasiones dibujo y escribo con tus manos, nuestros pasos siguen teniendo sentido y destino. Puedo verte en el río, el árbol o sus hojas, el viento y el mar, en la lluvia, en la montaña, estas ahí en lo ilusorio y lo tangible, cada día te ofrendo mis ojos para que por medio de ellos podas contemplar el paisaje por la noche o por la mañana. A William Iban Granadeño Díaz (1961-2016). A mis abuelos y familia, a mi compañero de investigación Carlos Armando, y a quienes de alguna manera estuvieron, Gracias. Las personas se hacen libres o sea de un espíritu consciente de sí mismos, cuando conciben su ser como el único medio para alcanzar y materializar lo que sea que buscan, y esa respuesta se encuentra en el secreto de la noche y en la búsqueda de la Resiliencia que se hereda de familia.

WILLIAM IVAN GRANADEÑO PABLO

INDICE

RESUMEN	
INTRODUCCION	i
CAPITULO I	
EVOLUCION HISTORICA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS	4
1.1 Antecedentes históricos remotos.....	5
1.1.1 Antigua cultura jurídica europea: Derecho románico clásico.....	7
1.2 Edad media.....	9
1.2.1 Glosadores.....	10
1.2.2 Derecho canónico.....	11
1.2.3 Posglosadores.....	13
1.3 Giro conceptual a partir del siglo XIX.....	14
1.3.1 Teoría de la ficción	15
1.4 Antecedentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Alemania	17
1.4.1 Teoría de la personalidad real de la asociación de Von Gierke	18
1.5 Antecedentes históricos recientes	22
1.6 Antecedentes históricos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en El Salvador	26
1.7 Conclusión.....	28
CAPITULO II	
LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS	29
2.1 Fundamentos del principio <i>societas delinquere non potest</i>	29

2.2 Fundamentos dogmáticos sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	32
2.2.1 Necesidad político-criminal de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas	32
2.2.2 Capacidad de acción de la persona jurídica	37
2.2.3 Capacidad de culpabilidad de la persona jurídica	41
2.2.3.1 Sanción penal sin culpabilidad	42
2.2.3.2 Culpabilidad de organización	43
2.2.3.3 Culpabilidad de la propia persona jurídica	45
2.2.4 Capacidad de pena de la persona jurídica	47
2.3 Delitos y penas atribuibles a las personas jurídicas	49
2.3.1 El caso de la legislación española.....	50
2.4 La figura del actuar en lugar de otro	52
2.4.1 Fundamento dogmático.....	53
2.4.2 Alcance y límites.....	56
2.5 Conclusión.....	57

CAPITULO III

MODELOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

3.1 Modelo de responsabilidad penal por atribución del hecho de otro	58
3.1.1 Modelo de responsabilidad vicarial.....	61
3.1.1.1 La acción del empleado	63
3.1.1.2 Propósito de beneficio para la persona jurídica	64
3.1.1.3 Fundamento de la pena	65
3.1.2 Situación jurídica de los sujetos individuales vinculados al delito	65

3.1.3 Ventajas	66
3.1.4 Desventajas.....	67
3.1.5 Principal problema del modelo y una posible solución	68
3.2. Modelo de responsabilidad penal por defecto de organización	69
3.2.1 Posiciones doctrinales relacionadas al hecho de conexión en el defecto de organización	72
3.2.2 Defecto de organización: hecho de conexión y culpabilidad propia de la persona jurídica	73
3.3.3 Defecto de organización: hecho y culpabilidad propia de la persona jurídica.....	75
3.2.3.1 Defecto de organización como hecho propio o injusto de la persona jurídica.....	76
3.2.3.2 Culpabilidad propia de la persona jurídica	77
3.2.4 Situación jurídica de los sujetos individuales vinculados al delito .	78
3.2.5 Ventajas	78
3.3.6 Desventajas.....	79
3.2.7 Principal problema del modelo y una posible solución	79
3.3 Modelo constructivista de autorresponsabilidad de las personas jurídicas	80
3.3.1 La persona jurídica como ciudadano corporativo fiel al derecho ...	83
3.3.2 Capacidad de organización	84
3.3.3 Imputabilidad de la persona jurídica	87
3.3.4 Culpabilidad empresarial	90
3.3.5 Fines de la pena.....	92

3.3.6 Situación jurídica de las personas individuales en el modelo constructivista.....	93
3.3.7 Ventajas	93
3.3.8 Desventajas.....	93
3.9 Principal problema del modelo y una posible solución	94
3.4 Toma de postura frente a los modelos de responsabilidad penal para las personas jurídicas: ¿algún modelo de interés para El Salvador?	95
3.5 Conclusión.....	96

CAPITULO IV

APROXIMACIONES A LOS ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL COMPLIANCE PROGRAMS EN LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS	97
4.1 Aproximaciones al origen del Compliance.....	98
4.1.1 Breves notas al sistema de responsabilidad penal vicarial.....	101
4.2 Organizational Sentencing Guidelines.....	106
4.2.1 ¿Que ofrecen los compliance programs al derecho penal moderno y al establecimiento de una verdadera culpabilidad propia de las personas jurídicas?	108
4.2.2 Aproximaciones a la autorregulación forzada.....	110
4.3 Compliance Programs	111
4.3.1 Contenido y alcances de los Compliance Programs	113
4.3.2 Efecto y fundamento de los Compliance Programs.....	118
4.3.3 Compliance como excluyente y atenuante de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Enfoque España.....	120
4.3.4 Enfoque de los Compliance Programs LO 5/2010 España	121

4.3.5 Enfoque de los Compliance Programs LO 1/2015 España	123
4.4 Conclusión.....	125
CONCLUSIONES.....	128
BIBLIOGRAFIA	131

RESUMEN

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es un tema nuevo por conocer en El Salvador, ya que el ordenamiento jurídicos, concretamente el Código Penal no se reconocen a las personas jurídicas como sujetos penalmente relevante, por adherirse al principio *societas delinquere non potest*, que básicamente significa que las sociedades no pueden delinquir; es decir, que las personas jurídicas como tales no son capaces de responder penalmente.

Ciertamente, el objetivo principal de este trabajo ha sido exponer al lector los fundamentos dogmáticos que la doctrina moderna del derecho penal proporciona para sostener la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, a través de mostrar los diversos aportes relacionados a la capacidad de acción, capacidad de culpabilidad y la manera mediante la cual se logran cumplir los fines de la pena, mediante el establecimiento paralelos entre las personas naturales y las personas jurídicas.

Se exponen tres modelos de responsabilidad penal para las personas jurídicas que podrían ser de interés para El Salvador, en primer lugar el modelo de atribución del hecho de otro, en segundo lugar el modelo de responsabilidad penal por defecto de organización y por último el modelo constructivista de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas. Finalmente se hace una exposición de los denominados compliance programs o programas de cumplimiento, como una herramienta efectiva para la erradicación de los delitos cometidos en el seno de las personas jurídicas.

INTRODUCCION

Los debates en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas inicialmente han sido escasos, sin embargo, mediante algunas aproximaciones, en el desarrollo del capítulo uno se presenta la formación de ambos conceptos, lo que hará posible verificar los elementos periféricos que constituyen el tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que hoy en día conocemos.

Las objeciones y planteamientos del derecho penal clásico que se oponen a la responsabilidad penal de las personas jurídicas por medio de las categorías fundamentales de la teoría del delito, tienen como base el mismo elemento que dio origen al concepto más amplio y que sin duda dio paso a lo hoy en día se conoce persona jurídica, nos referimos al de ser *personas fictas (ficticias)*, cuya afirmación es atribuida al derecho canónico como se desarrollara en este capítulo. Es en ese sentido es que se ha fortalecido la locución latina *societas delinquere non potest*, aún vigente en ordenamiento jurídico penal Salvadoreño.

¿Sancionar Penalmente a las Personas Jurídicas? ¡Las personas jurídicas no pueden delinquir! Es la primera respuesta que se ha de tener cuando se piensa en la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas desde la perspectiva de la teoría clásica del delito y apoyado en los fundamentos del *societas delinquere non potest*, en primer lugar por la incapacidad de acción de la personas jurídica, luego por la incapacidad de culpabilidad y por lo último porque no pueden cumplirse los fines de la pena y que pudiera establecerse como una incapacidad de la pena. Pues bien, esto ya no es tan cierto; de tal suerte que, el surgimiento de diversos factores han obligado a revisar los fundamentos de este principio que niega el carácter

delictivo y el peligro que pueden presentar sobre bienes jurídicos las personas jurídicas, de modo que en el capítulo dos, se presentan los diversos desarrollos que la dogmática penal ha tenido en relación a la elaboración de los fundamentos que sustentan la existencia de la responsabilidad penal para las personas jurídicas, a partir de la creación de conceptos propios para la persona jurídica que vienen a determinar que existe una posibilidad real para un cambio de paradigma en relación al *societas delinquere non potest* y dar paso a una responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Establecidas las bases o fundamentos que sostienen la posibilidad de sancionar penalmente a los entes colectivos, se hace un repaso sobre los diversos modelos de responsabilidad penal consagrados en la doctrina penal moderna y que vienen a dotar de las herramientas necesarias para introducir esta institución a los ordenamientos jurídicos. En primer lugar se desarrolla el denominado modelo de responsabilidad penal por atribución del hecho ajeno que tiene su origen en los países anglosajones, el cual ha sido el referente para la dogmática en relación al tema, por todo el desarrollo que el modelo ha venido teniendo en el transcurso del tiempo, de modo que el estudio de este modelo conlleva necesariamente al modelo de responsabilidad penal por defecto de organización desarrollado inicialmente en el ámbito de las contravenciones pero que su aporte a dado lugar al desarrollo del tema por cuanto toma como punto de partida a cuestiones fundamentalmente referentes a la persona jurídicas. Finalmente se expone el denominado modelo constructivista de autorresponsabilidad penal, el cual desarrolla toda una teoría fundada en defectos organizativos y que viene a establecerse en la actualidad como el referente a tomar en cuenta para introducir en las legislaciones la responsabilidad penal de las personas jurídicas y que en definitiva viene a afirmar la posibilidad de introducir en el

ordenamiento jurídico Salvadoreño el tema; contenido que se desarrolla en el capítulo tres.

Frente a las múltiples estructuras internas organizativas que pueden adoptar las personas jurídicas, es evidentemente, que lo anterior constituye fenómenos de difícil percepción para las figuras tradicionales del derecho penal, que se constituían sobre la base de la intervención de la persona humana. En la moderna criminalidad, estas personas físicas se van a convertir en gran medida a muchos sujetos que configuran una irresponsabilidad organizada, en la que ninguno de ellos será consciente de su responsabilidad y de que su acto contribuye directamente o indirectamente a la producción de un resultado ilícito.

Las teorías organizativas han aunado a lo anterior en la medida de crear teorías que sostienen que las personas jurídicas cuentan con estructuras bastante complejas, entre otros factores que hacen difícil el control directo del Estado, como lo son los procesos de formación de la voluntad de las personas jurídicas, en la adopción de decisiones y ejecución de las mismas entre otros factores, por lo que la globalización económica ha obligado a la política criminal a asumir nuevos retos. En ese sentido mediante el capítulo cuarto, se dirige a la naturaleza de la política criminal racional que se orienta a diversos criterios con un sentido más preventivo pero innovadores como lo son los compliance programs.

CAPITULO I

EVOLUCION HISTORICA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS

A continuación, mediante una serie de aproximaciones se presentan los acontecimientos históricos más importantes de la antigua cultura jurídica europea, con el objeto de conocer las raíces más profundas en torno a la creación del concepto de la persona jurídica que hoy en día se conoce, en razón que se ha logrado establecer que será a partir de ésta que durante los años posteriores el derecho penal clásico intensificara los debates y objeciones en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La creación y fundamentación de los conceptos responsabilidad penal y persona jurídica han tenido lugar en diferentes momentos históricos, cada uno de los contextos que se retomarán han ocasionado una evolución gradual en el tratamiento de ambos conceptos. El aporte más importante e influyente se ubicara en la denominación de persona ficta que se adjudica a algunos colectivos. La creación corresponde al derecho canónico con motivo de explicar la naturaleza de éstas y su capacidad frente a las sanciones espirituales que imponían las universidades, que son los colectivos más importantes de la época vinculados a la iglesia.

No obstante que en el derecho canónico se configuran todos los elementos de las personas jurídicas, es con la teoría de la ficción de Savigny que éstas cuentan con una teoría propia que es la de ser entes ficticios o una ficción jurídica, lo que fortalecería el dogma *societas delinquere non potest* en

toda Europa, y que aún se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico penal salvadoreño.

Finalmente, y no menos importante es que a partir del siglo XIX, la influencia del derecho anglosajón, la particular experiencia Alemana con la teoría de la personalidad real de Otto Von Guierke, y los posteriores aportes del derecho penal económico, la gran importancia adjudicada al tema en las últimas décadas por la organizaciones internacionales mediante sugerencias a los países miembros, ha logrado que con más intensidad se hable de una posible y verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas en la actualidad, debilitando la locución latina *societas deliquere non potest*.

1.1 Antecedentes históricos remotos

Retomar contextos históricos remotos tiene precisamente la conveniencia de lograr una aproximación al surgimiento y creación conceptual de responsabilidad penal y personas jurídica¹ que hoy en día conocemos, como único medio para identificar los temas medulares que conforman la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y que posteriormente han sido objeto de innumerables debates teóricos, lógicamente la inexistencia del concepto de persona jurídica no hace posible profundizar y desarrollar los capítulos siguientes.

Como punto de partida se ha tomado al derecho romano clásico por presentar los primeros avistamientos aunque difusos en el tratamiento de

¹ Por medio de la construcción conceptual del concepto persona jurídica, es posible verificar los contenidos propios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en razón que su creación terminológica encierra aproximaciones adoptadas por el derecho penal clásico, para negar la responsabilidad penal desde la óptica y fundamento de las categorías del delito de acción, culpabilidad y capacidad de pena.

ambos conceptos, por a la importante influencia espiritual que este momento histórico adquirió y al mismo tiempo ejerció en la antigua cultura jurídica europea. Estos antecedentes históricos son de difícil abordaje, algunos datan entre los siglo XII y XVII como lo son específicamente los suscitados en la tercera etapa de la edad media por las instituciones boloñeses mejor conocidos como glosadores, en los que se observa aun con poca profundidad los conceptos antes mencionados, y por consiguiente imprecisiones en los temas que han sido debatitos en torno a lo que conocemos hoy como responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Sin embargo, el tema ha sido observado con más interés y por lo tanto se le ha depositado más interpretación desde la creación por derecho canónico del concepto de persona ficta, el más amplio hasta entonces, el cual se crea para solucionar aspectos vinculados a la posibilidad de imponer sanciones espirituales entre los dos colectivos más relevantes de la época, como consecuencia de la importancia que simbolizaban para la iglesia, por ser estos colectivos por medio de los que se ejercía control social y cultural, principalmente por medio de las llamadas *univesitas*, por lo que el derecho canónico ha finalizado concluir que los *colectivos* carecían de espíritu y no podían ser sometidas a sanaciones espirituales como la excomulgación, y únicamente eran destinadas a las personas naturales cuyo espíritu es una característica propia que Dios les ha dado a los seres humanos, con la que hace posible al ser humano materializar conductas que pueden generar un resultado lesivo o no².

² En relación a la capacidad delictiva, si se traduce todo lo anterior a los planteamientos actuales, se podría sostener con certeza, que el derecho penal clásico en relación a las categorías del delito acción, culpabilidad y capacidad de pena, negaría rotundamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fortaleciendo el dogma decir *societas delinquere non potest* por carecer de facultades volitivas naturalmente vinculadas solo a los seres humanos.

1.1.1 Antigua cultura jurídica europea: Derecho románico clásico

Un suceso histórico que tuvo origen en el derecho romano, es la aparición de la reparación civil por daños causados a terceros, es importante mencionar que en este momento no existe una diferenciación entre el concepto de responsabilidad penal y responsabilidad civil, el resultado se fundó en la única idea de la imposición de una pena sobre la base de la ejecución de un ilícito que cause daño a otros, al respecto de esto Corral Talciani señala que *“Es en el derecho romano donde surgen las primeras reglas de reparación civil de los daños causados a otros. En un primer momento, no hay una clara distinción entre responsabilidad penal y responsabilidad civil”*. De manera que puede considerarse para entonces como el antecedente más antiguo dirigido a desarrollar el concepto de responsabilidad penal aunque todavía difuso³.

Por otra parte en relación a la admisión de la capacidad delictiva de las personas jurídicas en el derecho romano clásico solo ha sido bibliográficamente posible encontrar una aproximación que consistía en la de ejercer la acción de dolo contra el municipio, acción que claramente adolece de indeterminaciones conceptuales que el lenguaje hoy en día delata, sin embargo era posible reclamar por la conducta de los administradores o recaudadores de impuestos por el lucro ilegítimo obtenido en nombre del municipio, al respecto Bacigalupo Saggese⁴ expone *“Al igual que la mayoría de los ordenamientos jurídicos antiguos en el derecho romano no sé conocía,*

³ Hernán Corral Talciani, "Lecciones de responsabilidad civil extracontractual", (Editorial jurídica de Chile, 2004) <https://filosofosinsentido.files.wordpress.com/2013/07/2176.pdf>. 79.

⁴ Silvina Bacigalupo Saggese, *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un estudio sobre el derecho penal,”* (1997), <https://repositorio.uam.es/handle/10486/4345>. 19. Sin embargo de la gran incidencia del derecho romano en la cultura jurídica, el concepto de persona jurídica únicamente era posible relacionarlo al Municipio, es decir, la ciudad de la provincia, lo que era el colectivo o corporación más relevante en toda Roma.

en principio, la figura de la persona jurídica [...] En la práctica, la corporación más importante era el municipio”.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el contexto histórico del derecho romano clásico resulta lógicamente impreciso y limitado, Bacigalupo Saggese agrega, que como consecuencia directa de no existir una conceptualización de responsabilidad penal y de persona jurídica⁵ fundamentada teóricamente como tal, el derecho romano tiene como único destinatario de responsabilidades a la persona natural, un derecho romano clásico en otras palabras individualista, pero que sin embargo, pese a lo anterior los romanistas clásicos realizaron un importante aporte en lo relativo a la separación conceptual entre responsabilidad colectiva y responsabilidad individual⁶.

Todo lo anterior solo será considerado como las aproximaciones iniciales más profundas del importante avance y evolución que va a presentar el tema en el transcurso de la edad media⁷, en razón que posteriormente se han retomado las cuestiones antes descritas para la unificación y armonización de los elementos que conforman los concepto en mención.

⁵ El derecho romano contiene sobre su historia la inexistencia terminológica de persona jurídica, lo más cercano a los entonces denominados entes colectivos era el municipio. La persona humana era destinataria de toda responsabilidad en búsqueda de sus fines. El aporte más importante del derecho romano fue el de evidenciar la diferencia entre la responsabilidad individual y la responsabilidad colectiva.

⁶ Bacigalupo Saggese, *“La responsabilidad penal”* 20.

⁷ Hans Joachim Hirsch, *“La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas,”* Anuario de derecho penal y ciencias penales 46, no. 3 (1993): 1099–1124. 1102. Para Hirsch: “La concepción de que solo el hombre podría ser penalmente capaz en la comprensión del derecho penal europeo-continental, no es tan obvia como se to afirma muchas veces. El principio frecuentemente mencionado *societas delinquere non potest* era probablemente acertado para el derecho romano, al que todavía le eran absolutamente extraños el concepto de corporación como tal, y en particular también el concepto de persona jurídica. Sin embargo, el cuadro se modificó en la edad media”

1.2 Edad media

Específicamente en la tercera etapa de la edad media, conocida como baja edad media, que se comprende desde los inicios del siglo XII hasta mediados del siglo XV, las aproximaciones relacionadas a la responsabilidad penal de las personas jurídica transitan sobre tres momentos históricos cuyos aportes de manera inicial se ubican en la ardua interpretación depositada al tema por los jurisconsultos boloñeses, los que por ser la glosa o exégesis textual la forma en que se manifestó su actividad científica a la hora de estudiar el derecho romano Justiniano son mejor conocidos como *glosadores*.

Los *canonistas* que produjeron el aporte más concreto re direccionando el ámbito conceptual indeterminado que predominaba hasta entonces en torno a lo que hoy en día conocemos como personas jurídicas. Lo anterior fue posible mediante fundamentos creados a partir de las necesidades prácticas de las universidades, los colectivos más importantes de la época frente a las sanciones espirituales que podrían imponérsele a las colectividades en los que la Iglesia ejercía un control social y cultural. Posteriormente, todo lo anterior fue retomado para la configuración de la teoría de la ficción de Savigny con lo que se le adjudica un teoría propia a las personas jurídicas y se fortalecería el dogma *societas delinquere non potest*, lo que hará posible verificar temas sometidos debates en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la actualidad.

Finalmente los posglosadores que reconocerían la capacidad delictiva de los entes colectivos, específicamente de los municipios, posición que llegó a Alemania logrando incluir una verdadera capacidad delictiva para las personas jurídicas en los códigos penales alemanes, lo que por cuestiones

de carácter ideológicas de las cuales existen escasas referencias bibliográficas posteriormente fueron derogados y se regularon únicamente sanciones en el derecho contravencional como se conocen en la actualidad.

1.2.1 Glosadores

La aproximación histórica en la etapa de los glosadores a que se debe hacer énfasis transita en la permanente interpretación que depositaron estas instituciones a las corporaciones mediante la glosa o exégesis textual, forma en que se desarrolló la actividad científica de esta época, para estudiar el derecho romano sobre la base de las influencias que el pensamiento romano clásico ejercía en todo el continente europeo⁸.

En ese sentido, Blanch Nogués expone que no fue ajeno al estudio de los glosadores una fusión de la materia romana bajo la influencia espiritual de la edad media, ni tampoco el pensamiento germánico que ofreció a los glosadores la reflexión que las corporaciones relevantes de la época las universidades poseían un carácter omnicompreensivo, es decir que éstas podrían tener todas las capacidades de las personas naturales⁹.

Para Bacigalupo Saggese el aporte de las instituciones boloñesas consiste en la ardua labor interpretativa que estos depositan a las *corporaciones*, no obstante al depositar interés desde la óptica de los planteamientos del derecho romano se manifiesta la consecuencia de cargar

⁸ Hirsch, "La cuestión de la responsabilidad". 1102. Para Hirsch "Los glosadores comenzaron a ocuparse más detenidamente del problema de si son posibles acciones penales contra agrupaciones de personas de esa clase. A ello se agregaron los canonistas, que elaboraron el concepto de universidades, para la Iglesia, como algo no idéntico a sus miembros y plantearon la cuestión de si la universidad podía ser excomulgada".

⁹ José María Blanch Nogués, "Régimen jurídico de las fundaciones en derecho romano", (Librería-editorial dykinson, 2007). 50.

con los mismos vacíos reflexivos con los que cargaba el derecho romano clásico, logrando de manera limitada únicamente aproximarse a que las universidades podrían comprender la totalidad de elementos que la persona humana. Sin embargo en este contexto tampoco ha sido posible ubicar la creación del concepto de persona jurídica¹⁰.

1.2.2 Derecho canónico

A continuación, la aproximación histórica más influyente en la construcción y configuración de la conceptualización que en la actualidad se conoce de personas jurídicas, y que posteriormente sería retomada para la fundamentación de la teoría de la ficción de Savigny.

El derecho canónico crea un concepto amplio que acogería a los colectivos más relevantes de la época, es decir, las corporaciones y las universidades, denominando ambas como Persona Ficta (personas ficticias), los factores que dieron origen a la configuración se vinculan nada menos que a cuestiones sobre la capacidad delictiva y posibles sanciones espirituales que las corporaciones podrían tener frente a las universidades, como lo señala Pérez Arias *“Era importante poder resolver cuestiones como la capacidad delictiva en general de una corporación, la posibilidad de imponer censuras espirituales y la excomunión frente a la universitas [...] a ello es posible agregar que esta teoría de los canonistas también lleva en su seno el origen del dogma *societas delinquere non potest* que permitía excluir la posibilidad de excomunión de las corporaciones”*¹¹.

¹⁰ Bacigalupo Saggese, *“La responsabilidad penal.”* 21.

¹¹ Jacinto Pérez Arias, *“Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas”* (Universidad de Murcia, 2013). 63, 64. Arias sobre las necesidades de las Instituciones: “Inocencio IV elaboró esta teoría, porque consideraba a la corporación como “un ser sin cuerpo” y, por lo tanto, como incapaz de acción.

En aquel contexto histórico se ha concluido que las corporaciones carecían de espíritu y consciencia, por lo tanto no podían ser sometidas a censuras espirituales, y que únicamente las sanciones como la excomunión eran destinadas única y exclusivamente a las personas naturales, cuyo espíritu es una característica propia que Dios les ha otorgado.

Con buen acuerdo en este momento histórico se origina la configuración terminológica y conceptualización¹² que en la actualidad se conoce de persona jurídica, lo anterior como se ha sostenido se debe en gran medida a diversas circunstancias en la búsqueda de dar respuesta a otros colectivos diferentes a las *universitas*¹³. La ciencia jurídica canónica re direccionó el pensamiento jurídico europeo en relación a lo que predominó a lo largo de muchos siglos, en palabras de Bruno Salinas *“Fueron los decretalistas los creadores de la persona jurídica moderna, a la que, en su última fase, dotaron de una teoría sobre su naturaleza jurídica que, ampliada, daría lugar a la teoría de la ficción [...] con todo, y aun en este periodo se encuentran todos los elementos de las personas jurídicas modernas no hubo un esfuerzo de sistematización de los mismos tarea que se realizaría tan solo en los siglos XVII y XVIII”*¹⁴.

¹² Nogués, *“Régimen jurídico de las fundaciones en derecho romano”*. Las indeterminaciones conceptuales como se ha presentado a través de las breves referencias son por un lado las del derecho romano clásico, que no logro superar por medio de la corporación más importante en su época *el municipio*. Así mismo las reflexiones de los Glosadores sobre las *corporaciones* que no lograron un avance significativo teórico que abriera nuevos horizontes a la ya conocida inexistente conceptualización.

¹³ Las *universitas*, son un resultado jurídico y por consecuencia algo distinto de los *singuli* (persona), que en consecuencia la conforma: es un ser que carece de cuerpo y que sólo posee en el mundo jurídico capacidad por medio de una ficción que se otorga, esta característica es la que aleja una posible.

¹⁴ Santiago Bueno Salinas, *“La noción de persona jurídica en el derecho canónico: Su evolución desde inocencio iv hasta el c.i.c. de 1983”*, *Collectània sant pacia*, no. 33 (Barcelona: universitat de barcelona, facultat de teologia de barcelona: herder, 1985). 148. Salinas sostiene que *“El derecho romano conoció la existencia de las corporaciones con capacidad de goce, pero no existió un nombre genérico que las abarcara a todas ellas, quizá las más generales; corpora y universitas.”*

1.2.3 Posglosadores

La escuela de los posglosadores se le ubica desde el siglo XV al XVII, sus más destacados representantes fueron Bartola Sassoferrato y Balbo de Ubaldis. El aporte que se adjudica a los posglosadores tiene su origen en cuestiones vinculadas a la capacidad delictiva de las corporaciones, sostenida y aceptada por éstas Instituciones Italianas mediante su propia glosa o interpretación, Bartolus sostenía que en el caso de los *delicta propria* de la universita, ésta es autor y sus miembros serían coautores o instigadores, y en el caso de los *delicta impropia* de la universitas, ésta sería coautor o instigador, mientras que el autor sería su representante¹⁵. En concreto esta posición lograría tener gran influencia en la Cultura Jurídica Alemana, mediante la concepción decisiva de Bartolus con lo que se lograría ejercer acciones punitivas contra los municipios, es decir los colectivos más importantes de la época en el contexto alemán.

Posteriormente, la tendencia sobre la capacidad penal de las corporaciones sostenida por estas instituciones italianas y aplicadas en Alemania decaería, lo que significaría un acomodamiento de las objeciones en contra de la capacidad delictiva de las personas jurídica.

Las objeciones en relación a la nula capacidad delictiva de los colectivos más importantes de la época, los municipios, tiene su fundamento inicialmente en aspectos de carácter político y del ejercicio ilegítimo de poder

¹⁵ Bacigalupo Saggese, "La Responsabilidad Penal." 28. Sobre Bartolus De Sassoferrato "(Bartolo de Saxoferrato), (1314-1357), quien fundamentaba la capacidad delictiva de la universitas con una fictio iuris [...] Según la opinión de Bartolus en el caso de los delicta propria de la universitas ésta es autor y sus miembros serían coautores o instigadores y en el caso de los delicta impropia de la universitas ésta sería coautor o instigador, mientras que el autor sería su representante".

por parte de minorías que se veían afectadas con dicha punición penal, logrando con ello un retroceso en la regulación penal y capacidad delictiva de los municipios, “Hirsch: sostiene que casi todos los manuales habían reconocido la punibilidad de personas jurídicas. Pero recién a partir del comienzo del siglo XIX, la mayoría se expresa en contra de ello, y solo desde entonces desapareció la punibilidad de las personas jurídicas de los códigos penales¹⁶”.

En ese sentido, es posible señalar que el debilitamiento de la capacidad delictiva sostenida y expandida a Alemania por las Instituciones Italianas, solo tendrá su decaimiento con la Intensificación a las objeciones en contra de la capacidad acción delictiva de las personas jurídicas, objeción que se fundamentaran teórica y jurídicamente mediante la teoría de la ficción de Savigny, fortaleciendo el dogma *societas delinquere non potest*.

1.3 Giro conceptual a partir del siglo XIX

Para Bacigalupo Saggese los motivos para que los canonistas iniciaran por dotar de una teoría a los colectivos más importantes de su época han sido específicamente los de explicar la capacidad delictiva y posibilidad de imponer sanciones a éstas. La creación de persona ficta adjudicada a los Canonistas va a tener una importante influencia en la teoría de la ficción de Savigny, teoría que sin duda acompañará hasta en la actualidad a las personas jurídicas. De todo ello resulta evidente que existe una estrecha relación entre la teoría de la ficción del siglo XIX¹⁷, y la elaborada por los canonistas, la cual está vinculada a la nula capacidad de acción de éstas.

¹⁶ Hirsch, “La cuestión de la responsabilidad”. 1102.

¹⁷ Bacigalupo Saggese, “La responsabilidad penal”. 35, 36.

1.3.1 Teoría de la ficción

La Teoría de la Ficción de Savigny sostiene el concepto de persona jurídica como una creación del derecho, es decir una ficción jurídica, por lo tanto niega la capacidad de acción de las personas jurídicas, fundamento que ha sido sostenido en la actualidad, Fernández Creuhet Sostiene que *“Dentro de las complejidades del pensamiento jurídico de Savigny se encuentran [...] la representación [...] sobre los conceptos jurídicos fundamentales, como por ejemplo, la capacidad de obrar de la persona jurídica”*¹⁸. Durante los siglos posteriores la teoría de la ficción complementó y sistematizó todos los elementos de la persona jurídica, por lo que la cultura jurídica europea adoptó todos sus planeamientos, dentro de cuales a la persona jurídica no es posible reconocerle capacidades de acción y facultades por ser únicas y exclusivas de los seres humanos.

Para Besabe Serrano *“La teoría de la ficción,¹⁹ tiene a en síntesis, la calificación de la persona jurídica como ficta, imaginaria o irreal, consistente a un proceso de adaptación del derecho a la realidad cambiante de la sociedad. Sin embargo, de dichas descripción, la teoría mencionada no desconoce que el elemento fundamental de la persona ficta es el patrimonio y que por tal motivo tiene sustrato real. Lo que niega es la posibilidad de facultas volitivas autónomas, propias de los seres humanos²⁰”*.

¹⁸ Ricardo García Manrique, *“Radbruch y el valor de la seguridad jurídica,”* Anuario de filosofía del derecho, no. 21 (2004): 261–286 <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1217071.pdf>. 262.

¹⁹ Felipe González Vicen, *“la teoría del derecho y el problema del método jurídico en Otto Von Gierke,”* Anuario de filosofía del derecho, no. 16 (1971): 1–76 <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2062314.pdf>. 11.”

²⁰ Santiago Basabe Serrano, *“Responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la teoría de sistemas,”* Corporación editora nacional, 45 vols., magister (Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, 2003). 19.

De tal manera que para la teoría de la ficción desde la óptica del principio de culpabilidad y posteriormente con el principio de personalidad de la pena, viene a concretizar la imposibilidad de responsabilizar penalmente a una persona jurídica²¹. Martínez Pardo sostiene “*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. La aparición de la idea del principio de personalidad de las penas, contribuyó a que en esta época se volviera a la posición de la negación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”²².

La teoría de la ficción tiene diversos enfoques en relación a la persona jurídica, por ejemplo, la de ser de una creación meramente con derechos subjetivos, entendiendo entonces que la persona jurídica tiene capacidad legal pero no de actuar y obrar; al respecto Paliero expone “*La teoría de la ficción excluye, por tanto, la responsabilidad de las agrupaciones por razones muy similares a las que permiten excluir a las personas físicas incapaces*”²³; en ese sentido, cualquiera de los enfoques de la teoría de la ficción en relación a la acción y voluntad de las personas jurídicas nos darán como resultado inmediato la negación rotunda de que las personas jurídicas puedan tener capacidad delictiva, fortaleciendo el dogma *societas delinquere non potest*, y logrando el debilitamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como tal.

²¹ Históricamente con más fundamentos se ha sostenido que la persona jurídica no puede ser responsable penalmente, en consecuencia de que no puede cometer delitos por sí misma, lo que se refleja en la expresión latina: “*societas delinquere non potest*”.

²² Vicente José Martínez Pardo, “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas,*” *Diciembre de 2010*, (2011). 62.

²³ José Hurtado Pozo, “*La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada* (Valencia: tirant lo blanch, 2001). 53.

1.4 Antecedentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Alemania

En Alemania, hasta finales del Siglo XVIII, se había admitido la capacidad delictiva de las personas jurídicas sobre la base de los fundamentos y criterios de las Instituciones Posglosadoras, que llegaron por medio del pensamiento de Bartola y que significaron un debilitamiento importante y fundamental del principio *societas delinquere non potest*²⁴. Para importantes autores como Hirsh era verificable la existencia de procesos en los cuales se sancionaba penalmente a ciudades, municipios y gremios, hasta a mediados del siglo antes relacionado, situación que solo fue posible con la aplicación de los criterios que habrían llegado por medio de instituciones posglosadoras²⁵.

Posteriormente, la capacidad delictiva de las personas jurídicas es desacreditada y excluida de los códigos penales Alemanes, lo que se debe en gran medida a un trabajo que data de 1793, literatura adjudicada a un pequeño escritor llamado Erlangen Malblanc, en el que se reiteraban únicamente las antiguas objeciones sobre la naturaleza del delito y de la pena, haciendo inadmisibles sanciones para las asociaciones, por lo que fue muy criticada en la medida que carecía de nuevas reflexiones desde el punto de vista científico. Para Hirsh el verdadero fundamento del cambio producido en ese entonces se advierte en otra cosa, en el hecho de que los procesos en contra de corporaciones se habían hecho cada vez menos frecuentes, porque el poder de los señores se había afirmado con más fuerza, y de allí

²⁴ Jürgen Louis y Martín Wassmer “*Sistemas penales comparados*,” (Alemania: 2010), <http://uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/275/265>. 203-252..

²⁵ Hirsch, “*La cuestión de la responsabilidad*”. 1102.

que medidas de tanto peso como la condena de municipios enteros o de otras agrupaciones de persona ya no fuera necesaria.

Los planteamientos que fundamentan la capacidad delictiva de personas jurídicas en Alemania una vez más lograra un importante y nuevo punto de partida frente a las objeciones dominantes en aquel contexto, fundadas en gran medida por la teoría de la ficción²⁶ por lo que éstas tuvieron que ser relativizadas nuevamente, debido a que Otto Von Gierke desarrollo y presento con mayor precisión la teoría de la persona real de la asociación *“Fue para entonces que la admisión de la capacidad de delinquir que se deriva de esta teoría, se impuso en el derecho civil y más tarde también en el contravencional [...] algunos Penalistas de renombre, como Franz Von List y Max Ernst Mayer se manifestaron en su favor²⁷”*. En suma las aproximaciones anteriormente descritas hacen posible concluir con certeza que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es una idea aislada al desarrollo teórico y práctico del derecho alemán²⁸.

1.4.1 Teoría de la personalidad real de la asociación de Von Gierke

Otto Von Gierke, presento en lo que habría sido una importante ponencia, las innovadoras reflexiones sobre la teoría de la ficción, e hizo

²⁶ Bacigalupo Saggese, *“La responsabilidad penal.”* 35. Para Bacigalupo “La teoría dominante de la persona jurídica en la primera mitad del siglo XIX, es decir a la teoría de la ficción de Savigny, tiene sus orígenes desde principios de la edad media en la dogmática del Derecho romano y canónico. Sin embargo, a. pesar de tan remotos orígenes, su cuestionamiento no surge hasta el siglo XIX”.

²⁷ Vicent, *“La teoría del derecho.”* 6. “Para elevarse a la esfera supraindividual de la creación jurídica, es preciso que el individuo se convierta con sus convicciones en órgano de la comunidad, es decir, que no se exprese a sí mismo, sino que se haga instrumento de la vida colectiva.

²⁸ Hirsch, *“La cuestión de la responsabilidad”*. 1103. Para Hirsh “Su punto de partida sobre la personalidad del ser humano no difiere prácticamente de la concepción sostenida por los romanistas, pero toma en consideración también la realidad de la vida social.”

conocer su propia teoría en relación al tema, denominándola; Teoría de la personalidad real de la asociación". Esa teoría, sin duda alguna constituye una nueva fundamentación en contraposición a la doctrina dominante, logrando así afirmar una vez más la responsabilidad penal de la persona jurídica y que su importancia no era una cuestión que se encontraba fuera de los márgenes interpretativos de los teóricos de la época.

En la realidad social y cultural, es posible verificar elementos análogos existenciales tanto para las personas naturales como para las personas jurídicas, como por ejemplo la búsqueda de fines económicos que constituyen y forman parte de objetivos vitales idénticos en ambos sujetos, en cualquier sociedad. Por su parte Otto Von Gierke señala que al coincidir la finalidad social de estos sujetos, el resultado es que van a ocasionar los mismos efectos, sean estos útiles o lesivos²⁹.

Los alemanes sobre la base de la teoría de la personalidad real de la asociación, consideran que las personas jurídicas es un genuino ente existente, aunque de diferente naturaleza del humano, en ese sentido se comparó a la persona jurídica con los organismos biológicos, la persona jurídica tenía cerebro lo que estaría representado por su gobierno, sistema nervioso, por medio de los actos de comunicación, y las células obviamente los individuos; concluyendo que éstas cuentan con voluntad distinta a la de sus miembros particulares cuyas voluntades no pueden coincidir, que cada uno debía de responder por sus actos, y que una verdadera ficción es aplicar sanciones penales a los sujetos que están tras la persona jurídica que no ha cometido delito, y viceversa, en síntesis configuran la oposición más fuerte hasta entonces conocida en relación a los planteamientos de la teoría de la

²⁹ Bacigalupo Saggese, *"La responsabilidad penal."* 52.

ficción de Savigny sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas³⁰, ocasionando una fuerte tendencia en la cultura jurídica europea.

En razón de la desaparición de la pena para las asociaciones a fines del siglo XVIII, la configuración de la teoría de la asociación, desde el punto de vista científico, significó que el interés reflexivo relacionado a su reconocimiento nunca desapareciera, sino al contrario hace cada vez más firme la posibilidad de considerar y proclamar el hecho de que para el legislador exista una necesidad práctica para la punibilidad de las personas jurídicas, por lo que con más claridad se plantea como el aporte más grande de la teoría de la personalidad real de la asociación y con claridad observar los tres temas medulares al debatir sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas adoptados por el derecho penal clásico, es decir que no son capaces de acción, que es imposible sostener la concurrencia de culpabilidad y por consiguiente su inviabilidad de verificar los fines para la aplicación de penas³¹.

De lo anterior, se ha planteado una aproximación que traduce el aporte fundamental ocasionado por la teoría de la personalidad real de la asociación, es decir la que tuvo lugar en 1966, en la que el tribunal constitucional federal en Alemania no expresó oposiciones constitucionales en sus decisiones, por lo que fue entendido que el legislador alemán no estaba limitado o impedido para introducir la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas como habría sido regulada hasta finales del siglo XVIII.

³⁰ Ibid. 50. Bacigalupo, sostiene: "La teoría de la personalidad real de la asociación o teoría orgánica, es la oposición a la teoría de la ficción de Savigny y las demás teorías desarrolladas a partir de aquella."

³¹ Hirsch, "La cuestión de la responsabilidad penal". 1993. 104-105. En aquel contexto se sostuvo en relación a la capacidad de acción según Hirsch como uno de los principales argumentos: "La falta de una verdadera capacidad de acción propia; se trata solo de la imputación de acciones naturales de otros, y esto no alcanza para un hecho punible."

En gran medida, adquirió y obtuvo mucho peso la cuestión de si existe una “*necesidad práctica*” suficiente para una transformación decisiva en sistema jurídico Alemán, es decir la consideración de la reintegración de la punibilidad de las asociaciones a los códigos penales, por encima del derecho contravencional, ya establecido en aquel contexto.

Hirsh sostiene, que “*En los Estados Unidos en los años 1984 a 1987 se formularon más de 1.500 acusaciones contra empresas económicas, solo en los tribunales de distrito. También en Alemania se estima que el 80% de todos los casos de criminalidad económica grave son cometidos bajo el manto de una empresa [...] pero, en todo ello se trata no ya de una problemática científica, sino de cuestiones cuya solución se halla en la discrecionalidad político-criminal de legislador del fin de lucro desmedido [...] el desarrollo técnico con los elevados riesgos que de él se derivan*”³².

Por esencia, las cuestiones que niegan desde la óptica de las categorías del delito de acción, culpabilidad y capacidad de pena en el derecho penal clásico, están vinculadas indudablemente a las mismas que configuraron y con las que dieron origen al concepto de persona jurídica, lo que se traduce a la negación total de las capacidades volitivas de las personas jurídicas por ser únicas y exclusivas de los seres humanos, influenciadas por orígenes inminentemente individualistas, dirigidos al hombre

³² *Ibíd.* 1118. Para Hirsh sería apropiado cuestionarse aquel contexto si “¿Se oculta detrás de la exigencia, quizá, solo una corriente contemporánea anti imperialista, como se observa en los países industrializados occidentales desde los años sesenta con diferente intensidad? ¿Los lemas en contra de las llamadas multinacionales y también parte de lo que se ha escrito con relación a la criminalidad de cuello blanco (white collar), tiene un trasfondo ideológico? Sin embargo, el aumento de la criminalidad empresaria constituye un hecho que ya no puede ser menospreciado [...] La cuestión en todo caso, puede consistir en si sobre la regulación en el derecho contravencional, que -como ya se ha mencionado también incluye delitos criminales como hechos vinculantes, y no es suficiente. Si bien el precepto respectivo contiene una importante amenaza de multa, de todos modos es insatisfactorio”.

como único sujeto con capacidad de obrar en el ámbito social, con lo que el dogmatismo ha logrado reducir, minimizar y negar durante muchos siglos la posibilidad de responsabilizar y sancionar penalmente a las personas jurídicas, y fortaleciendo con todo lo antes descrito el principio *societas delinquere non potest*.

1.5 Antecedentes históricos recientes

La necesidad práctica y los nuevos desafíos del derecho penal económico ante los altos márgenes de criminalidad económica y de impunidad hacen posible re direccionar lo relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en ese sentido Dannecker expone “*Uno de los debates de mayor actualidad en la necesaria adaptación del Derecho penal a los nuevos retos de la criminalidad económica es el concerniente a la penalidad de las personas jurídicas y corporaciones*”³³.

Las empresas son el principal agente económico de la sociedad; la libertad con que se manejan las compañías, es en la mayoría de casos el resultado de la intensión de alcanzar por muchos países un crecimiento económico óptimo, con lo que las normas de control de estos entes colectivos son permisivas en gran medida.

Las personas jurídicas en la actualidad, se han vuelto el medio ideal para la comisión de delitos, originando así la denominada criminalidad empresarial, la que atenta contra bienes jurídicos diversos en las

³³ Gerhard Dannecker, “*Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, Revista penal, no. 7 (2001), <http://uhu.es/revistapenal/index.php/penal>. 40. “En este sentido, el Derecho penal contra las personas físicas ha sido completado en un gran número de países industrializados con un derecho penal contra las personas jurídicas.”

sociedades³⁴, para lo que en la actualidad ha dejado de ser un hecho invisible a la luz de muchas sociedades.

Lo que permite retomar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en esa línea de pensamiento Díaz Cortez expone *“La vinculación entre el derecho penal económico y la responsabilidad de las agrupaciones es consecuencia de la colectivización de la vida económica y social. La sociedad postmoderna caracterizada por el consumismo, la industrialización, la preeminencia de medios de comunicación y de masas ha cambiado la forma de criminalidad violenta clásica por una criminalidad de carácter económico, financiera, empresarial, organizada y de alcance internacional. La realidad criminológica con características de organización, trasnacionalidad, corporativismo, connotación social y económica conlleva a que la mayoría de los delitos contra el orden económico sean cometidos con ayuda de la empresa”*³⁵.

El resurgimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, puede adjudicarse a los países de tradición jurídica anglosajona, sin duda alguna con mucho menos apegos a la dogmática jurídica. Por otra parte, como se ha podido observar en los apartados anteriores, los países de tradición jurídica continental estuvieron más dedicados a los debates y objeciones planteadas por la dogmática jurídica del derecho penal clásico por lo que sus reformas tomarían más tiempo. En ese sentido expone Hirsh *“El derecho penal alemán vigente, y también el de la mayoría de los demás*

³⁴ Silvina Bacigalupo Saggese, *“La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma del código penal de 2006 (Art. 31 Bis),”* Estudios de derecho judicial, no. 115 (2007): 199–234 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=169189>.

³⁵ Lina Mariola Díaz Cortés, *“ Societas delinquere potest”: hacia un cambio de paradigma en el derecho penal económico,* (2006), <http://gredos.usal.es/xmlui/handle/10366/18509>. 86.

estados, a diferencia del derecho penal de los países anglosajones, no conoce la punibilidad de las asociaciones de personas, es decir, de personas jurídicas y demás agrupaciones de personas organizadas en forma de corporación [...] sin embargo, se puede percibir una fuerte tendencia, proveniente del derecho penal económico³⁶ y ambiental, a prever la punibilidad de empresas económicas como corporación³⁷. La evolución que se desencadena en relación al gran margen de libertades otorgadas a las personas jurídicas durante muchos años, se interrelaciona a fenómenos de naturaleza sociales trascendentes.

En ese sentido, la enorme globalización y el incremento exponencial de las empresas a nivel nacional e internacional, ofreciendo que los entes colectivos tuvieran un real y enorme margen de actividad criminal, lo que resultaría en muchos casos imposible atribuir responsabilidad al individuo propiamente, como consecuencias de los siguientes fenómenos a que la persona jurídica se organiza de tal modo que impide la depuración de responsabilidades: Irresponsabilidad individual organizada; o bien, por las dificultades de la atribución de responsabilidad penal en estructuras organizadas, Irresponsabilidad individual estructural. Para Adán Nieto Martín *“El poder de las corporaciones es hoy en todo el mundo mucho mayor que hace dos décadas. Existen gigantes empresariales cuyo volumen de*

³⁶ Miguel Bajo Fernández, *“El derecho penal económico: un estudio de derecho positivo español,” Anuario de derecho penal y ciencias penales* 26, no. 1 (1973): 91–141. 92, Para Fernández “La expresión derecho penal económico hace referencia a una materia que va tomando paulatinamente carta de naturaleza desde principio de siglo hasta nuestros días. Hoy es una expresión comúnmente utilizada en la doctrina y en la legislación de gran parte de los países europeos.”

³⁷ Hirsch, *“La cuestión de la responsabilidad penal.”* (1993). 1100,1101. Para Hirsh, “Se hace referencia al significativo papel que tales empresas asumen en la vida social de hoy, y al aumento de los casos en los cuales la empresa en su conjunto aparece como el verdadero autor [...] quienes propician la punibilidad de las asociaciones se remiten criminal, en el ámbito del derecho contravencional, las sanciones punitivas contra personas jurídicas están legalmente reconocidas, sea en la ley alemana de contravenciones, sea en el derecho sancionatorio de la Comunidad Europea”.

*negocios es mayor que el Producto Interior Bruto de muchos países y que además gracias a la globalización puede escoger el ordenamiento más favorable a sus intereses*³⁸.

El nuevo punto de partida de la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene un origen en los modelos de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas, *“En el caso de Estados Unidos, se introdujo concretamente con New York Central and Hudson River Railroad Company v. United States, en 1909 [...] Y en el caso del Reino Unido, las exigencias de la responsabilidad es incluso anterior pues se puede citar a R V Great North of England RlyCo en 1846: primeros casos donde se reconoce la responsabilidad penal respecto de un ente moral*³⁹.

El tratamiento de países de cultura jurídica anglosajona que han apostado por un criterio *práctico y preventivo*⁴⁰, como ya se viene advirtiendo desde un principio, la existencia de diferencias fundamentales entre los países del *Common Law*, y aquellos de tradición jurídica continental son que la base de la tendencia anglosajona admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas, desde hace varios siglos como característica particular.

Sin embargo, en los últimos años, ésta postura tan radical a la luz del dogmatismo ha generado una transición que ha implementado sistemas de imputación en gran medida influenciados por criterios individualistas, y que

³⁸ Adán Nieto Martín, *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas, tras la lo 5/2010,”* n.d. 48. “En Estados Unidos la responsabilidad penal de las personas jurídicas nace como una forma más de lucha contra el abuso de poder de los gigantes corporativos, que van apareciendo tras la guerra civil y la construcción del ferrocarril”.

³⁹ Manuel Gómez Tomillo, *“Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español,”* (E-book) (Lex Nova, 2010). 16.

⁴⁰ El surgimiento de políticas criminales preventivas han permitido que durante el siglo XX se diera paso a la responsabilidad penal empresarial, en función de la necesidad de frenar y disminuir la criminalidad empresarial.

mediante sus propias experiencias se han ido alejando de la intervención del elemento humano.

1.6 Antecedentes históricos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en El Salvador

La responsabilidad penal de las personas jurídicas nunca ha existido en el desarrollo y evolución que el derecho penal salvadoreño ha experimentado hasta en la actualidad, el proceso se inició con la Constitución de 1824, época en la cual El Salvador aun formaba parte de la federación centroamericana.

Por el contrario, en El Salvador históricamente la legislación penal se ha encaminado a negar la capacidad delictiva de las personas jurídicas por disposición de ley, adoptando desde el código penal de 1974 la figura del actuar por otro⁴¹. En ese sentido, en la mayoría de los casos se suele afirmar que hablar de responsabilidad penal de las personas jurídicas en El Salvador se traduce únicamente al desarrollo de la figura del actuar por otro del Artículo 38 del Código Penal, lo que resulta extralimitado e impreciso, sobre todo si lo que se pretende es profundizar en las cuestiones actuales prácticas que constituyen verdaderamente el tema en cuestión.

Sin embargo, lo que si resulta apropiado de aclarar es que la figura del actuar por otro del Artículo 38 del Código Penal vigente, adoptado por la legislación penal Salvadoreña desde 1974, tiene como principio fundamental

⁴¹ El Derecho penal económico y sus fundamentos en general, aunado a la gran evolución jurisprudencial en cada país sobre la materia en particular, han, logrando plasmar en el ordenamiento delitos de insolvencia punible; delitos contra el mercado bursátil, figuras de indudable trascendencia en su concepción dogmática y jurisprudencial. Es por eso que la criminalidad de las empresas comenzó a ser percibida y reconocida por la doctrina y los legisladores como una realidad patente y amenazante para la estabilidad político-criminal.

el dogma “*societas delinquere non potest*”, por medio del cual el derecho penal clásico ha rechazado durante muchos siglos la capacidad delictiva de las personas jurídicas, pero que paradójicamente ha sido el que ha motivado a muchos teóricos a seguir armonizando los elementos de la persona jurídica y fundamentando contra el dogmatismo la posibilidad real de sancionar penalmente a los entes colectivos.

Paradójicamente, las mismas objeciones que durante muchos años se han planteado contra responsabilidad penal de las personas jurídicas en base al dogma “*societas deliquere non potest*”, son las que han logrado que en la actualidad el tema adquiera cada vez más interés, al menos en lo que corresponde al ámbito internacional, logrando por medio de la fundamentación y con base en las necesidades actuales, un debilitando al principio que encierra el Artículo 38 del Código Penal aún vigente en el ordenamiento jurídico penal salvadoreño.

Todo lo anterior, no significa que en El Salvador no existen hoy en día razones prácticas suficientes para que los legisladores dejar sin efecto el principio “*societas delinquere non potest*”, adoptado por el ordenamiento jurídico penal salvadoreño desde 1974 por medio de la figura del actuar por otro, regulada en el Art. 38 del Código Penal⁴², actualmente insuficiente por adolecer de altos márgenes de impunidad frente a los nuevos retos de la criminalidad económica, en la que mayormente se encuentran involucradas personas jurídicas y las personas que la conforman utilizan como medio de ocultación estos entes colectivos para materializar conductas delictivas que

⁴² El desarrollo que en El Salvador se puede experimentar en los próximos años en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, está vinculado a la adopción de instrumentos de las Organizaciones Internacionales, encaminados a combatir el crimen organizado y la corrupción en el sector público.

trascienden en el ámbito económico, generando daños lesivos en la sociedad y en la actividad misma del estado.

1.7 Conclusión

Los factores que han producido la evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal moderno están relacionados a la gran influencia y reconocimiento que ha tenido en los países anglosajones, frente a los grandes desafíos de la actualidad para combatir los altos márgenes de criminalidad económica.

Otros componentes que originan la importante evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas está relacionada a elementos sociológicos como la globalización y el incremento exponencial de las empresas a nivel nacional e internacional, ubicándose como los principales agentes económicos de la sociedad; por lo que en la actualidad, se han vuelto el medio ideal para la comisión de delitos originando así la denominada criminalidad empresarial.

Asimismo, la fuerte tendencia proveniente del derecho penal económico frente a la necesaria adaptación del Derecho penal a los nuevos retos de la criminalidad económica, logrando que la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas adquiera resonancia e interés en las Organizaciones Internacionales comprometidas con el combate a la criminalidad económica, en todas sus manifestaciones.

CAPITULO II

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS

A continuación, se realizará el desarrollo de los fundamentos dogmático-jurídicos que sustentan la existencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no obstante, el desarrollo capitular tomará como punto de partida el establecimiento de los fundamentos del *societas delinquere non potest*, esto con el propósito de verificar cuales han sido los argumentos que la doctrina clásica ha sostenido sobre la imposibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas –*incapacidad de acción, culpabilidad y pena*– y luego contrastar con la antesis que pretendemos sostener a través de esta investigación, exponiendo los fundamentos dogmáticos que sostiene la doctrina moderna del derecho penal en cuanto a la posibilidad de sancionar penalmente los hechos ilícitos en los que se ven involucrados los entes colectivos, señalando los delitos que pueden ser atribuibles a las personas jurídicas y por consiguiente las penas con especial énfasis al caso de la legislación española; asimismo, se desarrollará brevemente la figura del actuar en lugar de otro, estableciendo el alcance y señalando algunas limitaciones de la figura.

2.1 Fundamentos del principio *societas delinquere non potest*

Hasta hace pocas décadas la doctrina del derecho penal ha negado la existencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y probablemente con justa razón; pues, si se toma como punto de partida que los pilares fundamentales que conforman la teoría del delito tales como

acción, culpabilidad y pena son precisamente en relación al comportamiento de personas físicas es lógico que estos conceptos no logren adaptarse a la persona jurídica por su naturaleza misma, en ese sentido intentar atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas a través de la perspectiva tradicional de la teoría del delito resulta imposible y fácilmente se concluye que lo más razonable es adoptar la postura del *societas delinquere non potest*⁴³

En atención al planteamiento de García Aran, es conveniente conocer cuáles son los pilares básicos que sustentan el principio *societas delinquere non potest*, así: en primer lugar establece que las personas jurídicas no tienen capacidad de *acción*, en el sentido jurídico-penal del término, esto implica la existencia de un comportamiento físico, situación que no concurre en la persona jurídica por su naturaleza de ser ficticia⁴⁴; en segundo lugar se refiere a las reglas de *autoría y participación*, en el sentido que no es posible aplicarla ya que las actividades ejecutivas se encuentran separadas individualmente de las actividades resolutivas; en tercer lugar plantea que en la persona jurídica no posee *capacidad de culpabilidad*, pues visto desde cualquier concepto de culpabilidad este se refiere a una imputación subjetiva de hechos por autores individuales ya sea con dolo o culpa, bien bajo su capacidad de libre decisión o motivado frente a las normas; y por último no es posible legitimar los *fines clásicos de las penas* pues la retribución toma como punto de partida la culpabilidad y en ese sentido la prevención es

⁴³ Pedro Donaires Sánchez, "Responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho comparado", *Derecho y cambio social* 10, N° 31 (2013): 24-51, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5490744.pdf>.

⁴⁴ Luiz Regis Prado, "La cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica en derecho brasileño", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, No. 6 (2000), 273-303. https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_62.pdf Expone que Savigny afirma que las personas jurídicas tienen existencia ficticia, irreal o de pura abstracción debido a un privilegio lícito de la autoridad soberana; siendo, por tanto, incapaces de delinquir (carecen de voluntad y de acción).

ejercida sobre sujetos físicos ya que la intimidación o la resocialización son dirigidas al psiquis de estos sujetos, situación que no puede concurrir en la persona jurídica⁴⁵.

En esa misma línea de ideas Tiedemann sostiene que los obstáculos dogmáticos tradicionales para adoptar plenamente la criminalidad de las Personas Jurídicas se originan en el contenido de las nociones fundamentales de la doctrina penal: la *capacidad de acción*, la *capacidad de culpabilidad* y la *capacidad de pena*, pues en el caso de la acción ésta siempre está ligada en derecho penal al comportamiento humano y la culpabilidad o culpa constituye un reproche ético o moral humano que estaría excluido en el caso de las personas jurídicas. Estas no podrían ser, además, las destinatarias o sujetos pasivos de penas criminales con finalidad a la vez preventiva como retributiva⁴⁶.

Paliero al referirse a la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas expresa que existe en la doctrina la tesis de la irresponsabilidad la cual se compone por dos aspectos; por un lado es por la teoría de la ficción de Savigny mediante la cual establece que la persona jurídica únicamente puede ser considerada portadora de derechos a través de una ficción creada por el derecho positivo, no obstante a la persona jurídica no se le puede tratar como a la persona física, pues estos entes tienen capacidad legal pero no capacidad de actuar. Por otro lado expresa que el segundo argumento que sostiene la tesis de la irresponsabilidad se encuentra dado por el principio de humanidad que en términos prácticos

⁴⁵ Mercedes García Arán, "Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas" (Universidad de Coruña, 1998) 45-56 <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/10722/CC%2045%20art%204.pdf?sequence=1>

⁴⁶ Klaus Tiedemann, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", Anuario de Derecho Penal, vol. 96 (1997), 97-125 http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_07.pdf.

plantea que el derecho penal ha sido creado para el hombre para un sujeto pensante, con inteligencia creadora y previsor, y con la facultad de determinarse libremente⁴⁷.

2.2 Fundamentos dogmáticos sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas

La doctrina moderna del derecho penal ha hecho grandes esfuerzos por adaptar las categorías fundamentales del delito a la persona jurídica, es por eso que corresponde verificar si es posible responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, estableciendo cuales los fundamentos que lo sustentan; en ese sentido, en los siguientes apartados se desarrollará los fundamentos con los que la doctrina penal ha logrado establecer la punibilidad de las personas jurídicas, tomando como punto de partida el componente político-criminal que establece la necesidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas como resultado del surgimiento de diversos factores de la realidad y posteriormente el componente dogmático que desarrolla la posibilidad de atribuir a la persona jurídica capacidad de acción, capacidad de culpabilidad y la capacidad de pena mediante las construcciones doctrinales.

2.2.1 Necesidad político-criminal de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas

Sin duda alguna, las transformaciones de la realidad jurídica son generadas a partir de las necesidades que surgen producto de la ausencia

⁴⁷ Carlo Enrico Paliero, "*Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho italiano*", La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada, (2001), 47-74 http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_05.pdf.

de normas jurídicas que protejan determinados bienes jurídicos que se ven en riesgo de ser transgredidos. Para nadie es un secreto el gran poder que ejercen las personas jurídicas y el impacto negativo que pueden llegar a ocasionar en cualquier lugar del mundo, pero ¿por qué es necesario responsabilizar penalmente las personas jurídicas? para dar respuesta a esta pregunta señalaremos algunos factores que inciden para considerar necesario llevar a cabo un cambio de paradigma mediante el cual sea posible incluir sanciones penales contra personas jurídicas en los ordenamientos jurídicos.

Las legislaciones como la de El Salvador que adoptan el principio *societas delinquere non potest*, persiguen como autores de los hechos ilícitos cometidos a través de personas jurídicas a las personas Individuales que la representan a través de la figura jurídica del actuar por otro, al respecto Danneker señala que a menudo en las empresas⁴⁸ se propicia el encubrimiento de responsabilidades y de comportamientos ilícitos realizados por los sujetos individuales que actúan en nombre y representación de la persona jurídica por la razón que en algunas empresas no se logra identificar una línea jerárquica –que haga posible identificar quien toma las decisiones– sino una estructura empresarial funcional diferenciada en las que se produce una división entre las funciones estratégicas y operativas, de modo que se crea el peligro de una irresponsabilidad individual estructural, por lo que a menudo las investigaciones para intentar atribuir responsabilidades penales a los individuos resultan un fracaso.

Ante tales circunstancias nace la necesidad de adaptar las normas jurídicas a esta clase de situaciones, de modo que el carácter imperativo de

⁴⁸ Es conveniente aclarar que el término “empresa” entendido como agente económico y social, es utilizado mayormente por los autores para hacer referencia a la persona jurídica.

la norma jurídica no se vea afectado por la ausencia de consecuencias jurídicas.

Danneker expone una idea fundamental que complementa el argumento sobre la necesidad de sanciones penales para las personas jurídicas *“cuando hechos materialmente injustos permanecen sin pena, al derecho le abandona su carácter de institución social necesaria y se corre el peligro de que las categorías fundamentales de la justicia y de la injusticia se tambaleen. Cuando existe un comportamiento merecedor de pena, es competencia del derecho penal evidenciar que no son los autores sino las víctimas las que tienen la razón⁴⁹”*. Este planteamiento es bastante acertado ya que cuando existe un hecho que puede catalogarse como delito es necesario la intervención efectiva del derecho penal, de lo contrario se podría correrse el riesgo que el derecho se vuelva obsoleto y por consiguiente que los bienes jurídicos afectados no encuentren un asidero legal que los proteja.

La criminalidad empresarial y el crimen organizado es otro factor que incide en la necesidad de introducir en los ordenamientos sanciones penales contra las personas jurídicas. Así lo expone Zúñiga Rodríguez⁵⁰ apuntando que en los últimos tiempos la empresa ha sido el instrumento utilizado por la criminalidad organizada para la realización de actividades ilícitas como el lavado de dinero, lo que demanda la necesidad de responsabilizar penalmente a la empresa, pues los Estados que no son capaces de hacerlo corren el riesgo de no ser capaces de cubrir las necesidades de sus ciudadanos, y que la criminalidad organizada tome mayor ponderación.

⁴⁹ Gerhard Dannecker, *"Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas"*, Revista penal, n.º 7 (2001), 40-54, <http://uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/97/92>.

⁵⁰ Laura Zúñiga Rodríguez, *"La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el anteproyecto de Código Penal peruano de 2009"*, Anuario de Derecho Penal, (Perú 2009), 153-181, https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2009_08.pdf.

Es conveniente señalar que actualmente los temas de mayor interés en política criminal son, por ejemplo, la criminalidad económica, el lavado de dinero, la responsabilidad por productos defectuosos, la protección penal del medio ambiente, que con normalidad son directamente relacionados a conductas colectivas; en ese sentido, se puede afirmar que existe una influencia real por parte de las personas jurídicas que conlleva a tenerlas en el primer plano de la política criminal, debido a que si se recurre al derecho penal tradicional para resolver estos problemas con seguridad se encontrará en el camino muchos obstáculos que haga posible identificar a los sujetos individuales dentro de la persona jurídica⁵¹.

Se estima, que uno de primeros factores a tomar en cuenta para la punibilidad de las personas jurídicas es la incorporación de una política criminal que aborde mecanismos de solución a los problemas que se suscitan en la actualidad como los señalados por el autor; de modo que, si se traza esa línea, se encontrará a las personas jurídicas como posibles sujetos activos de delitos relacionados con la criminalidad económica, el lavado de dinero, los delitos ambientales, u otros que la propia actividad de las empresas pueda dar lugar.

Las personas jurídicas se constituyen como los principales actores en las economías por lo que no puede negarse la capacidad que tienen de ejercer derechos y contraer obligaciones del mismo modo que las personas físicas; en ese sentido no existe razón para que las Personas Jurídicas no sean consideradas sujetos capaces de ser vinculados a obligaciones jurídico-penales al igual que las personas físicas, se trata pues de generar una

⁵¹ Günter Heine, "*La responsabilidad penal de las empresas: Evolución internacional y consecuencias nacionales*", Responsabilidad penal de las personas jurídicas, (1997), 19-45. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_04.pdf.

igualdad en los derechos y deberes y con ello atacar los factores que generan la criminalidad de la empresa en los delitos económicos⁵², evitar las dificultades de imputación jurídico-penal y de identificación de los verdaderos responsables en las empresas con estructuras empresariales que son complejas, así como, prevenir la criminalidad de empresa⁵³ y la criminalidad organizada⁵⁴.

Como se ha señalado, son muchos los factores que inciden para responsabilizar penalmente a los entes colectivos en los ordenamientos jurídicos, un factor importante que se señala son los resultados negativos de la implementación del principio *societas delinquere non potest*, al no ser tomada la persona jurídica como sujeto activo del delito se busca responsabilizar penalmente a los sujetos individuales que la representan o actúan en su nombre, dando lugar al problema de la individualización de responsabilidades en las personas jurídicas que se conforman por estructuras grandes y complejas. Por otro lado la denominada criminalidad económica, el crimen organizado que toman como instrumento de sus actividades a la persona jurídica y por supuesto la necesidad de vincular a la persona jurídica como sujeto penalmente responsable en igualdad de condiciones que los sujetos individuales por ser la persona jurídica el actor más importante en las economías mundiales.

⁵² Entiéndase por *Delitos Económicos*, -en el sentido más amplio-, todas, las acciones punibles y las infracciones administrativas que se cometen en el marco de la participación en la vida económica o en estrecha conexión con ella". Véase: Bernd Schünemann, "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", Anuario de derecho penal y ciencias penales 41, n.º 2, (1988): 529-558, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46331.pdf>. 529.

⁵³ Entiéndase por *Criminalidad de Empresa*, "como suma de los delitos económicos que se cometen a partir de una empresa -o, formulado de otra manera, a través de una actuación para una empresa-" *Ibíd.* 533

⁵⁴ Miguel Ángel Boldova Pasamar, "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación Española", Estudios penales y criminológicos, XXXIII (2013), 219-263, <https://zaguán.unizar.es/record/32178/>.

El Salvador es un país en el que concurren estos factores que inciden en la necesidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas y por tanto aplicarles verdaderas sanciones penales. En primer lugar tenemos que nuestro código penal en el art. 38 establece la figura del actuar por otro mediante la cual la persecución penal se centra en los sujetos individuales que representan o actúan en nombre de la persona jurídica por los delitos cometidos en beneficio de ésta, no obstante es necesario advertir que esto puede dar lugar al problema de la individualización de responsabilidades por la distribución de roles que existen en las empresas que cuentan con estructuras complejas y por consiguiente esto trae como resultado la impunidad. Por otro lado tenemos el crimen organizado que utiliza a personas jurídicas como instrumento que le permita realizar delitos como el lavado de dinero y es a partir de estos factores de criminalidad que surge también para el caso de El Salvador la necesidad de incluir una política criminal que rompa el paradigma que las sociedades no pueden cometer delitos y dar paso a la inclusión de la responsabilidad penal para las personas jurídicas en su ordenamiento jurídico.

2.2.2 Capacidad de acción de la persona jurídica

La necesidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas por los hechos ilícitos cometidos a través de éstas ha motivado a la doctrina del derecho penal a realizar grandes esfuerzos encaminados a producir un contenido dogmático que permita compatibilizar o conciliar con las categorías fundamentales del derecho penal –*creadas para personas físicas*- sobre la existencia de la responsabilidad penal para las personas jurídicas, en ese sentido corresponde en este apartado exponer las ideas sobre la capacidad de acción en relación a la persona jurídica como tal.

Ciertamente el principal argumento de los que consideran la imposibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas es porque consideran que no concurre en ella la capacidad de acción⁵⁵. La situación de irresponsabilidad se debe a la teoría de la ficción de Savigny que considera a la Persona Jurídica como una ficción creada por el Estado. A esta tesis se opone la teoría de la realidad de Gierke quien expone acerca de la persona jurídica que ésta no es una ficción creada por el Legislador, sino un ente real, que es independiente de los sujetos que la componen, ya que de la misma forma que un sujeto físico la persona jurídica actúa como el sujeto individual –aunque mediante procedimientos diferentes–, y por lo tanto puede actuar mal, delinquir y por consiguiente ser sancionada⁵⁶.

Lampe expone que las personas jurídicas son incapaces de acción en cuanto el concepto de acción está definido como un comportamiento de un ser individual o humano; sin embargo fuera de la perspectiva individual también existe un concepto de acción propio de la persona jurídica mediante el cual se vuelve posible exigirle responsabilidad penal, lo que afirma que el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es un problema ontológico, sino un simple problema de definición” (Briccola)⁵⁷.

En esa línea de pensamiento el profesor Zugaldía Espinar, sostiene que *“las personas jurídicas son capaces de acción en cuanto que son destinatarias de las normas jurídicas y capaces de producir los efectos exigidos por dichas normas. De ello se deduce que, al mismo tiempo, pueden ser autoras de una infracción, esto es, que pueden realizar acciones*

⁵⁵ Hirsch, “La cuestión de la responsabilidad”. 71

⁵⁶ Regis Prado, “La cuestión de la responsabilidad”. 34

⁵⁷ José Miguel Zugaldía Espinar, “Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español”, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, (2010), 47-73 www.ciidpe.com.ar/area1/Z%20Espinar.pdf.

(contratos, adopción de acuerdos, etc.) que "se expresan" a través de las acciones de sus órganos y representantes, pero que son al mismo tiempo, jurídica, sociológica y criminológicamente, "acciones de la propia persona jurídica" y expresión de su específico obrar corporativo⁵⁸.

Se estima que este planteamiento es muy acertado por cuanto que las personas jurídicas evidentemente al situarse como un actor dominante en las sociedades deben dirigirse hacia éstas una diversidad de normas jurídicas, de naturaleza tributaria, administrativa, de derecho común u otras, que efectivamente son capaces de producir en la persona jurídica los efectos que la norma presupone, de modo que, no resulta errado pensar que también puede suscitar la posibilidad de transgredir dichas normas, en ese sentido se puede sostener la posibilidad de que concurra la capacidad de acción en la persona jurídica.

La capacidad de actuación de una persona jurídica es consecuencia de su posición como sujeto autónomo de la realidad social y de que puede ser destinataria de las normas penales. El ilícito imputable no depende solamente de la capacidad de actuación de la persona jurídica, no requiere necesariamente de una actuación como tal, puede ser igualmente ocasionado a través de un deficiente sistema que promueve, posibilita o permite perjuicios a terceros o bienes jurídicos protegidos. El elemento fundamental radica entonces en la causa de un resultado antijurídico⁵⁹; por lo tanto, no es necesariamente preciso basar la capacidad de actuación en la imputación de un comportamiento de los sujetos individuales que actúan como agentes de las empresas.

⁵⁸ Zugaldía Espinar, *"Aproximación teórica y práctica"*. 4

⁵⁹ Dannecker, *"Reflexiones sobre la responsabilidad"* 17.

El sector de la doctrina que acepta la concurrencia de la capacidad de acción en las personas jurídicas se encuentra separado en dos grupos, el primero encabezado por la postura de Jakobs⁶⁰ quien sostiene que tanto para la acción como para la culpabilidad son iguales las formas dogmáticas tanto en la persona física como en la persona jurídica, en cuanto a que en la persona física sucede mediante un proceso de su mente y cuerpo, en la persona jurídica se traslada a sus estatutos y órganos,⁶¹ y por otro lado el segundo grupo entre los que podemos mencionar a Zugaldía Espinar, Tiedemann, o Gómez-Jara Diez, que consideran la necesidad de crear nuevas categorías jurídicas que sean exclusivas para las personas jurídicas.

Desde la perspectiva de la creación de nuevas categorías propias para las personas jurídicas se sostiene que la capacidad de acción concurre en la persona jurídica en primer lugar por ser éstas destinatarias de normas jurídicas y en segundo lugar por ser capaces de producir los efectos exigidos por las normas; de ello se deduce, por tanto, que pueden ser autoras de una infracción, esto es, que pueden realizar acciones que se ponen de manifiesto a través del actuar de sus órganos y representantes, pero que es al mismo tiempo el actuar del ente colectivo⁶².

La capacidad de acción de las personas jurídicas no puede abordarse desde la perspectiva del concepto tradicional de acción, debido a que tal

⁶⁰ Teoría frecuentemente criticada por muchos autores entre ellos Morrillas Cuevas, Gracia Martín, entre otros, por su postura respecto a la capacidad de acción y culpabilidad en relación a la persona jurídica por su débil proyección penal.

⁶¹ Lorenzo Morrillas Cueva, "*La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*", en *Anales de Derecho*, vol. 29, 2011, 1–33, <http://revistas.um.es/analesderecho/article/download/153501/135381>.

⁶² Rebeca Elizabeth Contreras López, "*Actualidad penal: una vez más sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica*", *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas UV*, n.º 7 (2003): 1-9, <http://letrasjuridicas.com.mx/Volumenes/7/rcontreras7.pdf>.

concepto incorpora elementos que la persona jurídica adolece por su naturaleza misma; en ese sentido, se estima que es necesario la creación de un concepto de capacidad de acción exclusivo para la persona jurídica que reúna válidamente sus elementos y naturaleza; no obstante, a partir de los aportes expuestos en los apartados anteriores, las personas jurídicas pueden ser consideradas sujetos con capacidad de acción, en primer lugar por el desarrollo y trascendencia que tiene como tal la persona jurídica en las sociedades, y por otro lado que resultado del papel que desarrolla en las sociedades son indudablemente destinatarias de normas jurídicas, capaces de producir los efectos que la norma presupone y por tanto existe la posibilidad de infringir dichas normas a través de cualquier decisión adoptada por los órganos de administración de la persona jurídica o de otro sujeto que tenga la facultad de representar sus intereses, estableciendo como premisa que los actos de los órganos de administración o representación deben entenderse que son los mismos de la persona jurídica en cuanto exista una relación de interés a favor ésta.

2.2.3 Capacidad de culpabilidad de la persona jurídica

Los argumentos dogmáticos sobre la capacidad de acción de las personas jurídicas conllevan necesariamente a la discusión sobre su capacidad de culpabilidad, al respecto señala Hirsch *“Con relación a la cuestión de la culpabilidad, en el derecho penal se trata de la reprochabilidad personal del hecho, más precisamente: de la capacidad personal de motivarse conforme a la norma durante la comisión del hecho”*⁶³. Si se admita la existencia de la capacidad de acción de la personas jurídicas se debe entonces determinar si concurre en ella la culpabilidad, por ello en este

⁶³ Hirsch, *“La cuestión de la responsabilidad”*, 1108.

apartado nos referiremos específicamente a los intentos doctrinarios que sobre esto se está hablando.

Son muchos los intentos de la doctrina por dar solución al problema de la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas; en ese sentido, se distinguen dos líneas de pensamiento al respecto. En primer lugar la idea sobre la cual se plantea la conservación del concepto de culpabilidad tradicional, y a partir de esto se ofrece como solución la construcción de un concepto nuevo de culpabilidad que sea únicamente válido para las personas jurídicas. En segundo lugar la idea sobre la cual se sostiene la construcción de un nuevo concepto de culpabilidad que sea válidamente aplicable a las personas naturales y a las personas jurídicas⁶⁴. En ese sentido se expondrán en los siguientes apartados algunos planteamientos mediante los cuales se pretende fundamentar la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas

2.2.3.1 Sanción penal sin culpabilidad

El primer planteamiento que se aborda es la propuesta de Schönemann⁶⁵ quien parte del razonamiento que las personas jurídicas carecen de capacidad de culpabilidad; no obstante, considera que esto no es una dificultad insuperable para aplicarles sanciones penal, ya que éstas

⁶⁴ Bacigalupo Saggese, "*La responsabilidad penal*".

⁶⁵ Juan Luis Modolell González y José Ignacio Gallego Soler, "*Empresa y Derecho Penal*", (Caracas: Cátedra Fundacional Banco Mercantil : Universidad Católica Andrés Bello, Núcleo de Estudios sobre delincuencia Económica NEDE, Centro de Investigaciones Jurídicas, 2004). Explican con mayor detalle: para Schönemann "la aplicación de una medida penal a la propia persona jurídica, según los siguientes argumentos: el fin de la pena como retribución de la culpabilidad se basa en una concepción retributiva, lo cual imposibilitaría la imposición de penas al margen de la culpabilidad. Sin embargo, agrega este autor, el Derecho penal moderno ha dado un giro hacia un Derecho Penal preventivo, por lo cual la admisibilidad jurídica de una sanción se mide en razón de su correspondencia con la determinación del fin del Derecho penal (protección de bienes jurídicos), es decir, conforme a su utilidad preventiva. Recurre entonces al llamado principio de estado de necesidad de prevención."

pueden aplicarse mediante la elaboración de un nuevo principio de legitimación fundado en un “*Estado de necesidad del bien jurídico*” establecido bajo dos presupuestos basados en principios de Justicia: i) La existencia de una situación de necesidad, que consiste en que debe existir una amenaza real de lesión sobre un bien jurídico el cual no puede ser protegido por las medidas existentes; y ii) La aplicación de una medida de necesidad idónea, que presupone la aplicación de una multa económica contra la Empresa⁶⁶, la cual mediante su aplicación tenga un efecto que contribuya al fortalecimiento de la eficiencia de prevención de carácter especial dentro de la empresa, lo que específicamente sería un eficiente control interno que evite el surgimiento de una nueva situación de criminalidad⁶⁷.

2.2.3.2 Culpabilidad de organización

Una segunda opción para fundamentar la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas es la propuesta elaborada por Tiedemann, basada en lo se conoce como “Defecto de Organización” de la persona jurídica, que toma como punto el reconocimiento de la capacidad de acción por cuanto son destinatarias de normas jurídicas⁶⁸, debiendo entenderse que la acción de la persona jurídica debe ser realizada por uno de sus órganos

⁶⁶ Hirsch, “*La cuestión de la responsabilidad*,”. 1009 Al respecto expone: “La imposición de sanciones punitivas sin culpabilidad constituiría en definitiva, materialmente, un cuerpo extraño en el derecho penal. Este quedaría desnaturalizado, en esa medida, convirtiéndose en un mero derecho de responsabilidad”.

⁶⁷ Bacigalupo Saggese, “*La responsabilidad penal*”.126

⁶⁸ Este planteamiento surge como resultado la reforma del § 30 OWiG (Ordnungswidrigkeitengesetz) por medio de la 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität de 1986 (2. Ley de lucha contra la criminalidad económica), que introdujo como sanción la multa aplicable a una empresa, suprimiendo la hasta entonces vigente calificación de “consecuencia accesoria” (Nebenfolge), se reabrió la discusión sobre la naturaleza jurídica de tal sanción a una persona jurídica y, por lo tanto, se plantearon nuevamente las cuestiones fundamentales en torno a este tema. (Extraído de *Ibíd.* 192)

(evidentemente conformado por sujetos individuales) en su nombre y beneficio, aunque esto signifique la imputación del hecho de otro. En ese sentido establece que la persona jurídica es responsable penalmente por los delitos cometidos por los sujetos individuales vinculados a ésta, en razón que la comisión del delito ha sido resultado de que la persona jurídica no ha tomado las medidas necesarias de cuidado que son indispensables para garantizar el desarrollo lícito del ejercicio de sus actividades⁶⁹.

El principio de imputación que se utiliza en este concepto de culpabilidad no es una novedad en el derecho penal, pues utiliza el mismo de la fundamentación dogmática de la punibilidad de supuestos de *actio libera in causa*; es decir, que realmente la sanción no se aplica por el hecho individual, sino por la falta de cuidado que debió tener lo que hubiese permitido evitar el ilícito⁷⁰.

En palabras del profesor Zugaldía Espinar interpreta esta teoría en el sentido que *“el objeto de imputación es el hecho típico de conexión o de referencia de la persona física y que la persona jurídica será culpable siempre que -a través de sus órganos o sus representantes- haya omitido tomar las medidas de cuidado necesarias para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad de empresa (se trataría de la infracción del deber de evitar que la actividad de empresa se concrete en la realización de hechos delictivos)”*⁷¹.

Como se puede observar el planteamiento se asienta en la línea de pensamiento planteada por Tiedemann, en el sentido que la culpabilidad de

⁶⁹ Bacigalupo Saggese, "La responsabilidad penal". 193-194

⁷⁰ *Ibíd.* 199

⁷¹ Zugaldía Espinar, "Aproximación teórica y práctica". 6

persona jurídica está dada por la omisión de medidas necesarias que garanticen la licitud de sus actividades.

En síntesis se concluye que la culpabilidad de las personas jurídicas por defecto de organización, se fundamenta en la omisión a deberes de control, vigilancia y cuidado que ésta debe crear desde su nacimiento a la vida jurídica, para evitar la producción de hechos ilícitos desde el seno de su organización por parte de los sujetos individuales que la conforman; de tal manera que, si la persona jurídica no se organiza correctamente y se produce un delito desde su interior ésta puede ser responsable penalmente y su culpabilidad estaría generada a partir de una defectuosa o deficiente organización. A partir de esta conclusión, relacionada al defecto de organización se puede establecer la concurrencia de capacidad de culpabilidad en la persona jurídica.

2.2.3.3 Culpabilidad de la propia persona jurídica

Hirsch, al referirse a la cuestión de la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica toma como punto de partida aceptar que concurre en ésta la capacidad de acción, dado que las acciones realizadas por los organismos – *compuestos por sujetos individuales*– de la empresa son al mismo tiempo las propias acciones de la empresa⁷².

A partir de lo anterior Hirsch critica las propuestas que buscan cambiar el contenido ético-social del concepto de culpabilidad por el de "interés público" –en alusión al estado de necesidad del bien jurídico propuesto por Schünemann– pues tales propuestas no le parecen idóneas, ya que la

⁷² Hirsch, "La cuestión de la responsabilidad ", 87.

imposición de sanciones sin culpabilidad serían un cuerpo extraño para el Derecho penal⁷³.

Bajo esa premisa Hirsch recomienda que para tratar el tema se debe analizar la realidad social con mayor detalle, y observar el concepto de culpabilidad es frecuentemente usado sobre las personas jurídicas, por lo que para demostrar esta situación expone algunos ejemplos; se refiere a la culpabilidad de una empresa que producto de su actividad genera sustancias tóxicas y que ésta por descuido vierte tales sustancias en un río, y consecuencia de eso ha causado la muerte de los peces y ha puesto en riesgo el agua potable que se suministra, por otro lado recuerda la culpabilidad de una empresa alemana "IG-Farben" en la que se dio la explotación y muerte de trabajadores. Por otro lado expone que la palabra culpabilidad es utilizada también en relación a la conducta de Estados cuando se intenta determinar en un conflicto armado cuál de las partes fue la culpable del surgimiento de la guerra⁷⁴.

Expone que esos ejemplos demuestran que la culpabilidad de ningún modo significa, algo éticamente indiferente; ya que al realizarse el reproche de culpabilidad, a la persona jurídica se le aplica plenamente un parámetro moral, por lo tanto en ese sentido, es indudablemente posible corroborar paralelos de culpabilidad con las personas físicas.

"El paralelismo existe también en lo que se refiere a la libre autodeterminación. Dado que la asociación de personas solo puede actuar a través de seres humanos, la cuestión del libre albedrío debe ser contestada, aquí como allí, de modo concordante. Respecto de las asociaciones de

⁷³ Bacigalupo Saggese, "La responsabilidad penal", 102.

⁷⁴ Hirsch, "La cuestión de la responsabilidad", 94.

personas no debería valer, por ello, algo distinto que en los demás casos del derecho penal⁷⁵”.

Finalmente se concluye que la propuesta de Hirsch sobre la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica se verifica a través de la culpabilidad que recae sobre el órgano de la persona jurídica que ejecutó el hecho ilícito; se trata pues de la culpabilidad del órgano como hecho de conexión. Hirsch exige también en la verificación de esa culpabilidad, se determine que el hecho ilícito pudo haber sido evitado por parte la persona jurídica. El resultado de esa culpabilidad es la determinación de una Responsabilidad Colectiva por el hecho de la persona jurídica⁷⁶.

2.2.4 Capacidad de pena de la persona jurídica

La pregunta sobre la posibilidad que las personas jurídicas puedan ser afectadas a través de una pena o si éstas pueden percibir el mal que se ocasiona a través de una pena ha sido ampliamente debatido, mayormente la doctrina se inclina por rechazar la eficacia de los fines de la pena sobre las personas jurídicas ya que únicamente el ser humano es quien responde por sus actos y quien puede discernir el sentido de la pena visto como un mal merecido⁷⁷.

La capacidad de pena de la persona jurídica será siempre negada si se resiste la posibilidad de realizarles reproches morales y si también se niega que éstas pueden ser destinatarias de las normas jurídicas penales; pero si por el contrario, se admite la posibilidad de la capacidad de

⁷⁵ *Ibíd.* 1110

⁷⁶ Bacigalupo Saggese, “*La responsabilidad penal*”, 110.

⁷⁷ Dannecker, “*Reflexiones sobre la responsabilidad penal*”, 69.

culpabilidad de la persona jurídica, la idea de retribución también ha de manifestarse.

Al respecto Tiedemann expone que en lo que referente a los fines de prevención de la pena, son menos los problemas que surgen que en relación a la retribución, afirma que esto es verdadero y más aún en relación al efecto preventivo que se dirige a los miembros de la empresa, ya que según él éstos han de sentirse intimidados por la condena penal de la empresa y/o se reforzará en ellos su mentalidad de obediencia a las normas jurídicas (esto sería la prevención general), por lo que, la condena penal pone de manifiesto que la norma jurídica infringida se dirige a la empresa y que la infracción merece un reproche social.

Por otro lado en relación a la prevención especial, se vería reflejada cuando la empresa que ha sido condenada causaría un efecto de intimidación sobre ésta lo que generaría que ésta no vuelva a reincidir en la comisión del delito⁷⁸. En el mismo sentido Danneker afirma que se pueden verificar los fines de la pena a una Persona jurídica especialmente en atención a la prevención general, ya que los efectos que resultan para otras personas jurídicas pueden equipararse con los que resultan frente a otras personas particulares por medio de la imposición de una pena de multa a éstos. Asimismo si se inicia de los fines preventivo-especiales se puede afirmar la utilidad de los fines de la pena en cuanto a las personas jurídicas pues una persona jurídica a la que se le ha impuesto una pena se detendrá antes que una persona física sancionada de volver a violar las normas jurídicas⁷⁹.

⁷⁸ Tiedemann, "*Responsabilidad penal*", 67.

⁷⁹ Danneker, "*Reflexiones sobre la responsabilidad penal*", 36.

2.3 Delitos y penas atribuibles a las personas jurídicas

Luego que han sido expuestos los fundamentos dogmáticos señalados por la doctrina penal para atribuir a las personas jurídicas responsabilidad penal a través de los esfuerzos por adaptar las categorías del delito (capacidad de acción, de culpabilidad y de pena) a la personas jurídicas, es conveniente exponer los delitos que la doctrina señala pueden ser atribuidos a dichos entes.

Sobre los delitos que pueden ser cometidos por las personas jurídicas Dannerker expone que en principio, las personas jurídicas pueden violentar cualquier ley de carácter penal en cuanto estos entes lesionen algún bien jurídico protegido y sea comprobada su culpabilidad. Afirma además que no es correcto restringir la responsabilidad penal de las personas jurídicas únicamente a los delitos económicos, ya que cabe la posibilidad que éstos cometan delitos tales como lesiones, muertes o difamaciones como resultado de la ausencia de sistemas de vigilancia o controles en la organización de la persona jurídica, en ese sentido plantea que el elemento determinante ha de ser valorar si la lesión del bien jurídico es atribuible como delito a la persona jurídica.

La práctica de los países angloamericanos evidencia que las personas jurídicas pueden ser sujetos activos en casi todos los delitos, si se parte de esa premisa es posible renunciar al requisito previsto en el derecho penal francés de disponer expresamente para cada delito la punibilidad de las empresas, en razón que esto puede dar lugar a lagunas de punibilidad⁸⁰ y por lo tanto inútil para los fines de un derecho penal eficaz.

⁸⁰ *Ibíd.* 27.

2.3.1 El caso de la legislación española

Según expone el profesor Díez Ripollés⁸¹, en el caso de la legislación española toma como punto de referencia el principio de excepcionalidad en cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el sentido que solo es posible atribuirla en los tipos penales que se encuentren expresamente previstos en la ley penal. un estudio del catálogo de delitos en los que es posible atribuir responsabilidad penal a los entes colectivos, demuestra que predominan los delitos en los que se ha centrado el debate político-criminal sobre la necesidad de responsabilidad societaria, los cuales son delitos contra bienes jurídicos socio-económicos y delitos relacionados contra la delincuencia organizada; afirma el autor, que además son incluidos delitos contra la administración pública, una buena cantidad de delitos de contra el patrimonio o similares, e inclusive contra la intimidad o de riesgo catastrófico⁸².

A partir de la reforma del Código Penal Español efectuada por la Ley Orgánica 1/2015, según Circular 1/2016⁸³ emitida por la Fiscalía General del Estado Español, el catálogo de delitos atribuibles a las personas jurídicas establecidos en la Ley Orgánica 10/1995 son los siguientes:

1. Tráfico ilegal de órganos humanos (Art. 156 bis. 3)
2. Trata de seres humanos (Art. 177 bis. 7)
3. Prostitución/ explotación sexual/ corrupción de menores (Art. 189 bis)

⁸¹ José Luis Díez Ripollés, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación Española", *InDret*, n.º 1 (2012), 125-146 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=48662>.

⁸² *Ibíd.*

⁸³ Circular 1/2016, emitida por la Fiscalía General del Estado Español, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015. <http://www.pactomundial.org/wp-content/uploads/2016/09/Circular-sobre-la-Responsabilidad-Penal-de-las-Empresas.pdf>. Accedido el 20 de Febrero 2017.

4. Descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento informático (Art. 197 quinquies)
5. Estafas (Art. 252 bis)
6. Frustración de la ejecución (Art. 258 ter)
7. Relativos a la manipulación genética (Art. 162)
8. Alteración de precios en concursos y subastas públicas (Art. 262)
9. Daños informáticos (Art. 264 quater)
10. Contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores (Art. 288)
11. Negativa a actuaciones inspectoras (Art. 294)
12. Blanqueo de capitales (Art. 302.2)
13. Financiación ilegal de los partidos políticos (Art. 304 bis.5)
14. Contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (Art. 310 bis)
15. Delitos contra los derechos de los trabajadores (Art. 318)
16. Contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (Art. 318 bis. 5)
17. Urbanización, construcción o edificación no autorizables (Art. 319.4)
18. Contra los recursos naturales y el medio ambiente (Art. 328)
19. Relativos a las radiaciones ionizantes (Art. 343.3)
20. Riesgos provocados por explosivos y otros agentes (Art. 348.3)
21. Contra la salud pública (Art. 366)
22. Contra la salud pública relativo al tráfico de drogas (Art. 369 bis)
23. Falsificación de moneda (Art. 386.4 y 386.5)
24. Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (Art. 399 bis)
25. Cohecho (Art. 427 bis)
26. Tráfico de influencias (Art. 430)
27. Delitos de odio y enaltecimiento (Art. 510 bis)
28. Asociación ilícita (Art. 520)

29. Organización y grupos criminales y organizaciones y grupos terroristas
(Art. 570 quater)

30. Financiación del terrorismo (Art. 576)

En lo relativo al catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas a partir de la Ley Orgánica 10/1995 pueden ser las siguientes:

Ley Orgánica 10/1995

Código Español

Art. 33.7

- a) Multa.
- b) Disolución de la persona jurídica.
- c) Suspensión de sus actividades.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos.
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social.
- g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores.

2.4 La figura del actuar en lugar de otro

Antes de desarrollar este apartado sobre la institución del “Actuar en lugar de otro”, es necesario aclarar que esta investigación no se encuentra dirigida a entrar a conocer a fondo sobre ésta figura penal; no obstante, se estima necesario exponer el desarrollo que ésta figura ha tenido; ya que, resulta importante para el tema de responsabilidad penal de la persona

jurídica en razón que se ha intentado resolver el problema de impunidad de la criminalidad empresarial a través de la aplicación del actuar en lugar de otro, sin obtener los resultados esperados, por dirigirse la persecución penal a las personas naturales que representan al ente colectivo. En ese sentido, a continuación se desarrollará el tema desde una perspectiva crítica.

2.4.1 Fundamento dogmático

En la actualidad mayoritariamente la doctrina penal se inclina por reconocer que la cláusula del “Actuar en lugar de otro” surgió con motivo de ocultar los vacíos de punibilidad que resultan en los delitos especiales que son ejecutados por los representantes tanto de personas jurídicas, como de personas naturales, (inclusive aun cuando no posean propiamente una relación de representación esto en relación a la representación voluntaria). No obstante, realmente la razón de ser de la cláusula del actuar por otro es que surgió como repuesta a los vacíos de punibilidad que resultan por la negación de Responsabilidad Penal de las personas jurídicas y, en este sentido, se declina por el actuar de los órganos y representantes de dichos entes⁸⁴.

Este problema de punibilidad surgió por primera vez en la Jurisprudencia Alemana, específicamente, en la Sentencia dictada por el Preußisches Obertribunal (Tribunal Superior de Prusia) con fecha 9 de Noviembre de 1874 mediante la cual resolvió un caso por el delito de Bancarrota Simple según lo dispuesto en esa época por el § 283-2 del RStGB (Código Penal Alemán). El caso sucedió por la acusación del delito a un miembro del consejo de administración de una sociedad cooperativa que

⁸⁴ Percy García Cavero, "*La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro*", (2002), 103-140 e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned...2002-9-5040/Documento.pdf.

había suspendido sus pagos, en razón de una mala organización de los libros de comercio de la persona jurídica. El problema de imputación de responsabilidad que surgió fue que la conducta descrita en el tipo penal de Bancarrota regulado en el § 283-2 del RStGB, únicamente podía ser ejecutada por “el deudor” y dicha cualidad especial recaía sobre la Persona Jurídica, y no sobre su Órgano de Administración. Posteriormente mediante una Sentencia dictada en primera instancia que obligó ampliar el concepto de “Deudor” para poder incluir al miembro del Consejo de Administración de la Cooperativa, el Tribunal Supremo Prusiano decidió Absolver al imputado bajo la fundamentación que en el delito de Bancarrota únicamente puede ser sujeto activo del delito “El Deudor” que haya suspendido sus pagos, y en ese caso dicha calidad no la ostentaba el Administrador de la Cooperativa.

Al respecto García Cavero expone que no obstante la interpretación realizada por el Tribunal Supremo Prusiano de entonces § 283-2 del RStGB sobre el concepto “deudor”, la solución que se dio resultó ser insatisfactoria desde el punto de vista de la política-criminal, es decir, de la persecución y efectiva sanción por la realización de conductas antijurídicas⁸⁵.

Se presentaba de esta manera un intolerable vacío de punibilidad, ya que era imposible sancionar a la persona jurídica, por carecer de capacidad delictiva, y por el otro lado tampoco era posible sancionar al sujeto individual -miembro del consejo de administración de la persona jurídica- por no

⁸⁵ *Ibíd.* Este problema de impunidad generó que se buscaran herramientas que permitirán dar una solución al problema por parte del Legislador Alemán; fue entonces que el 10 de febrero de 1877 surge la promulgación de la Ordenanza Concursal Alemana llamada “KO”, en la que se tipifican los delitos concursales e incorporando también una cláusula mediante la cual se ampliaba los destinatarios de algunos tipos penales. No obstante a esta nueva ley especial rápidamente surgieron problemas ya que si bien es cierto se habían incluido algunos delitos concursales, no era aplicable a todos delitos concursales y en razón de ello se volvieron a presentar casos en los que los representantes de las personas jurídicas fueron absueltas.

concurrir en él la cualidad que el tipo penal exigía lo que concluye en una situación de impunidad.

Debido a los problemas resultantes de la figura del Actuar por otro, la doctrina penal ha intentado dar solución mediante la formulación de criterios de interpretación. *a. La interpretación fáctica de los conceptos extrapenales del tipo:* los autores que sostienen esta posición plantean que los elementos normativos del tipo, que generan problema para el actuar en lugar de otro, se debían interpretar de conformidad con un punto de vista fáctico-naturalístico en sentido penal. Así por ejemplo, un representante de un empresario aparecía como un empresario fáctico. Bajo este modo, al sujeto individual que actuaba se le podía hacer directamente responsable como autor, debido a la posibilidad de afirmar la tipicidad total frente a ella.

b. Apelación a la teoría del destinatario de la norma: a partir de esta posición se sostiene que los representantes legales de las personas jurídicas eran destinatarios de la norma, en reemplazo de sus representados incapaces de acción. Cabe mencionar que este intento de solución también es rechazado por quienes sostienen que todos los sujetos son destinatarios de todas las normas, pero lo realmente decisivo es en quiénes se concreta la norma especial como un deber de acción. En este sentido se afirma que del tenor literal de los tipos penales resulta inequívoco, sin embargo, que las acciones de quienes actúan en lugar de las personas idóneas quedan excluidas de la amenaza penal.

c. Un principio general de Derecho como solución: quienes defienden ese planteamiento sostienen que en las cláusulas particulares del actuar en lugar de otro se evidencia un principio general de derecho, mediante el cual,

son penalmente responsables los órganos o representantes legales cuando actúan en lugar del sujeto idóneo⁸⁶.

2.4.2 Alcance y límites

La cláusula del actuar en lugar de otro como se mencionó anteriormente ha sido la herramienta mediante la cual se ha intentado solucionar el problema de los delitos cometidos bajo el seno de las personas jurídicas, propiamente encaminado a resolver aspectos propios de los delitos especiales.

El actuar por otro tiene como punto de partida la negación de la responsabilidad penal para los entes colectivos, atribuyendo dicha responsabilidad a determinadas personas naturales que realizan funciones relevantes de gestión y administración al interior de la Persona Jurídica⁸⁷, lo que significa que es la acción individual la que resulta penalmente relevante para la aplicación de la cláusula del actuar en lugar de otro, de ahí que surgen los problemas como límites a la referida figura⁸⁸.

Ciertamente debe realizarse el análisis de la figura del actuar en lugar de otro desde el contexto de los llamados Delitos Especiales, ya que es ahí

⁸⁶ Susana Escobar Vélez y otros, "El actuar en lugar de otro en el código penal colombiano: Aproximación al fundamento, ámbito de aplicación y problemas más relevantes de la fórmula del art. 29 inciso 3", Cuadernos de Investigación, n.º 44 (2012), <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/cuadernos-investigacion/article/view/1358>.

⁸⁷ Así por ejemplo, en el Código Penal Salvadoreños en el Art. 38 "El que actuare como directivo, representante legal, o administrador de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, cuando tales circunstancias se dieren en la persona en cuyo nombre o representación obrare".

⁸⁸ Nelly Salvo Ilabel, "Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno", (Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2015).

donde surgen una serie de limitantes a su aplicación eficaz en cuanto a las exigencias de tipicidad que surgen para la determinación de responsabilidades por estar íntimamente relacionado al principio de legalidad. Pues bien, la problemática surge al realizar un análisis de tipicidad en cuanto a que no obstante el sujeto individual haya realizado –en nombre de la persona jurídica– todos los supuestos exigidos en el tipo penal, éste no podrá ser condenado, por el hecho que no concurre en él uno de los requisitos exigidos en la norma, que es, la calidad o circunstancia especial en el sujeto activo del delito, calidad que sí concurre en la persona jurídica pero que tampoco ha de ser sancionada por la negación de su capacidad de delinquir⁸⁹.

2.5 Conclusión

El *societas delinquere non potest* en definitiva se encuentra en crisis como resultado de los diversos factores suscitados a través de las transformaciones humanas, de modo que, para hacer frente a esto, la doctrina penal moderna nos brinda un mundo de soluciones a través de los avances para fundamentar la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas, a través de los diversos enfoques, por lo que se puede observar que si es posible realizar un cambio de paradigma, fundado en los planteamientos dogmáticos que permiten establecer que si es posible establecer una responsabilidad penal para las personas jurídicas.

⁸⁹ Salvo Ilabel, "*Modelos de imputación penal*". 33

CAPITULO III

MODELOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

De acuerdo con el Capítulo anterior, el principio *societas delinquere non potest* en la actualidad ha venido cada vez más en detrimento, por consecuencia de los avances dogmáticos alrededor de la Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así llegamos a la exposición de los diversos modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante los cuales daremos un repaso por el modelo de responsabilidad penal por atribución del hecho de otro, que encuentra su máxima expresión en el modelo de responsabilidad vicarial de origen anglosajón. Posteriormente se expone y desarrolla el modelo de responsabilidad por defecto de organización visto desde dos perspectivas la primera que parte de un hecho de conexión y establece una culpabilidad propia para la persona jurídica, y desde la perspectiva del establecimiento del injusto y culpabilidad propia de la persona jurídica; y finalmente se desarrolla el modelo constructivista de responsabilidad penal catalogado como un modelo propio de autorresponsabilidad de la persona jurídica.

3.1 Modelo de responsabilidad penal por atribución del hecho de otro

Como su nombre lo indica, este modelo de responsabilidad penal en términos sencillos consiste en atribuirle o transferirle a la persona jurídica la responsabilidad penal por un delito que ha sido cometido por un sujeto físico que se encuentra vinculado a ésta, de manera que pueda entenderse que la acción del sujeto físico es la acción misma de la persona jurídica producto de

la relación funcional que existe entre ambos⁹⁰; de esta forma, aparentemente se soluciona el problema de incapacidad de acción e incapacidad de culpabilidad que concurre en la persona jurídica, atribuyéndosele a esta última la acción y la culpabilidad del sujeto individual quien actuó en su nombre y beneficio.

Su origen o creación se atribuye a la jurisprudencia anglosajona principalmente a través de resoluciones judiciales emanadas de los Tribunales estadounidenses e ingleses⁹¹. La doctrina señala que ha transcurrido más de un siglo⁹² desde que los Estados Unidos de América ha sobresalido en el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por aplicar verdaderas sanciones penales a las personas jurídicas⁹³, siendo la atribución del hecho de otro el instrumento. Difícilmente se encuentra en la doctrina algún autor que abiertamente se decline por su aplicación como tal; sin embargo el profesor Nieto Martín⁹⁴ expone algunas ideas que permiten inferir que su línea de pensamiento se inclina por reconocer un modelo por atribución del hecho de otro, aunque con algunas variantes muy significativas.

Según explica el profesor Silva Sánchez el modelo de responsabilidad por atribución del hecho de otro presupone que la comisión del hecho ilícito debe ser llevada a cabo por una persona física del seno de la Persona

⁹⁰ Jesús María Silva Sánchez, "La evolución ideológica de la discusión sobre la "responsabilidad penal" de las personas jurídicas", *Derecho Penal y Criminología* 29, n.º 86-87 (2008), 129-48 <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3313891.pdf>.

⁹¹ Pablo González Sierra, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas" (Editorial de la Universidad de Granada, 2012), perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20160608_01.pdf.

⁹² Boldova Pasamar, "La introducción de la responsabilidad." 76

⁹³ González Sierra, "La responsabilidad penal". 12

⁹⁴ Vid. Adán Nieto Martín, "La Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas: Esquema De Un Modelo De Responsabilidad Penal," *Iustel*, (Madrid, 2008) 33-45 <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/21responsabilidad-penal.pdf>

Jurídica, es decir, por alguien que forme parte de sus órganos o que figure como representante. En esa misma línea de pensamiento García Caveró coincide que éste modelo consiste en la transferencia de la responsabilidad penal a la persona jurídica por el ilícito penal cometido por sus órganos o representantes⁹⁵.

En relación al hecho ilícito ejecutado por la persona física (perteneciente al órgano o figure como representante) se sostiene que puede ser cometido ya por comisión o bien por comisión por omisión, situación que puede darse cuando los órganos omitan sus deberes de vigilancia, de coordinación o de selección y que producto de la omisión a esos deberes se origine un hecho ilícito por parte de un trabajador de la empresa ubicado en los niveles inferiores o a cargo de alguno de sus órganos⁹⁶. No obstante la aparente conveniencia de este modelo, no ha podido pasarse por alto los problemas que se presentan en cuanto al título mediante el cual será posible transferir la responsabilidad por hecho ilícito del sujeto individual a la persona jurídica.

Por otro lado, si bien este modelo presenta la posibilidad de transferir la responsabilidad penal, esta transferencia no puede alcanzar el elemento subjetivo; es decir, la culpabilidad del sujeto físico no puede ser transferida a la persona jurídica, por lo que se señala que este modelo se fundamenta en una responsabilidad propiamente objetiva de la persona jurídica, lo que resulta estar muy lejos de una imputación penal fundada en el principio de culpabilidad por el hecho propio⁹⁷. Se discute que mediante la aplicación de

⁹⁵ Percy García Caveró, "Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Revista de Estudios de la Justicia, n.º 16 (2012), 1-12 <http://www.anales-ii.ing.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewArticle/29493>.

⁹⁶ Silva Sánchez, "La evolución ideológica".33

⁹⁷ García Caveró, "Esbozo de un modelo". 9

éste modelo se da una doble valoración del hecho para fundamentar la imputación al representante (sujeto individual) y al ente colectivo. Por un lado se debate si el sujeto Individual actuó en su calidad de representante de la persona jurídica o en su calidad personal, ya que no es posible que éste haya realizado el hecho en ambas calidades al mismo tiempo, de tal suerte que, debe determinarse si responde el representante por su hecho, o responde la persona jurídica por el hecho de su representante, pero no ambas cosas.

Se señala que existe una tendencia al abandono de los modelos de responsabilidad penal por atribución del hecho del otro, en razón que los Sistemas Penales no están de acuerdo en dejar de sancionar al sujeto individual que actúa en calidad de representante de la persona jurídica⁹⁸.

3.1.1 Modelo de responsabilidad vicarial

Inicialmente, es conveniente señalar que el modelo de la Responsabilidad Vicarial es la máxima expresión de la *Atribución del hecho de otro*, y se encuentra sustentada en la “Identification Theory” (Teoría de la Identificación), que concibe las acciones de los directivos ya sean legalmente establecidos o no, se encuentran debidamente “identificadas” con la actividad de la persona jurídica, por ende los injustos penales cometidos por las personas de alto rango dentro de la persona jurídica son atribuidas automáticamente a ésta⁹⁹.

El modelo de responsabilidad penal vicarial consiste básicamente en atribuir a la persona jurídica la responsabilidad penal por la comisión de un

⁹⁸ *Ibíd.* 65

⁹⁹ Salvo Ilabel, “*Modelos de imputación penal.*” 233

delito en la que incurre un sujeto individual que se encuentra identificado como representante, directivo o empleado de la empresa que realiza el hecho en el marco de sus funciones y con el propósito de beneficiarla, de manera que, se transfiere la acción y la culpabilidad a la persona jurídica por existir una relación de representación con el sujeto individual.

Según expone González Sierra, en Norteamérica el modelo incursionado ha sido el de Responsabilidad Penal Vicarial o “Vicarious Liability” el cual según este autor “*consiste en un modelo de imputación mediante el cual se atribuyen a la Corporación el actus reus y la mens rea de su agente*¹⁰⁰”; es decir, que el injusto y la culpabilidad del agente o representante le son imputables la Persona Jurídica este planteamiento concuerda con la Teoría del “Respondeat Superior” que establece que las “*empresas son los representados y los directivos, supervisores y empleados los representantes... las intenciones de los representantes simplemente se imputan o atribuyen al representado*¹⁰¹”. Los Tribunales comenzaron a considerar que las personas jurídicas deben responder penalmente como responsables de los actos ilícitos realizados por sus trabajadores, estableciendo dos presupuestos para ello. En primer lugar los trabajadores deben actuar dentro del marco de sus funciones; y en segundo lugar debe existir la intención de beneficiar a la Persona Jurídica¹⁰².

La práctica Judicial en los Estados Unidos ha dado pie a la creación de un sistema simple y sencillo de Responsabilidad Colectiva en el que la acción y la culpabilidad del empleado son atribuidas a la persona jurídica, estableciendo ciertas condiciones.

¹⁰⁰ González Sierra, “*La responsabilidad penal*”. 151-152

¹⁰¹ *Ibíd.* 152

¹⁰² Salvo Ilabel, “*Modelos de Imputación Penal*.” 235

Es importante señalar que esta sencillez del modelo vicarial es lo que ha llegado a ser su principal éxito, pero al mismo tiempo su punto de quiebra para sus críticos adeptos a la tradición romano germánica para quienes algo tan sencillo trae aparejado la consecuencia de ser incapaz de ser fundamentado y por tanto la imposibilidad de justificar su implementación¹⁰³, de manera que esta situación viene a ser su principal desventaja.

3.1.1.1 La acción del empleado

De acuerdo con lo expuesto en el apartado anterior, se observa que en el modelo vicarial a la persona jurídica se le atribuye el *actus reus* y el *mens rea* de sus agentes; en ese sentido establece que uno de los presupuestos de imputación es que los empleados deben actuar dentro del marco de sus funciones, es decir, mientras actúa dentro del alcance o ámbito y naturaleza de su empleo, por tanto se entiende que su actuación está autorizada por la misma persona jurídica. De tal suerte que, si el agente actúa fuera de los ámbitos de autorización traería como consecuencia que no se podría realizar la imputación a la persona jurídica.

Por otro lado también es conveniente señalar que las mencionadas autorizaciones encomendadas a los agentes pueden darse de manera expresa o tácita; toda vez que se reconoce en este modelo en primer lugar, una voluntad e intencionalidad de las persona jurídicas en el caso de la expresa, y en la tácita se trata de una presunción por parte de un tercero de que existe tal autorización¹⁰⁴.

¹⁰³ González Sierra, "*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*".

¹⁰⁴ Amador Perilla y otros, "*Aproximación a los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas*" (Tesis Doctoral, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2012), <http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/4055>.

3.1.1.2 Propósito de beneficio para la persona jurídica

El segundo presupuesto de imputación en el modelo vicarial está determinado por la exigencia de un beneficio para la persona jurídica como el fin o propósito de la actuación de su agente. Este presupuesto se requiere con motivo de no imputar la responsabilidad penal a la persona jurídica aquellos actos que son contrarios a sus propios intereses. No obstante a lo anterior se establece que en todo caso si las acciones del agente son opuestas a las políticas de la empresa y a las órdenes o instrucciones siempre podría atribuirse una responsabilidad vicarial en la medida de que haya una dificultad que impida individualizar al agente¹⁰⁵.

Zugaldía Espinar afirma que la actuación del empleado en beneficio de la Persona Jurídica no debe entenderse exclusivamente en términos económicos, ya que mediante la comisión del delito puede posibilitar de alguna forma ventajas en el ejercicio de la actividad económica de la persona jurídica o la consecución de su objeto social¹⁰⁶. Por otro lado debe señalarse que no obstante se trata de un beneficio para la persona jurídica, este beneficio no necesariamente tiene que concretarse, ya que basta solamente la intención del empleado de beneficiar a la persona jurídica; así en referencia a lo anterior lo señala el profesor Gómez-Jara Diez “*tampoco resulta necesario que el objetivo principal del empleado sea el de beneficiar a la empresa ya que muchos empleados actúan con la mente puesta en su propia ganancia personal*”¹⁰⁷; aunque lo más probable se la concreción del beneficio para la persona jurídica, sea ésta económica o de otra índole.

¹⁰⁵ *Ibíd.* 33

¹⁰⁶ Zugaldía Espinar, “*Aproximación teórica y práctica.*” 17

¹⁰⁷ Perilla, “*Aproximación a los modelos*” 65

3.1.1.3 Fundamento de la pena

El fundamento de la pena resulta ser un tema de gran importancia en razón de que es a través de su establecimiento que se formula el modelo de responsabilidad penal. En principio el tema ha resultado ser motivo de discusión en la Doctrina Anglosajona; no obstante, según expone González Sierra actualmente parece dominar el “criterio de la disuasión” el cual consiste en términos sencillos en que la aplicación de una pena a una persona jurídica es necesaria pues tiene el propósito de disuadir a las demás personas jurídicas a que éstas eviten una cultura empresarial defectuosa o se inclinen a la violación de la ley, lo que en términos dogmáticos se refiere a la prevención general negativa¹⁰⁸.

3.1.2 Situación jurídica de los sujetos individuales vinculados al delito

Se ha señalado en los apartados anteriores, en el presente modelo de atribución del hecho de otro lo que genera la responsabilidad penal de la persona jurídica es la acción y la culpabilidad del sujeto individual que se encuentra vinculado con ésta por la comisión de un delito, de manera que resulta relevante establecer como queda la situación jurídica del autor principal del hecho.

Tratándose propiamente del modelo de atribución del hecho de otro el sujeto individual es sancionado penalmente por el delito que resulta culpable, de modo que no debe entenderse que la responsabilidad penal de las personas jurídicas viene a sustituir la responsabilidad penal individual, sino

¹⁰⁸ González Sierra, "*La responsabilidad penal*". 477 Afirma el autor que el promotor de esta tesis es Khanna, a quien parte de la doctrina le recrimina el excluir a la retribución como fundamento y medida de la pena a la persona jurídica, con lo que podría caer en el castigo a inocentes si solamente la necesidad social así lo exige.

por el contrario busca darle una mayor eficacia al derecho penal según explica el profesor Nieto Martín¹⁰⁹.

Es conveniente señalar que a la luz del presente modelo lo que desencadena la responsabilidad penal de la persona jurídica es precisamente la responsabilidad penal individual por el hecho ilícito, de manera que, si ha resultado culpable el sujeto individual es preciso sancionarle penalmente y por consiguiente excluir de responsabilidad penal a la persona jurídica que se encuentre relacionada en el hecho punible.

3.1.3 Ventajas

Una de las principales ventajas que ofrece el modelo de responsabilidad penal por atribución del hecho de otro, es que plantea una solución práctica y sencilla para sancionar penalmente a las personas jurídicas por los delitos cometidos por los sujetos individuales que actúan en su nombre y en su beneficio que consiste en transmitir el hecho y la culpabilidad directamente a la persona jurídica.

Mediante la aplicación de éste modelo de responsabilidad penal se estima que se puede lograr una mayor efectividad del derecho penal, ya por un lado sancionando a los sujetos individuales que han cometido el delito y por otro a las personas jurídicas que se ven beneficiadas con la comisión del delito. El mecanismo práctico que ofrece este modelo facilita la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas y también a los sujetos individuales cuando se comprobare la sola participación de este. A través de

¹⁰⁹ Adán Nieto Martín, *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal,”* Iustel, (Madrid, 2008) 31-53 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2740728>.

esto, puede conseguirse disuadir a la demás personas jurídicas para que eviten la comisión de delitos desde su seno e incorporen mecanismos de administración y vigilancia encaminados a conseguir la disuasión.

3.1.4 Desventajas

Probablemente el modelo presenta más desventajas de lo que parece; en primer lugar se debe señalar que por su sencillez y practicidad resulta ser la desventaja más grave del modelo; pues, se aleja de todos los principios generales del derecho penal, en especial del principio de culpabilidad y legalidad, ya que si bien es cierto el modelo plantea la posibilidad de transferir el hecho del sujeto individual a la persona jurídica, lo cierto es que la culpabilidad jamás podría transferirse, de modo que, se trataría en todo caso de una mera responsabilidad objetiva transferida a la persona jurídica.

A través de la aplicación de la atribución del hecho de otro a las personas jurídicas resulta beneficioso para algunas personas jurídicas y lamentablemente en detrimento de otras. Por un lado los colectivos que son conformados por estructuras grandes y complejas, resulta difícil lograr identificar al sujeto individual y en algunos casos imposible por la gran distribución de funciones y distribución del trabajo que demandan estas estructuras complejas; y por el otro lado, en los colectivos de estructuras simples conformados por dos o tres miembros, resulta más sencillo encontrar al sujeto individual responsable quien normalmente se encuentra en lo más alto de la organización jerárquicamente hablando.

Una tercera desventaja que podría presentar el modelo, es que al ser sancionado tanto la persona individual como la persona jurídica, existe una doble sanción por el mismo hecho, lo que en doctrina se conoce como el

principio non bis in ídem, que surgiría cuando el sujeto individual resultare ser un miembro de la organización, situación que puede suscitarse por ejemplo en personas jurídicas conformadas por menos de diez miembros, lo que generaría enfrentarse a una doble sanción.

3.1.5 Principal problema del modelo y una posible solución

Se puede considerar que el principal problema que resulta de la aplicación de este modelo está relacionado al mecanismo por el cual se pretende sancionar a la persona jurídica; es decir, atribuyéndole como suyo el hecho de otro.

En el caso de este modelo, la teoría de la identificación puede ayudar a fundamentar la capacidad de acción de la persona jurídica, pero no resuelve el problema de su capacidad de culpabilidad, pues si bien es cierto es posible inferir que los actos de los sujetos individuales que actúan en el marco de sus funciones y para el beneficio de la persona jurídica pueden entenderse como los actos mismo de ésta, pero jamás será posible transferir la conciencia de los sujetos individuales, de modo que, la sanción que se impusiere a la persona jurídica estaría dada por una mera responsabilidad objetiva alejada del principio de culpabilidad y de personalidad de la pena.

No se duda que podría alcanzarse ciertos resultados positivos a través de la aplicación de este modelo, pero conllevaría a convertir al derecho penal como una herramienta deliberada del poder punitivo.

Una posible solución. Se pueden crear criterios de culpabilidad que encierren situaciones o circunstancias propias de la persona jurídica, fundamentalmente basados en defectos organizativos o ausencia de

organización, que permitan fundamentar que producto de una falta de organización adecuada dentro de la Empresa ha permitido la comisión de algún delito por parte de los sujetos individuales, de modo que, la culpabilidad de la persona jurídica deviene de su organización misma como una situación inherente a ésta.

3.2. Modelo de responsabilidad penal por defecto de organización

El modelo de responsabilidad penal por defecto de organización, básicamente consiste en hacer responsable penalmente a la persona jurídica cuando lesiona o pone en riesgo bienes jurídicos por causa de algún defecto o falta de organización de la persona jurídica de manera que su culpabilidad estará fundamentada en un defecto organizativo. La creación del defecto de organización se atribuye originalmente a Tiedemann en el ámbito de las contravenciones, probablemente sea la primera elaboración doctrinal desarrollada en la línea de una Responsabilidad Penal por el Hecho Propio, mediante el cual toma como punto de partida la culpabilidad de la persona jurídica a su organización defectuosa, entre sus principales seguidores podemos encontrar a las profesoras Laura Zúñiga Rodríguez, Silvina Bacigalupo Saggase, García Cavero, Silva Sánchez, y bajo una idea más elaborada Gómez-Jara.

Según expone García Cavero la culpabilidad de la persona jurídica *“radicaría esencialmente en una carencia o deficiencia organizativa de la propia persona jurídica. Por lo tanto, el trabajo dogmático en este modelo apunta fundamentalmente a precisar cuáles son los requisitos necesarios para atribuir a la persona jurídica una defectuosa organización”*¹¹⁰.

¹¹⁰ Cavero, “Esbozo de un modelo”, 18.

Principalmente se estima, que a través de este modelo se intenta alejar de las teorías de transferencia o atrición del hecho ajeno, esencialmente porque parte de establecer una culpabilidad basada en circunstancias propias de la persona jurídica, como resultado de las críticas a los modelos vicariales en los se señala que la culpabilidad no puede ser transferida del sujeto individual al ente colectivo.

Como antítesis del modelo de responsabilidad penal por Atribución del hecho de otro, éste modelo intenta distanciarse de una concepción que tome como punto de partida la responsabilidad penal generada a partir de un sujeto individual vinculado a la persona jurídica. Según Nieto Martín "*el objeto de reproche son factores que tienen que ver en exclusiva con la propia empresa*"¹¹¹, de manera que la acción del empleado viene a convertirse en un resultado negativo de la ausencia o defectuosa organización.

El origen de éste modelo se debe a los resultados negativos que arrojaba la teoría de la identificación en los países anglosajones, cuando surgían casos en los que no era posible identificar a la persona física como autora del hecho en cuestión –y por tanto no era posible transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica-; producto de esto, se somete a una constante crítica esta doctrina por estimarse además el grave desconocimiento de la forma de operar de las grandes Empresas en las que las decisiones no responden tanto a criterios individuales en lo referente a las prácticas y procedimientos estructurales de las Empresas.

Ciertamente se sostenía que las Empresas podían continuar sus operaciones independientemente de los sujetos físicos que estuvieran a su

¹¹¹ Nieto Martín, "*La responsabilidad penal*", 33.

frente, de ahí que Tiedemann¹¹² afirmara que los autores materiales del hecho pueden ser fácilmente reemplazados dentro del ente colectivo; de tal suerte que, era hora de desprenderse de las reglas de atribución por el hecho de otro y dar pie a un modelo que hiciera responsables directos a las personas jurídicas¹¹³.

En la misma línea de pensamiento Heine desarrolla una propuesta que tiene a su base la responsabilidad por un deber de vigilancia; debiendo tenerse en cuenta las dificultades con relación a los deberes personales de vigilancia en las grandes empresas, la atención se centra en la organización de la propia empresa, en ese sentido afirma que no se trata de un comportamiento ilícito individual respecto al control, sino de una deficiencia o defecto en la organización de la persona jurídica debido a una errónea calificación de los riesgos empresariales¹¹⁴.

Zugaldía Espinar, explica que la culpabilidad por defecto de organización ha llegado a tener en la doctrina una aceptación casi general, debido a que esta construcción parte de una relación armoniosa del principio de la prevención general, desde la forma de disuasión frente a la colectividad, hasta la forma del reforzamiento de la conciencia jurídica, siendo su objeto de imputación el hecho típico de conexión o de referencia de la persona natural y que la persona Jurídica ha de ser culpable siempre que -a través de sus órganos o sus representantes- haya omitido realizar las medidas de prevención necesarias para asegurar el desarrollo lícito y normal de la actividad de la persona jurídica, en ese sentido afirma que en síntesis se trata de una infracción al deber que toda persona jurídica tiene en relación

¹¹² Tiedemann, "*Responsabilidad penal*", 19.

¹¹³ Silva Sánchez, "*La evolución ideológica*", 37.

¹¹⁴ Heine, "*La responsabilidad penal*", 23.

a evitar cualquier clase hechos ilícitos que puedan suscitar dentro del marco de su actividad¹¹⁵.

3.2.1 Posiciones doctrinales relacionadas al hecho de conexión en el defecto de organización

En este apartado se realizar una exposición por demás necesaria para una mejor comprensión del modelo de responsabilidad penal por defecto de organización relacionada a los dos elementos esenciales que fundamentan la responsabilidad penal de la persona jurídica, los cuales son el hecho de conexión del sujeto individual y el defecto de organización y que por motivo de ello se encuentran dos posiciones distintas. Según expone la profesora Salvo Ilabel, por un lado se sostiene que el hecho de conexión o de referencia constituye un elemento fundamental en la responsabilidad penal, esto significaría que la comisión del delito del sujeto individual sería considerado como un injusto propio de la persona jurídica, bajo la salvedad que deben concurrir criterios relacionales a la actividad empresarial de la persona jurídica, y la culpabilidad de la persona jurídica se fundamentaría en una organización defectuosa¹¹⁶, de adoptarse este posición se debe entender como un modelo de responsabilidad penal por hecho de conexión y culpabilidad propia de la persona jurídica¹¹⁷.

Por otro lado, se sostiene que el hecho de conexión no es vinculante a la responsabilidad penal de la persona jurídica y por tanto no forma parte del

¹¹⁵ Zugaldía Espinar, "*Aproximación teórica y práctica*", 114

¹¹⁶ Salvo Ilabel, "*Modelos de imputación penal*", 232.

¹¹⁷ González Sierra, "*La responsabilidad penal*", 231. El autor ubica al defecto de organización en un modelo de responsabilidad penal por un hecho de conexión y culpabilidad de la propia persona jurídica, afirmando que si hay algún tipo penal que prohíba una conducta ilícita de una persona jurídica, esto sería suficiente para determinar su capacidad de acción.

injusto de la persona jurídica; si no, por el contrario el injusto penal del ente colectivo se constituye por el defecto de organización y la culpabilidad estaría dada por conceptos tales como una cultura empresarial criminal¹¹⁸, por lo cual en atención a esta postura doctrinal y en atención a la clasificación de González Sierra, se ubicaría en un modelo de responsabilidad del injusto y culpabilidad propia de la persona jurídica¹¹⁹.

3.2.2 Defecto de organización: hecho de conexión y culpabilidad propia de la persona jurídica

Bacigalupo Saggase expone que la persona jurídica es responsable por los hechos ilícitos cometidos por los sujetos individuales, en razón que de ésta no ha tomado las suficientes medidas de prevención necesarias para asegurar el desarrollo lícito y normal de la actividad de la persona jurídica, es aquí donde surge el “hecho de conexión” entre el sujeto individual y la persona jurídicas por cuanto todo delito o infracción administrativa de los órganos o representantes surge como un error de la misma por no haberse organizado correcta o deficientemente. Afirma que *“el hecho individual se considera como un hecho de la empresa, en tanto la persona jurídica haya omitido tomar medidas de prevención necesarias para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad misma: Este momento omisivo es el que justifica el reproche, un reproche inferior al del derecho penal”*¹²⁰.

Tiedemann, parte del razonamiento que al ser las personas jurídicas destinatarias de normas jurídicas, éstas pueden ser capaces de acción,

¹¹⁸ Salvo Ilabel, “*Modelos de imputación penal*”, 132.

¹¹⁹ González Sierra, “*La responsabilidad penal*”, 223

¹²⁰ Bacigalupo Saggese, “*La responsabilidad penal*”, 194

mediante el establecimiento de una norma de imputación, aunque la acción deba realizarse a través de sus órganos o sus representantes, reconociendo dicha capacidad aunque no se trate de una acción propia de la persona jurídica. Es necesario aclarar que quienes se adhieren a este modelo de responsabilidad penal por hecho de conexión, afirman que el actuar de las personas físicas constituye el requisito necesario para poder comenzar a evaluar la responsabilidad penal del ente colectivo¹²¹.

En relación a este modelo es conveniente traer a cuenta la reflexión de Feijoo Sánchez, quien expone que evidentemente si se toma como punto de partida un modelo de responsabilidad penal por el hecho de conexión mediante el la comisión de un delito realizado por los sujetos individuales pertenecientes a la entidad, acarrea responsabilidad penal para la persona jurídica por cuanto se presume que si se ha podido realizar el delito es por consecuencia de la existencia de un defecto en su organización, ocurre que surgen nuevamente los problemas del modelo de responsabilidad penal vicarial¹²², en ese sentido Silva Sánchez afirma que los intentos de configurar una responsabilidad penal por el hecho propio de la persona jurídica a través de este modelo fracasa, pues siempre acabaría atribuyendo a la persona

¹²¹ Salvo Ilabel, "*Modelos de imputación penal*", 243 En relación al hecho de conexión de la persona física, puede ser considerado como presupuesto para la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde tres perspectivas a) Como condición Objetiva de Punibilidad; b) Como indicio de la culpabilidad de la Persona Jurídica; c) Como requisito previo al examen de la responsabilidad penal. En el primero de casos supone que el hecho de conexión establece una liberación externa de la responsabilidad penal, por lo que da paso a la calificación de la misma; en el segundo caso, se establece que el hecho de conexión de la persona natural establece un indicador de la responsabilidad penal, es decir establece un parámetro para establecer el grado de culpabilidad de la persona jurídica. Y en el último de los casos se establece el hecho de conexión como presupuesto necesario para entrar a examinarse la responsabilidad penal no obstante la persona jurídica no responde por el hecho de la persona natural.

¹²² Bernardo Feijoo Sánchez, "*Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles*", en Miguel Ontiveros Alonso, ed., "*La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*", Tirant lo Blanch Tratados (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014).

jurídica un hecho ajeno, en este caso el hecho del órgano del deber de vigilancia¹²³.

3.3.3 Defecto de organización: hecho y culpabilidad propia de la persona jurídica

Se debe de tomar como punto de partida que cualquier imposición de una sanción desde el ámbito penal, presupone que a quien haya de imponérsele una pena sea el culpable de un injusto propio o dicho de manera más simple por un hecho propio¹²⁴. Fijado este presupuesto requiere de las Personas Jurídicas el establecimiento de un injusto y una culpabilidad propios y autónomos que sean distintos al injusto y a la culpabilidad de las personas natural. Si de responsabilidad penal se habla, en relación al fallo del modelo organizativo o defecto de organización como fundamento de la responsabilidad de las personas jurídicas significa, en este contexto, que el delito de la persona natural es el resultado de un funcionamiento defectuoso de la organización en la gestión o control de su propios riesgos o en el cumplimiento de sus deberes. En ese sentido el hecho no solo debe ser objetivamente atribuible al miembro de la persona jurídica que realiza el delito, sino también a la propia persona jurídica (cuando por ejemplo en razón de la actividad económica que desarrolla es necesario posea un programa de riesgos ambientales y lo ha omitido) que ha permitido la creación de una situación que facilitó que se infringiera una norma penal¹²⁵.

En esa línea de pensamiento señala González Sierra, al referirse al sector de la doctrina que ubica el defecto de organización como hecho y

¹²³ Silva Sánchez, “*La evolución ideológica*”, 39

¹²⁴ Feijoo Sánchez, “*Fortalezas, debilidades*”, 223

¹²⁵ *Ibíd.* 225

culpabilidad propia de la persona jurídica que el esquema de estaría dado por a) El injusto de la persona jurídica estaría dado por el defecto de organización; y b) La culpabilidad equivalente a una cultura empresarial de incumplimiento a la ley¹²⁶.

3.2.3.1 Defecto de organización como hecho propio o injusto de la persona jurídica

Mediante esta concepción del defecto de organización como hecho propio de la persona jurídica, quienes lo adoptan, entienden que el hecho ilícito debe ser atribuido al ente colectivo precisamente por su propia organización defectuosa alejándose por completo de la transferencia de un injusto ajeno; por lo que, en atención a este planteamiento el injusto personal de la persona jurídica está dado por su defecto de organización¹²⁷.

De acuerdo a esta interpretación del modelo el hecho de conexión no debe ser bajo ninguna circunstancia el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica, ni mucho menos, debe considerarse como injusto personal de la persona jurídica el de la persona natural¹²⁸.

¹²⁶ González Sierra, "*La responsabilidad penal*" 256. Aclara el autor que este planteamiento sobre el injusto y culpabilidad de la persona jurídica debe tomarse con cautela ya que no existe un bloque concreto de la doctrina que lo defina tal y como se presenta.

¹²⁷ Feijoo Sánchez, "*Fortalezas, debilidades*", 234 A efecto de mayor comprensión el ejemplo del profesor Feijoo Sánchez: "una entidad financiera decide relajar su política de prevención de blanqueo de capitales con respecto a capitales provenientes de países sudamericanos para ganar cuota de mercado frente a sus competidores. Debido a esta política un empleado no detecta imprudentemente y, consiguientemente, no bloquea la entrada de grandes flujos de dinero provenientes de una organización dedicada al narcotráfico. En este caso el blanqueo imprudente se encuentra vinculado a un defecto organizativo de la propia entidad. No existiría un injusto, en sentido contrario, si el favorecimiento del blanqueo es debido exclusivamente a que un empleado es sobornado por la organización criminal para que eluda los mecanismos de prevención establecidos por la entidad, mecanismos que se corresponden con lo exigido legislativamente y con los estándares del sector". 162

¹²⁸ González Sierra, "*La responsabilidad penal*", 258.

En el mismo sentido la profesora Salvo Ilabel, expone que interpretado el modelo por defecto de organización visto desde la perspectiva de hecho y culpabilidad propia de la persona jurídica, el hecho de referencia no forma parte del tipo de la persona jurídica, sino por el contrario quienes adoptan esta posición entienden que la tipicidad se constituye a partir del defecto de organización, de tal suerte que éste es considerado como el hecho propio de la persona jurídica y por ende su injusto penal¹²⁹.

Explica además que esta posición doctrinaria tiene su base ideológica se encuentra en concebir a las personas jurídicas como entes que pueden lograr obtener un nivel de complejidad paralelo al psique de las personas naturales, en ese sentido se puede llegar a concebir a las personas jurídicas como sujetos de con capacidad de autorreferencialidad, autoconducción y autodeterminación al igual que a las personas naturales¹³⁰.

3.2.3.2 Culpabilidad propia de la persona jurídica

Se ha identificado y determinado que el injusto de la Persona Jurídica es el defecto de organización; se debe precisar entonces, cómo se construye la culpabilidad en este modelo del defecto de organización, visto desde la perspectiva de injusto y culpabilidad propia de la persona jurídica alejado por supuesto de los modelos vicariales y de atribución de un hecho ajeno, tomando en cuenta que el defecto de organización –en este caso- por ser algo objetivo (como el injusto personal) no puede formar parte de la culpabilidad¹³¹. De acuerdo a lo anterior, la culpabilidad de la persona jurídica según González Sierra, el contenido se encuentra dado por la llamada

¹²⁹ Salvo Ilabel, "*Modelos de imputación penal*", 123.

¹³⁰ *Ibid.* 127

¹³¹ González Sierra, "*La responsabilidad penal*", 245.

“Cultura empresarial de incumplimiento a la legalidad” o la “Falta de ética empresarial”, se trata de fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica a partir de un concepto distinto al defecto de organización pero que se encuentre relacionado; en ese sentido, la persona jurídica solo será culpable cuando el defecto de organización que produjo el resultado lesivo a los bienes jurídicos se debe a una cultura corporativa infiel al derecho y por consiguiente constituye la explicación del defecto de organización¹³².

3.2.4 Situación jurídica de los sujetos individuales vinculados al delito

Se estima que la situación jurídica de los sujetos individuales dependerá del establecimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica o de la inocencia de ésta, pues si se comprobare que no existe ningún defecto en su organización, la persecución penal deberá dirigirse a las personas individuales que resultaran involucradas en el delito.

3.2.5 Ventajas

Se estima que con el modelo de responsabilidad penal por defecto de organización como hecho y culpabilidad propia de la persona jurídica, se puede superar el problema de la responsabilidad objetiva –*propio de la atribución del hecho de otro*– de manera que se pueda establecer que la hecho propio de la persona jurídica se fundamenta en el defecto de organización y su culpabilidad en aspectos determinados en una cultura o política empresarial de violación al derecho. El problema de individualización del sujeto físico podría solucionarse por cuanto su acción ya no sería determinante para establecer el hecho de la persona jurídica, en este sentido

¹³² Feijoo Sánchez, “Fortalezas, debilidades”, 201.

la dependencia de la culpabilidad del sujeto físico ya no sería un obstáculo para sancionar a la persona jurídica.

Puede superarse el problema relacionado a la culpabilidad y la legalidad de la pena, por cuanto haya su fundamento en una circunstancia propia de la persona jurídica –*culpabilidad por cultura de violación al derecho*– y no en la de otro sujeto.

3.3.6 Desventajas

Se ha identificado como única desventaja de la aplicación del modelo de responsabilidad penal por defecto de organización, que pueda ser utilizado para evitar una responsabilidad penal individual, en cuanto se utilice a la persona jurídica únicamente como instrumento de sujetos individuales delincuentes, mediante la creación de personas jurídicas fantasma.

3.2.7 Principal problema del modelo y una posible solución

El problema que puede presentarse en este modelo está relacionado al hecho de la persona jurídica. Se debe señalar que esta situación está sujeta a dos interpretaciones desarrolladas a partir del apartado denominado “Posiciones doctrinales relacionadas al hecho de conexión en el defecto de organización”, posiciones que están relacionadas al llamado “*hecho de conexión del sujeto individual*” mediante el cual se plantea la necesaria existencia de la intervención del sujeto individual para desencadenar la responsabilidad penal de la persona jurídica, con lo cual se estima que a través de esto se estaría redundando en un modelo vicarial, por tomar como punto inicial el hecho cometido por el sujeto individual.

El problema puede superarse mediante el establecimiento en la norma penal que el hecho o injusto de la persona jurídica se encuentra por la ausencia o una defectuosa organización, con lo que se cierre la puerta a una interpretación del hecho de conexión; no obstante se debe dejar en claro que no se estima equívoca, ni acertada tal posición, pues se respetan todas las interpretaciones al respecto.

3.3 Modelo constructivista de autorresponsabilidad de las personas jurídicas

De acuerdo a los apartados anteriores, los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas expuestos no dejan de tomar –al menos- como punto de referencia la conducta de determinados sujetos físicos y por ende su dependencia a éstos tanto en lo teórico como en la práctica. Como antítesis a estos modelos puros y con rasgos de heterorresponsabilidad, el profesor Carlos Gómez-Jara Díez, ha elaborado y propuesto un *modelo de autorresponsabilidad penal para las personas jurídicas*, con una naturaleza apática a las actuaciones de las personas físicas y fundada esencialmente en la Organización Empresarial¹³³, en ese sentido pretendemos acercarnos en la medida de lo posible a la literalidad de lo que el autor propone en su teoría constructivista.

El punto de partida a la exposición del modelo constructivista de autorresponsabilidad penal del profesor Gómez-Jara Díez, es la epistemología operativo-constructivista asentada en la teoría de los sistemas autopoieticos; y es que, adhiriéndonos al planteamiento del autor es

¹³³ Carlos Gómez-Jara Díez, "*Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas*" (Cizur Menor Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006) 712-987 perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_85.pdf.

necesario indicarse al menos brevemente ciertos postulados básicos de ésta Teoría pues resultan imprescindibles a la hora de entender el modelo constructivista.

Desde la óptica operativo-constructivista existen algunos sistemas que gozan de una especial “*autorreferencialidad*”¹³⁴, que en palabras de Gómez-Jara Díez, significa “*un sistema autopoietico es un sistema que se produce a sí mismo – lo cual no significa que se crea a sí mismo–. O más concretamente expresado: que produce y reproduce los elementos a partir de los cuales está constituido. Precisamente de ahí que adquiera unas cualidades sumamente importantes desde el punto de vista jurídico-penal: autonomía, autoadministración, autoconducción y autoorganización. Para aprehender el núcleo de la cuestión se puede indicar, en términos comparativos, que al igual que el ser humano es un sistema autopoietico psíquico, las empresas – al menos las de cierta complejidad– son sistemas autopoieticos organizativos.*”¹³⁵

La “autorreferencialidad” en relación a la responsabilidad penal se vuelve relevante en cuanto a que esta característica puede ser observada tanto en las personas jurídicas como las personas físicas y además en el

¹³⁴ Vid. Niklas Luhmann, "Sistemas Sociales: Lineamientos Para Una Teoría General", vol. 15 (Anthropos Editorial, 1998), <http://books.google.com/books>. En relación a la Autorreferencialidad “se la encuentra, también, bajo los títulos de autorganización y autopoiesis. [...] En todo esto, el concepto de autorreferencia ha sido removido de su lugar clásico, en la conciencia humana o en el sujeto, y trasladado a campos del objeto, es decir, a sistemas reales como objetos de la ciencia. [...] El concepto de autorreferencia designa la unidad constitutiva del sistema consigo mismo: unidad de elementos, de procesos, de sistema. -Consigno mismo- quiere decir independiente del ángulo de observación de otros. El concepto no sólo define, sino que también incluye una afirmación de un estado de cosas, ya que sostiene que la unidad sólo puede llevarse a cabo mediante una operación relacionante. En consecuencia, la unidad tiene que efectuarse, y no está dada de antemano como individuo, como sustancia o como idea de la propia operación”. 55

¹³⁵ Carlos Gómez-Jara Díez, "Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial" (RECPC, 2006), 77-234 criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf.

derecho vistos como sistemas, en tanto que, los tres son considerados como “*sistemas autopoieticos*”¹³⁶; sin embargo, esto no debe entenderse que la autopoiesis, se lleve a cabo de la misma manera en cada uno de los sistemas, por lo que se debe dejar claro que se trata de tres modos distintos de reproducción autopoietica¹³⁷.

En ese sentido, en palabras sencillas se debe entender de la siguiente manera: i) En primer lugar la persona física es un *sistema psíquico* que se reproduce con base a la conciencia; ii) La persona jurídica un *sistema social organizativo* que se reproduce a través de decisiones; y iii) El derecho es un *sistema social funcional* el cual se reproduce a través de comunicaciones jurídicas¹³⁸; de tal suerte que como se dijo al inicio persona natural, persona jurídica y derecho con considerados como sistemas autopoieticos pero con modos distintos de reproducción.

Por otro lado un segundo postulado a tomar en cuenta de la teoría de los sistemas autopoieticos, es que no puede adoptarse una postura incongruente en relación a los sistemas autopoieticos, en el sentido que, no es posible que en otros modelos de responsabilidad penal se pretenda ver a la persona jurídica como un sistema social organizativo pero contrariamente en dicho modelo se fundamente la responsabilidad de la persona jurídica en las actuaciones de las personas físicas, pues esto resultaría en definitiva contradictorio en relación a la autorreferencialidad de cada sistema. Y el tercer postulado a tomar en cuenta es que, tanto la autopoiesis psíquica (sistema humano) como la autopoiesis social (sistema social organizativo)

¹³⁶ Luhmann, “*Sistemas Sociales*”.56 Se puede denominar a un sistema como autorreferente cuando los elementos que los constituyen están integrados como unidades de función, y en todas las relaciones entre estos elementos corre paralela una remisión a la autoconstitución; de esta manera se reproduce continuamente la autoconstitución.

¹³⁷ Gómez-Jara Díez, “*Modelos de autorresponsabilidad*” 79.

¹³⁸ *Ibid.*83

gozan de la misma autorreferencialidad; es decir, que ambas poseen igual capacidad de reflexión,¹³⁹ afirma Gómez-Jara Díez, que este postulado resulta apropiado determinarlo en razón de las críticas orientadas a no considerar a las personas jurídicas penalmente imputables por carecer de conciencia.¹⁴⁰

Sentadas las bases sobre la teoría de sistemas sociales autopoieticos y su correspondiente epistemología del modelo constructivista de autorresponsabilidad penal, corresponde entrar a conocer sobre sus fundamentos teóricos.

3.3.1 La persona jurídica como ciudadano corporativo fiel al derecho

En continuidad al planteamiento de Gómez-Jara Díez, toma también como base teórica del modelo constructivista de autorresponsabilidad penal un fenómeno social y jurídico, según él, de gran importancia en la sociedad moderna, la llamada “ciudadanía empresarial”.

El concepto de ciudadanía empresarial, toma relevancia en relación al notable estatus que las personas jurídicas han ido adquiriendo en los últimos años; de tal suerte que, según el autor, ese estatus desencadena efectos importantes, específicamente sobre la cuestión de la responsabilidad penal de los entes colectivos, en ese sentido, la ciudadanía empresarial trae aparejado el nacimiento de un concepto –al respecto de este modelo– de

¹³⁹ Luhmann, "*Sistemas Sociales*". 92 Expone el autor "Así, los sistemas sociales no tienen que hacer referencia a una conciencia, ni los sistemas personales tienen que utilizar el cambio de frecuencia en el sistema neuronal (con lo que, por supuesto, no se niega que lo no empleado sea condición de posibilidad del sistema, es decir, condición infraestructural de la posibilidad de constitución de los elementos)."

¹⁴⁰ Gómez-Jara Díez, "*Modelos de autorresponsabilidad*", 84

gran importancia tanto teórico como práctico, se trata del “*ciudadano corporativo fiel al derecho*”¹⁴¹.

En términos simples lo que el profesor Gómez-Jara Diez, pretende explicar a través del concepto ciudadano corporativo fiel al derecho es que mediante una comparación funcional entre el derecho penal empresarial con aquello que resulta válido en el derecho penal individual: que sólo a quien se le reconoce capacidad de cuestionamiento legítimo de la norma se le reconoce una capacidad de culpabilidad cuando cuestiona la norma mediante un hecho delictivo.

3.3.2 Capacidad de organización

Para una mejor comprensión sobre este concepto¹⁴², es conveniente señalar que el profesor Gómez-Jara Diez, a través de un proceso

¹⁴¹ Gómez-Jara Díez, "*Modelos de autorresponsabilidad*". Según el autor, el concepto "*Ciudadano Corporativo de fiel al Derecho*" tiene dos vertientes: formal y material. Explica que la vertiente formal hace referencia a aquella Empresa que tiene el deber de institucionalizar una cultura empresarial de fidelidad al Derecho; esta vertiente formal se compone de dos referentes teóricos, i) La evolución experimentada por la concepción del Buen Ciudadano Corporativo (Good Corporate Citizen/Good Citizen Corporation) que se define como aquella Corporación que cumple con el Derecho o que le es fiel, referido al sistema Estadounidense de responsabilidad penal de las personas jurídicas; y ii), Las posiciones doctrinales, que, de una u otra forma, apelan a ciertas características de la organización empresarial –cultura empresarial, ethos empresarial, política empresarial, identidad corporativa, etc. – a la hora de darle un significado a la Culpabilidad Empresarial. Al mismo tiempo se compone de dos referentes prácticos que son: i) Las Directrices Estadounidenses para imponer sentencias a organizaciones; y ii) Otras legislaciones que incorporan elementos de la cultura empresarial a la hora de determinar la culpabilidad de la empresa. La vertiente material, está referida a aquella empresa que participa en los asuntos públicos, el cual en términos simples a lo que el autor pretende explicar es que debido a la trascendencia de las personas jurídicas como miembros activos de la sociedad moderna implica un determinado estatus que conlleva el establecimiento de los derechos y obligaciones que ostenta, y en ese sentido se han legitimado las sanciones que les son aplicables por el hecho que el sujeto que recibe la sanción ha participado en la producción de la vigencia de la norma; en ese sentido, afirma que el derecho penal empresarial pretende ser funcionalmente equivalente al derecho penal individual. 105-109

metodológico operativo-constructivista establece que la capacidad de organización en la persona jurídica es el equivalente de la capacidad de acción individual. Dicho esto, señalaremos las teorías organizativas de los que parte el autor para determinar la existencia de una competencia organizativa en la persona jurídica que conlleva al establecimiento de una capacidad de organización.

En primer lugar se hace referencia a la teoría elaborada por Heine, quien establece una competencia organizativa de la persona jurídica en virtud de la existencia de un “*dominio de la organización de carácter sistémico-funcional*”.¹⁴³ Esta teoría toma relevancia en tanto a que Heine considera que el dominio de la organización desde el punto de vista del derecho penal empresarial es el equivalente funcional¹⁴⁴ al dominio del hecho en el derecho penal individual. Esta teoría de Heine puede relacionarse con la teoría de Lampe, quien introdujo a la discusión un supraconcepto que denomina “*Persona Social*” mediante el cual agrupa a las personas naturales y a las personas jurídicas en una misma categoría; debiéndose entender como persona social a un “productor de injusto”, lo que conlleva a establecer que esta capacidad de producción de un injusto puede devenir de dos sujetos, bien por las personas físicas o por las personas jurídicas, de tal suerte que en relación a los primeros la adquieren a través de su capacidad de acción y las personas jurídicas a través de su capacidad de organización, en consecuencia el resultado analítico de esta teoría es que

¹⁴² Antes de comenzar a desarrollar este apartado referido a la “*Capacidad de Organización de las personas jurídicas*”, es conveniente hacerle énfasis al lector sobre la figura metodológica propia del Constructivismo Operativo: el “*equivalente funcional*” que utiliza el profesor Gómez-Jara Díez para construcción de estos conceptos naturales a la persona jurídica, que no iguales pero son funcionalmente equivalentes a los de las personas físicas, trasladando la cuestión de “capacidad e acción” a “capacidad de organización” en un proceso de equivalencias funcionales sobre los conceptos.

¹⁴³ Gómez-Jara Díez, “*Modelos de autorresponsabilidad*” 113

¹⁴⁴ Al respecto de la metodología utilizada por Gómez-Jara Díez.

la persona social puede actuar con a través de su capacidad de acción u organización en su realidad social¹⁴⁵.

Por otro lado se hace alusión al concepto desarrollado por Botike, que denomina “*organizador de contactos sociales*”, el cual tiene en común con el concepto de “persona social” de ser un supraconcepto que encierra tanto personas físicas como a las personas jurídicas.

El concepto desarrollado por Botike sobre que las personas naturales y las personas jurídicas son catalogadas como organizadores de contactos sociales idóneos en la medida en que se les atribuye cierta competencia para la organización de contactos sociales y, por consiguiente, la correspondiente responsabilidad, cobra relevancia cuando –al igual que Lampe las empresas pueden producir un injusto- para Botike éstas pueden organizar contactos sociales debiéndoseles además atribuírseles cierta competencia sobre dicha producción u organización.

Estas teorías organizativas a las que hace referencia Gómez-Jara Díez, resultan a su entender, de gran importancia ya que a través de éstas intenta demostrar la existencia de una posible armonización del derecho penal individual y el derecho penal empresarial, por la atribución de competencia sobre ámbitos de organización, lo que resulta importante de esto es que según el autor se deriva que *del “ámbito de organización propio no deben dimanar riesgos superiores al permitido y en caso de sí lo hagan, la persona es penalmente responsable por dichos riesgos*¹⁴⁶”. Conforme a las teorías expuestas anteriormente, el profesor Gómez-Jara Díez, establece que

¹⁴⁵ Gómez-Jara Díez, “*Modelos de autorresponsabilidad*” 115

¹⁴⁶ *Ibíd.* 116

la persona jurídica puede constituirse –en algunos–¹⁴⁷ como un sistema autopoietico, en tal sentido, el sistema organizativo empresarial comienza a desarrollar con el tiempo una complejidad interna que deviene en una capacidad de autoorganización, autodeterminación y autoconducción tal, que resulta lógico y necesario atribuir a la persona jurídica cierta competencia sobre su ámbito de organización, concluye el autor, que desde la corriente clásica del delito *la capacidad de acción se ve así sustituida por una capacidad de organización.*¹⁴⁸

¿Pero cómo adquiere la persona jurídica esa capacidad de organización? Explica el profesor Gómez-Jara Díez, que no obstante es resulta difícil establecer que la persona jurídica actúa por sí misma, la situación cambia considerablemente cuando se plantea la posibilidad que en un momento determinado la persona jurídica adquiere un nivel de complejidad interna cuando se organiza a sí misma; es decir, se autoorganiza¹⁴⁹, de manera que es hasta entonces cuando se puede adquirir la capacidad de organización de los entes colectivos.

3.3.3 Imputabilidad de la persona jurídica

Es importante establecer si todas las personas jurídicas pueden ser imputables a la luz del modelo constructivista. Se parte de la lógica jurídico-penal en cuanto a que si existen personas jurídicas imputables, (con

¹⁴⁷ Se debe hacer la aclaración que no siempre debe entenderse la existencia de un Sistema Autopoietico, ya que para que se catalogue a una Organización como tal deben concurrir algunos caracteres especiales que más adelante se verán.

¹⁴⁸ Gómez-Jara Díez, "*Modelos de autorresponsabilidad*". 116

¹⁴⁹ Vid. Carlos Gómez-Jara Díez, "¿Responsabilidad Penal de Todas Las Personas Jurídicas?: Una Antecrítica Al Símil de La Ameba Acuñado Por Alex Van Weezel," *Política Criminal* 5, no. 10 (2010): 455–475, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-33992010000200005&script=sci_arttext&lng=pt.

capacidad de organización) también personas jurídicas inimputables (sin capacidad de organización).¹⁵⁰ El planteamiento sobre la imputabilidad tiene su origen el postulado del constructivismo operativo apoyado en los avances de las ciencias de la comunicación, el cual *parte de la base que tanto conciencia como comunicación muestran los mismos caracteres de autorreferencialidad, recursividad y reflexión.*¹⁵¹

Para explicar este planteamiento el profesor Gómez-Jara Díez, se apoya en la teoría de Gunther Teubner, sobre los presupuestos de cómo se constituye una empresa en un sistema autopoietico de orden superior. *“La organización empresarial sale de su minoría de edad en el momento en el que se produce una vinculación hipercíclica entre los caracteres autorreferenciales del sistema organizativo: es decir, una doble autorreferencialidad. Expresado de otra manera: a lo largo del tiempo se produce una acumulación de círculos autorreferenciales¹⁵² en el ámbito empresarial hasta llegar al encadenamiento hipercíclico de los mismos, momento en el cual emerge verdaderamente el actor corporativo como sistema autopoietico de orden superior.”*¹⁵³

Al igual que en el ámbito individual para ser considerado sujetos penalmente relevantes se necesita que el sistema psíquico del ser humano adquiriera una complejidad interna suficiente, en el sistema organizativo se necesita un nivel complejidad organizativa en la persona jurídica; de tal suerte que, *la complejidad interna suficiente es un presupuesto para el desarrollo de una autorreferencialidad bastante que permita la*

¹⁵⁰ Gómez-Jara Díez, "Modelos de autorresponsabilidad", 114

¹⁵¹ *Ibíd.* 117-118

¹⁵² Los *círculos autorreferenciales* se dan en cuatro ámbitos diferentes: 1. El límite del sistema, 2. La estructura del sistema, 3. Los elementos del sistema.

¹⁵³ Gómez-Jara Díez, "Modelos de autorresponsabilidad" 119

*autoderminación del sistema organizativo con respecto a su entorno, lo cual es una cuestión decisiva para el nacimiento de la responsabilidad penal.*¹⁵⁴ Desde este planteamiento, se manifiesta un equivalente funcional entre el desarrollo de una complejidad interna suficiente en la persona física y en la persona jurídica, siendo que al igual que una persona física menor de edad es inimputable en el Derecho Penal individual y sólo será imputable hasta que su sistema psíquico alcanza un nivel de complejidad, es decir, un nivel interno de autorreferencialidad (autoconciencia), en el caso de la persona jurídica sólo puede ser imputable en el derecho penal empresarial hasta que su sistema organizativo es lo suficientemente complejo, es decir, cuando ha alcanzado un nivel interno de autorreferencialidad (autoorganización).¹⁵⁵

Sobre este tema es importante señalar lo que la profesora Zúñiga Rodríguez, expone al respecto, en cuanto a que *“un primer presupuesto para concebir un injusto de organización es que ésta sea realmente compleja, es decir, que por su número, estructura, despersonalización, formalización no se pueda determinar la responsabilidad de las personas físicas que actúan dolosamente. Si se trata de una empresa unipersonal o una organización pequeña, donde se pueda identificar las actividades de sus miembros, es difícil pensar en un injusto de organización, pues claramente estaríamos ante la responsabilidad personal que instrumentalizan la organización de delitos en beneficios propios, constituidas básicamente por supuestos de empresas fantasma*¹⁵⁶.” Es conveniente enfatizar a lo que señala la autora, pues a través de este planteamiento se pueden lograr establecer límites a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y por consiguiente lograr identificar cuando se trata de una mera responsabilidad individual.

¹⁵⁴ *Ibíd.* 120-121

¹⁵⁵ Gómez-Jara Díez, “¿Responsabilidad Penal”, 91

¹⁵⁶ Gómez-Jara Díez, “Modelos de autorresponsabilidad”. 121

3.3.4 Culpabilidad empresarial

El concepto de culpabilidad es según el profesor Gómez-Jara Díez, el más difícil de elaborar para el modelo constructivista; no obstante, la manera más acertada de afrontar el problema es construyendo un concepto de culpabilidad empresarial que si bien no ha de ser idéntico al concepto de culpabilidad individual, éste ha de ser funcionalmente equivalente, de tal suerte que el modelo constructivista presente un concepto de “*culpabilidad empresarial*” funcionalmente equivalente al de culpabilidad individual.¹⁵⁷

El concepto “*Culpabilidad Empresarial*” se construye a través de tres equivalentes funcionales que son equiparables con los tres pilares del concepto de culpabilidad individual, estos son a) *Fidelidad al Derecho como condición para la vigencia de la norma*; b) *El Sinalagma básico del derecho penal*; y c) *La capacidad de cuestionar la vigencia de la norma*.

a) Primer fundamento funcionalmente equivalente de la culpabilidad empresarial: *fideliad al derecho como condición para la vigencia de la norma*; en términos sencillos y de manera más comprensible lo que Gómez-Jara Díez trata de fundamentar es que la vigencia de la norma depende de la creación y mantenimiento de una cultura empresarial de fidelidad al derecho por parte de las personas jurídicas que surge como resultado de la incapacidad que tienen los estados para controlar los riesgos característicos por ejemplo de las empresas industriales; teniendo el estado que, trasladar a las Personas Jurídicas la obligación de que éstas se autorregulen en virtud de su naturaleza por su tamaño y complejidad interna¹⁵⁸ en las que resulta imposible la intervención estatal directa, de tal suerte que, resulta necesario y

¹⁵⁷ Gómez-Jara Díez, “*Autoorganización Empresarial*”, 723.

¹⁵⁸ En el caso por ejemplo de una Multinacional.

prudente imponer a las personas jurídicas la obligación de la fidelidad al derecho, siendo la forma ideal para esto, institucionalizando una cultura empresarial de fidelidad al derecho. El resultado de esto es el reconocimiento de autonomía de las personas jurídicas con la consecuente obligación de fidelidad al Derecho genera el nacimiento del ciudadano corporativo fiel al derecho, en ese sentido se garantiza que cuando una persona jurídica no institucionaliza una cultura empresarial de fidelidad al derecho constituye el quebrantamiento de su rol como ciudadano fiel al derecho y el resultado es que se manifiesta *la culpabilidad jurídico-penal empresarial*.

b) Segundo fundamento funcionalmente equivalente de la culpabilidad empresarial: *el sinalagma básico del derecho penal*, consiste básicamente en que con el surgimiento del ciudadano corporativo fiel al derecho se establece un reconcomiendo mínimo de igualdad entre las personas jurídicas y las personas físicas; de ahí que se establece una libertad de organización a cambio de exigir una responsabilidad por las consecuencias de la actividad empresarial,¹⁵⁹ afirma el autor que de esta manera se establece la autorresponsabilidad empresarial, la que según Heine puede establecerse como un *imperativo categórico siendo que toda persona jurídica debe organizarse autorresponsablemente de tal manera que nadie resulte dañado, es decir que el riesgo permanezca dentro del ámbito empresarial*.¹⁶⁰

c) Tercer fundamento funcionalmente equivalente de la culpabilidad empresarial: *la capacidad de cuestionar la vigencia de la norma*, el cual consiste en reconocer la posibilidad que tienen las personas jurídicas en

¹⁵⁹ Gómez Jara-Díez, "Autoorganización Empresarial", 738. Expresado con las palabras de *Schünemann*: "la legitimación de las sanciones económicas a la asociación puede verse en la autonomía de la asociación, a la cual el Derecho le adscribe fundamentalmente una libertad a la organización propia que, sin embargo, tiene como reverso tener que ser responsable por los resultados negativos de esa libertad."

¹⁶⁰ Gómez-Jara Díez, "Modelos de autorresponsabilidad". 127

participar en asuntos públicos; explica el profesor Gómez-Jara Díez, la forma de cómo participan las personas jurídicas en los asuntos públicos “*se viene entendiendo que, si bien una corporación como tal no puede votar, sí que se le reconoce el derecho a participar en lo que realmente cuenta en democracia: el debate entre los ciudadanos. En definitiva, a las corporaciones, al igual que a los individuos, se les reconoce un derecho a participar en el proceso de creación y definición de las normas sociales. Dicho proceso no viene marcado por el derecho de voto sino principalmente por la libertad de expresar juicios en el discurso público sobre las normas sociales, contribuyendo así a la conformación de las mismas*¹⁶¹.” Este tercer fundamento hace referencia a que las personas jurídicas son creadas con el conocimiento de la existencia de las normas jurídicas a las cuales deben el cumplimiento que los seres humanos, de manera que la sola existencia de la norma presupone que las personas jurídicas han sido partícipes en proceso de su creación y por tanto su vigencia.

3.3.5 Fines de la pena

Finalmente conviene ver como se configuran los fines de la pena a través del modelo constructivista de responsabilidad penal para las personas jurídicas. Toma como base la prevención general positiva criterio que es reconocido también en el Derecho penal individual. “*Así, de acuerdo con la teoría de la pena basada en la retribución comunicativa, la pena cumple la función de contribuir -en el sentido de aumentar la probabilidad de éxito de la comunicación- al establecimiento comunicativo de la norma, derivando como prestación el reforzar la fidelidad al Derecho*¹⁶².” En este punto, lo que trata es que a través de la imposición de una pena a la persona jurídica, establece

¹⁶¹ Gómez-Jara Díez, "Autoorganización Empresarial" 20

¹⁶² Gómez-Jara Díez, "Modelos de autorresponsabilidad", 127.

la misma función que en el derecho penal individual, la del restablecimiento comunicativo de la vigencia de la norma, estableciéndose así un paralelo funcional con el derecho penal empresarial.

3.3.6 Situación jurídica de las personas individuales en el modelo constructivista

La situación jurídica de las personas individuales resulta irrelevante para este modelo, concretamente porque se desprende y aleja de cualquier comportamiento o actuación de los individuos; en ese sentido, el modelo no plantea la posibilidad de sancionar penalmente al sujeto individual, por no tener ninguna participación en el hecho o en la culpabilidad de la persona jurídica.

3.3.7 Ventajas

El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas plantea la posibilidad de hacer responsables penalmente a las personas jurídicas a través de la creación de conceptos y fundamentos propios de la persona jurídica lo que permite desligarse de cualquier comportamiento humano. A través de la autorregulación se establece un nuevo rumbo para las personas jurídicas, de manera que, desde su nacimiento sean creadas como sujetos fieles al cumplimiento del derecho.

3.3.8 Desventajas

La argumentación que se utiliza para fundamentar el modelo resulta por momentos sumamente abstracta y puede llegar a ser incomprensible.

Por tratarse de un modelo puramente del denominado hecho propio, el actuar de los sujetos individuales resulta irrelevante, en ese sentido la responsabilidad penal individual no resulta relevante para este modelo.

No es posible sancionar al mismo tiempo a la persona jurídica y a los sujetos individuales, pues lo que se verifica es lo relativo únicamente a la responsabilidad penal colectiva.

3.

3.9 Principal problema del modelo y una posible solución

Se estima que el principal problema que puede representar el modelo constructivista de autorresponsabilidad penal es en lo relativo al alto contenido de conceptos sumamente complejos de los que se nutre para poder fundamentar la existencia de la responsabilidad penal para las personas jurídicas, esencialmente por su alta dificultad para introducirlos en la norma penal, pues esto implicara no solo su comprensión; sino, además la creación de nuevas categorías fundamentales propias de la persona jurídica, y que de no comprenderse en su totalidad el modelo constructivista, puede de alguna manera caer en la irresponsabilidad penal individual producto del desprendimiento total entre las conductas individuales y la persona jurídica.

Intentar dar una posible solución a este problema resulta sumamente complicado ya que los esfuerzos del profesor Gómez-Jara son extraordinarios. Se estima que los conceptos utilizados por el autor del modelo son necesarios para poder explicar cada fundamento que lo complementa, de tal manera que lo más conveniente es buscar la manera de capacitar e informar a los administradores de justicia, abogados en el libre ejercicio, empresarios y por supuesto a la población en general de manera que sea posible su mínima comprensión.

3.4 Toma de postura frente a los modelos de responsabilidad penal para las personas jurídicas: ¿algún modelo de interés para El Salvador?

El modelo de responsabilidad penal de atribución por el hecho de otro, aparentemente es el más sencillo de aplicar en cualquier lugar; sin embargo, se estima que no resultaría conveniente como tal para El Salvador por la necesaria flexibilización de algunas garantías constitucionales a las que habría que recurrir y que sin duda alguna darían lugar a una serie de problemas de carácter Constitucional para fundamentar la aplicación de una pena sin culpabilidad y por un hecho de otro, de manera que, en este momento histórico el país no está preparado para incorporar un modelo tan radical como este, por lo que a nuestro criterio no resultaría de interés.

El modelo de responsabilidad penal por defecto de organización, podría ser resultar de interés para El Salvador, ya que es un planteamiento un poco más elaborado. Se considera que los obstáculos a los que pueden enfrentarse son superables, pues una responsabilidad penal basada en el establecimiento de un hecho propio y una culpabilidad propia de la persona jurídica con probabilidad podría ser admitida la imposición de una sanción penal para los colectivos.

La propuesta del modelo constructivista de autorresponsabilidad penal del profesor Gómez-Jara Diez, es extraordinaria y de alguna manera pudiera ser de gran interés para El Salvador, sin embargo se considera que es complicado por el alto contenido de conceptos abstractos y de difícil comprensión. En ese sentido, lamentablemente pudiera llegarse a pensar que es una locura intentar implementar como modelo como tal en el país, no se duda que el modelo podría ser de gran interés y ayuda al país, sin embargo se ve difícil su implementación.

Toma de postura: se estima que en atención a las condiciones sociales, políticas y económicas de El Salvador, el modelo que más le resultaría de interés es el de responsabilidad penal por defecto de organización como hecho propio y culpabilidad propia de la persona jurídica, en primer lugar porque la sanción no depende de la responsabilidad en la que podría incurrir un sujeto diferente lo cual permitiría el respeto a las garantías constitucionales relacionada al principio de culpabilidad y la personalidad de la pena. En segundo lugar el defecto de organización vendría a darle un parámetro de exigencia organizativa que las personas jurídicas deben cumplir, lo que genere una cultura de fidelidad al cumplimiento de las leyes Salvadoreñas y eviten la comisión de delitos.

3.5 Conclusión

Se ha podido ver en el desarrollo del presente capítulo y en concordancia con lo que se planteó en el Capítulo II, en relación a que si es posible hacer un cambio de paradigma sobre la punibilidad de las Personas Jurídicas, es a través de los Modelos de Responsabilidad Penal que se vuelve real el establecimiento de las bases para introducir en los ordenamientos jurídicos los fundamentos dogmáticos que sirven para establecer las sanciones penales a las personas jurídicas; de modo que, dependerá de cada Estado los fines que busca con su introducción el modelo al cual se quiera adherir, no obstante, se estima que lo más idóneo es el establecimiento de un modelo constructivista de autorresponsabilidad penal.

CAPITULO IV

APROXIMACIONES A LOS ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL COMPLIANCE PROGRAMS EN LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS

Existen criterios concretos con enfoque en la doctrina dominante anglosajona para la implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas de manera progresiva. Hoy en día, se ha logrado sostener una verdadera responsabilidad penal por el hecho propio de las personas jurídicas, sobre una culpabilidad, que en la medida de lo posible se aleja de la incidencia del elemento humano, factor que se vincula con la naturaleza jurídica del derecho penal moderno. La incidencia del elemento humano durante varios siglos y aun en la actualidad, es por la que se ha cuestionado y objetar la idea de una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. Como se ha dejado claro en los capítulos que anteceden, partiendo de la incidencia sumamente lesiva que estos entes colectivos pueden llegar a tener en la vida económica y social de un estado, por encontrarse claramente apegados a un proceso ideológico y sociológico de Industrialización, totalmente desenfrenado en vías de alcanzar un crecimiento económico óptimo.

Todas las circunstancias antes descritas de manera paralela en Europa han impulsado cada vez más la necesidad práctica de transformación de la política-criminal, enfocándose en ese sentido al compromiso de mantenerla en constante movimiento, rol determinante que han asumido las organizaciones internaciones y el derecho penal económico.

En la actualidad, se ha dado paso, con argumentos firmes sobre la posibilidad de tratar un concepto de culpabilidad por el hecho propio de las personas jurídicas, en el cual no ha sido necesaria la participación del elemento humano de manera vinculante. A continuación, se desarrolla en términos generales, la autorresponsabilidad, que ha sido introducida con muy buen acuerdo por los compliance programs, mecanismos de autorregulación que ofrecen un trascendental aporte para determinar y fundamentar la culpabilidad por el hecho propio de las personas jurídicas.

Mediante el trascendental aporte e influencia de los países de corte Anglosajón, específicamente el estadounidense a partir del modelo de responsabilidad penal vicarial, haciendo énfasis en sus variaciones, como resultando de los defectos prácticos por contener criterios excesivos individuales de la atribución de responsabilidad penal por el hecho ajeno, y que en general se le ha objetado a los modelos de heteroresponsabilidad. Lógicamente con poca profundidad, únicamente para desarrollar los aspectos relativos a los compliance programs, como elemento inseparable de la responsabilidad penal por el hecho propio de las personas jurídicas, e introducirnos de manera sucesiva a sus contenidos y aspectos periféricos, por lo que constituyen hoy en día un innovador avance del derecho penal moderno para fundamentar de lo que es tratado como una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin dejar de lado los importantes avances que ha tenido por su parte Europa en este tema.

4.1 Aproximaciones al origen del Compliance

Existen diversas formas en la estructura interna organizativa que pueden adoptar las personas jurídicas en el tráfico lícito de cada país, y no es ajeno que la diversificación se haya visto influenciada por tendencias de

naturaleza económica como la Industrialización, y expandida por la globalización, promovidas por los Estados en vías de lograr un crecimiento económico cada vez con más rapidez pero disolutas, acelerando así por otra parte el surgimiento y fortalecimiento de nuevas formas de criminalidad económica¹⁶³. Por lo tanto surge la necesidad de nuevos retos para lograr criterios político-criminales¹⁶⁴ más acordes a la realidad y criminalidad económica actual.

Al exponer lo relativo al poder hegemónico de las personas jurídicas, Nieto Martín sostiene que existen; *“Fenómenos que han contribuido al aumento del poder de las corporaciones frente al estado en todos los rincones del mundo. En este sentido hay quien habla incluso de un neocorporativismo en el que las empresas y no los individuos ocuparían el*

¹⁶³ Elena Núñez Castaño, “La responsabilidad penal de la empresa,” *Revista de estudios de la justicia*, No 10 (2008). www.rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/152242. En relación a la criminalidad económica Castaño sostiene: “La moderna criminalidad, en la actualidad, se ha revestido de formas muy complejas de actuación, sobre todo porque se produce en contextos organizados entendiendo por tales tanto los ámbitos que están teñidos ad integrum de ilicitud, como pueden ser las organizaciones terroristas, las organizaciones de criminalidad organizada y otras organizaciones criminales, como aquellos otros ámbitos que son adecuados socialmente en la vida económica y financiera, como sociedades mercantiles, asociaciones o cualquier otra manifestación que pudieran revestir las personas jurídicas, y que actúan en el tráfico económico lícito, pero que en un momento determinado y puntual o reiteradamente pueden cometer conductas delictivas. Evidentemente, el problema es que estos supuestos constituyen fenómenos de difícil aprehensión para las figuras tradicionales de autoría y participación sobre la base de la intervención de unos pocos sujetos que eran los que realizaban o ejecutaban directamente al menos algunos de los actos de la conducta típica. En la moderna criminalidad estos pocos sujetos se van a convertir en muchos sujetos que configuran una irresponsabilidad organizada en la que ninguno de ellos será consciente de su responsabilidad y de que su acto contribuye directamente o indirectamente a la producción de un resultado típico”.

¹⁶⁴ Juan María Terradillos Basoco, “Derecho penal económico. Lineamientos de política penal,” *Revista IUS* 9, no. 35 (2015): 7–36 www.scielo.org.mx/pdf/rius/v9n35/1870-2147-rius-9-35-00007.pdf. 1. Para Terradillos Basoco “La globalización económica ha obligado a la política criminal a asumir nuevos retos. En concreto, el derecho penal económico ha de redefinir, inicialmente, sus objetivos básicos: qué conductas desea prohibir y castigar. La siguiente cuestión a la que ha de enfrentarse es de naturaleza teleológica: la política criminal racional es de orientación preventiva, por tanto ha de enmarcarse en un contexto de políticas sociales y económicas de idéntica orientación”.

*papel hegemónico en la sociedad, lo que no debe extrañarnos cuando se repara que de las cien economías más potentes del mundo 51 son corporaciones*¹⁶⁵.

No es aislado y hay acuerdo en la doctrina dominante, que los países anglosajones especialmente estados unidos ha desarrollado desde el siglo XIX -sino antes- pero con más intensificación en el XX, y en la actualidad el desarrollo por medio de criterios prácticos jurisprudenciales, vinculados a establecer la culpabilidad por el hecho propio de las personas jurídicas. Lo que se desarrolla a continuación con poca profundidad con el único fin de introducirse en los contenidos más específicos de los compliance programs¹⁶⁶.

En relación a las medidas disuasorias y sus efectos, se ha sostenido que indagaciones empíricas llevadas a cabo en los Estados Unidos confirmaron, una serie de suposiciones de que las empresas económicas, al ser expuestas a la opinión pública, realizan esfuerzos en impedir posibles daños a su imagen.

Hirsh sostiene *“Que por lo general, los socios, o, en su caso, los accionistas, ejercen presión para un buen comportamiento futuro, a fin de*

¹⁶⁵ Adán Nieto, *“Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa (social responsibility, corporate governance and self-regulation: its influence in corporate criminal law)”*, *Política criminal* 3, no. 5 (2008), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2712397. 2, 3,4. En relación A la globalización Nieto Martin: “Tampoco pude olvidarse que la globalización conlleva una disminución considerable de la eficacia de los ordenamientos jurídicos nacionales [...] Y, por supuesto, muy pronto se experimentó la capacidad de influencia de las corporaciones sobre el poder político, para hacer y deshacer leyes a su medida, a través de turbias relaciones canalizadas por la corrupción. Pronto se descubrió, por tanto, un segundo conflicto, el existente entre la búsqueda del mayor beneficio por parte de la corporación.”

¹⁶⁶ González Sierra, *“La responsabilidad penal”*. 150. “La tradición anglosajona, más práctica que preocupada por responder a un complejo sistema de garantías sustanciales ha admitido desde más de un siglo la responsabilidad penal de las personas jurídicas”.

que las ganancias no se reduzcan como consecuencia de la disminución de las ventas producidas por los perjuicios a la reputación”¹⁶⁷.

4.1.1 Breves notas al sistema de responsabilidad penal vicarial

Con el objeto de exponer la experiencia Estadounidense y lograr aproximaciones a los compliance programs, según González Sierra sostiene que “Desde un Inicio el modelo adoptado por la práctica judicial norteamericana ha sido vicarious liability o responsabilidad penal vicarial, modelo mediante el cual se le atribuye a la corporación el *actus rea* y el *mens rea*¹⁶⁸ de su agente [...] se identifica con la teoría del superior que responde [...] siempre que estos actúen en el marco de sus competencias y con intención de beneficiar a la empresa”¹⁶⁹. En ese sentido, los criterios de imputación en este sistema de heterorresponsabilidad, transitan sobre dos fórmulas distintas: En la primera encontramos la teoría de la identificación, la cual exige que el hecho haya sido ejecutado por un elemento humano con cargos de superior y que este haya autorizado, tolerado o consentido la

¹⁶⁷ Hirsch, “*La cuestión de la responsabilidad*”. 1113. El desarrollo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los países Anglosajones especialmente Estados Unidos en relación con circunstancias prácticas sobre la imposición de medidas disuasorios en las empresas económicas durante el Siglo XIX, podría ser una mínima aproximación al gran interés que hoy en día han adquirido los programas de cumplimiento con ideas preventivas más orientadas a erradicar la comisión de delitos dentro de la estructura organizacional de la personas jurídica, mediante mecanismos rigurosos de auto-regulación, para que las personas jurídicas estén acordes al funcionamiento y margen de la licitud de cada Estado.

¹⁶⁸ Javier Bernal del Castillo, “*Derecho penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*”. (Atelier Libros, 2011). 109. “El *mens rea* y el *actus rea*, en conjunto son elementos del delito, el primero de los conceptos hace referencia a lo que conocemos como el elemento subjetivo, y el segundo al elemento objetivo, en el tipo penal. Los conceptos antes relacionados lógicamente son manejados por la doctrina penal de los países de corte anglosajón.”

¹⁶⁹ González Sierra, “*La Responsabilidad penal*”. 151-152. “En ese sentido el modelo consiste básicamente en la transferencia de la culpabilidad del elemento humano, que tiene la calidad de agente superior dentro de la organización de la persona jurídica, ejecutando el hecho ilícito para beneficiarla. De tal manera que es sobre la ejecución del injusto y culpabilidad del elemento humano, que por su calidad de agente dentro de la organización se transfiriere a la persona jurídica la responsabilidad penal.

comisión de una conducta previamente descrita como ilícita, mostrando una clara falta a sus deberes de control, dirección y vigilancia.

En segundo lugar, *la transferencia de la culpabilidad*, que se produce bajo tres supuestos; la actuación culpable del agente, dentro de los fines de la persona jurídica y con el fin de beneficiarla, lo que permite establecer *por conexión automática la conducta ilícita y culpabilidad a la persona jurídica*, para que consecuentemente deba responder penalmente.

Para Feijóo Sánchez el modelo vicarial presenta dos inconvenientes: El primero está vinculado a problemas de legitimación y por lo que le representa un inconveniente dogmático insuperable, aparentemente en esta etapa; *“i) En este modelo la persona jurídica no es responsable por un hecho propio (autorresponsabilidad), sino exclusivamente en relación con base en un hecho ajeno (heterorresponsabilidad). Es decir, aunque el injusto lo comete otro (una persona física) es la sociedad mercantil la que sufre las consecuencias respondiendo como si lo hubiera cometido ella misma. En consecuencia, la persona jurídica sufre consecuencias derivadas de la comisión del hecho sin ser realmente responsable del mismo¹⁷⁰”*.

Una objeción muy aceptada por la doctrina dominante pero no insuperable como el autor lo ha sostenido, al menos partiendo de los nuevos criterios y fundamentos prácticos. *“ii) La segunda objeción tiene que ver con esta última idea y es de índole político-criminal o de eficiencia. En este modelo, la persona jurídica responde siempre, con independencia de su comportamiento sea este correcto o incorrecto [...] por lo que el derecho*

¹⁷⁰ Feijoo Sánchez, “Fortalezas, debilidades” 149-151.

*penal no sirve de estímulo para que se adopten determinadas medidas preventivas*¹⁷¹”.

En ese sentido, es importante sostener que las dos objeciones planteadas al modelo de responsabilidad penal vicarial dominantes en la doctrina anglosajona, únicamente transitan en el enfoque automático con el que se aplica el criterio de atribución del hecho ajeno y paralela conexión con la persona jurídica, lógicamente por estar vinculado a la estricta y clásica influencia individualista.

Es así, que el mencionado sistema hace imposible identificar la distinción entre individuo y organización, consecuentemente no se logra diferenciar de manera adecuada, entre individuo infracción o responsabilidad individual, y organización defecto organizativo o responsabilidad supraindividual. De manera que este sistema no deja criterios en los que pudiera declararse responsabilidad individual sin responsabilidad corporativa o, a la inversa.

El resultado de las objeciones anteriores, hoy en día se sostiene que se a replanteado la atribución del hecho ajeno, modificándose y dando paso al funcionamiento de modelos de hecho de conexión y culpabilidad propia de la persona jurídica, en la que el hecho de conexión únicamente se utiliza como una condición objetiva de punibilidad, a partir de la cual se iniciaría la valoración de si existe una culpabilidad propia de la persona jurídica,¹⁷² y así evitando de manera automática el criterio de culpabilidad a la que

¹⁷¹ Feijoo Sánchez, “Fortalezas, debilidades” 151.

¹⁷² El funcionamiento es a partir del delito cometido por la persona natural, por lo que se genera *el hecho conexión* para que deba investigarse el fundamento de la culpabilidad propia de la persona jurídica, por la omisión o infancia de deberes de vigilancia, lo que constituye un grave defecto de organización.

tradicionalmente respondían las personas jurídicas en modelos atribución del hecho ajeno, al menos en relación a la pena y con fundamento en el defecto de organización.

De manera que se ha concluido que los sistemas vicariales han experimentado correcciones como resultado de sus propias experiencias prácticas dando paso de un sistema vicarial puro hacia otro tipo de sistemas, en gran medida más complejos y menos individualistas, al menos en lo que respecta a la determinación de la pena. Para Feijoo Sánchez *“Los modelos como el estadounidense que comenzaron con un modelo vicarial puro han evolucionado en este sentido por la constatación práctica de las debilidades conceptuales del modelo”*¹⁷³.

Con poca profundidad en lo que respecta a la determinación de la pena, en los modelos de hecho de conexión y responsabilidad propia de la persona jurídica, no obstante a su denominación de propia, la incidencia del elemento humano siempre sigue siendo vinculante, pues se parte del injusto del elemento humano para iniciar una investigación contra la persona jurídica, para determinar la culpabilidad por falta de controles y defecto de organización, y obtener la culpabilidad propia de la persona jurídica.

Pero es según De La Cuesta que *“Un derecho penal que quiera seguir siendo fiel a sus más elementales y principios no deja de serle una exigencia principal la búsqueda de aquello que pueda constituir el núcleo del injusto específico, fundamentado junto a la culpabilidad de la responsabilidad penal*

¹⁷³ Feijoo Sánchez, *“Fortalezas, debilidades”* 151. Resulta que en la práctica claramente podría darse frente a la imposibilidad de identificar al elemento humano con las cualidades descritas por el modelo vicarial como resultado de la complejidad de las estructuras organizativas de algunas empresas, se haría imposible establecer la conexión, entre individuo y organización. Por lo que surgen *teorías de la organización*.

propia de la persona jurídica, con base en su “hecho propio” y no por el “inevitable hecho de referencia”¹⁷⁴.

En ese sentido, ha sido cuestión de tiempo para que con más seguridad se configure una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas, en la que se trataría del hecho propio de las personas Jurídicas, es decir, en el cual el injusto sea propio y no del elemento humano y se solidifique un verdadero grado de culpabilidad de los entes colectivos, fundamentos que aún están en construcción sobre la base del defecto de organización por la falta de debidos controles, vinculados a la complejidad de las estructuras organizativas en los procesos de decisión en los entes colectivos. En palabras de Feijoo Sánchez en referencia a lo expuesto por Gómez- Jara Diez menciona, que en líneas generales *”Se puede afirmar que los fundamentos se han ido alejando de actuaciones concretas de personas físicas y la consiguiente conexión entre persona física y persona jurídica [...] Si a principios del siglo pasado dicha responsabilidad se basaba principalmente en teorías de representación imperantes se importaban modelos propios de derecho civil para hacer a las personas jurídicas personales penalmente, a principios de este siglo los fundamentos pasan por los dictados de las teorías organizativas y la constatación de elementos característicos del derecho penal que se alejan de la impronta jurídico-civil”¹⁷⁵.*

Es en esa dirección que la práctica jurisprudencial norteamericana ha proporcionado a pasos agigantados el fundamento para la nueva determinación de una culpabilidad por el hecho propio de las personas jurídicas, y paralelamente determinar las medidas disuasorias como

¹⁷⁴ José Luis De La Cuesta, *“Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español,”* Revista de derecho penal y criminología 18 (2006): 147. A-05:14.

¹⁷⁵ Feijoo Sánchez, *“Fortalezas, debilidades”* 149-151.

verdaderas sanciones penales para los entes colectivos, lo anterior sobre la base de teorías organizativas que concluyen que las estructuras internas de decisión que adoptan las personas jurídicas son en muchos casos verdaderamente complejas para la intervención del Estado, fortaleciendo las tendencias de autorregulación de los entes colectivos, frente a riesgos de la comisión de delitos.

4.2 Organizational Sentencing Guidelines

En la actualidad se han solidificado mediante parámetros prácticos, criterios jurisprudenciales que se aplican como directrices o guías para la fundamentación de sanciones penales para las personas jurídicas, para Foffani *“La experiencia concreta más significativa en este campo es sin duda la de los estados unidos: con las federal sentencing guidelines de 1991 se ha introducido un mecanismo de determinación judicial de las sanciones contra las personas jurídicas que tiene como finalidad declarada la valoración del “grado de culpabilidad de la organización” y la promoción de comportamientos colaborativos por parte de las empresas”*¹⁷⁶.

Entre los países de corte anglosajón, Estados Unidos presenta los avances más innovadores en relación a fundamentos concretos por medio de los cuales las personas individuales, como las personas jurídicas son penalmente responsables por los actos ilícitos de manera individual, por medio de la incorporación de un importante número de delitos, en los que se ha presentado una fuerte tendencia al incremento de delitos imputables a las organizaciones. Para Salvo Ilabel *“Estados Unidos ha ido mucho más allá*

¹⁷⁶ Luigi Foffani, *“Bases para una imputación subjetiva de la persona moral”. Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas*”, Nuevo foro penal 6, no. 75 (2013): 41–52 publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1885.

*que Reino Unido o Canadá en el desarrollo de regímenes de sentencia que se adoptan a las empresas sometidas a Juicio en el marco del manual Federal de Directrices de Sentencias (Federal Sentencing Guidelines Manual)*¹⁷⁷.

En ese sentido, los criterios o directrices para sancionar a las Personas Jurídicas están encaminadas a establecer no una disminución de la incidencia del elemento humano, sino aproximaciones que en la medida de lo posible fundamentan una culpabilidad por el hecho propio de los entes colectivos por defectos de organización y de forma sucesivamente orientándose a una Autorresponsabilidad concreta, a partir de valoraciones judiciales que en estos modelos según; Feijoo Sánchez *“El juez queda convertido en un ordenador de costes y beneficios, por lo cual se le debe conceder gran libertad para determinar la sanción aplicables mediante principios orientadores como las organizational sentencing guidelines o federal sentencing guidelines for organizations del ordenamiento estadounidense.*¹⁷⁸.

En líneas generales podemos identificar dos parámetros que se presentan a partir de la experiencia Anglosajona: en la que los jueces cuentan con criterios jurisprudenciales *sentencing guidelines for organizations)*¹⁷⁹, mediante las cuales se orientan para la determinación de

¹⁷⁷ Salvo Ilabel, *“Modelos de imputación”* 109. Salvo Ilabel agrega: *“A pesar que el sistema asumido en relación a responsabilidad penal de las personas jurídicas [...] se toma en consideración la “cultura corporativa” en relación con la evaluación de las multas y otras medidas que se imponen a los acusados corporativos.”*

¹⁷⁸ Feijoo Sánchez, *“Fortalezas, debilidades”*, 152.

¹⁷⁹ *¿Cuál es el aporte de las Sentencing Guidelines for Organizations?* Las construcción de las directrices jurisprudenciales para la aplicación de las medidas disuasorias que adoptan los jueces en Estados Unidos para sociedades sometidas a causas penales, tienen como aporte principal las valoraciones y fundamentos que ofrecen para la observancia de la estructura organizativa de la persona jurídica.

las medidas disuasorias como verdaderas sanciones penales aplicables las personas jurídicas, y además, se proponen los contenidos y estructura de programas de cumplimiento mediante los cuales, al determinar la falta o ineficacia de estos es que se fundamenta en Estado Unidos defectos de organización por “*cultura de empresa*”, es decir en términos generales un mal control de la organización y estructura interna, posibilidad que se abre al verificar en determinado caso concreto los procesos establecidos en los compliance programs.

Lo anterior constituido de forma sucesiva la construcción de un concepto autónomo de culpabilidad propia de las personas Jurídicas, fomentado a través de la autorregulación de los entes colectivos, previamente establecida por mecanismos formales del derecho penal, aceptada con muy buen acuerdo, por lo que Gómez Jara Diez sostiene sobre “*Las directrices para imponer sentencias a organizaciones organizational sentencing guidelines, se establece asimismo un sistema de autorresponsabilidad penal empresarial basado en la culpabilidad empresarial*”¹⁸⁰.

4.2.1 ¿Que ofrecen los compliance programs al derecho penal moderno y al establecimiento de una verdadera culpabilidad propia de las personas jurídicas?

La implementación de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la región europea, ha sido siempre recomendada por instrumentos de las organizaciones internacionales, con muy buen acuerdo, la previsión de adoptar programas de cumplimiento ha experimentado la misma suerte, para

¹⁸⁰ Carlos Gómez Jara Díez, “*Autoorganización empresarial*”.132.

Salvo llabel como *“Resultado de las presiones de los agentes sociales en ámbitos como el medio ambiente, la seguridad de los trabajadores, la seguridad alimentaria, y la corrupción. Se tratan de iniciativas que solo tienen un carácter voluntario, y se asumen como recomendaciones para las empresas, en particular las multinacionales [...] El avance en áreas como las mencionadas se da en aquellos países donde la normativa es menos protectora de las empresas que tienden a relajar los controles, produciendo daños a veces irreparables y de alto costo social”*¹⁸¹.

En relación al *carácter voluntario* que en principio han tenido los *compliance programs* es que han sido cuestionados tanto su contenido, como su eficacia práctica, situaciones que el derecho penal moderno no puede ver a distancia o de manera aislada.

Por lo que al respecto Tiedemann advierte, *“que en el ordenamiento estadounidense –a través de las guidelines for sentencing organizations– se ha constatado que, las empresas utilizan estos programas de muchas veces como una pantalla protectora contra sanciones Estatales y las investigaciones criminológicas informan como los altos directivos con programas impresionantes hacen a la vez un guiño para la comisión de delitos su carencia principal radica en que son voluntarios y su infracción no va acompañada de una sanción externa, de allí que exista na desconfianza justificada en los países europeos como Francia o Alemania, respecto de si existe una real eficacia. Y confirma además que, uno de los problemas que se observan es que ellos sean de voluntaria aplicación”*¹⁸².

¹⁸¹ Salvo llabel, *“Modelos de Imputación,”* 321.

¹⁸² Klaus Tiedemann, *“El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico,”* (2010) 31-42 http://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2017/06/derecho_compliance-compressed.pdf.

4.2.2 Aproximaciones a la autorregulación forzada

El derecho penal moderno no puede ver de manera aislada las limitaciones prácticas en el contenido y eficacia de los compliance programs por ser su contenido y alcance de voluntaria aplicación, para Basualto *“El Modelo de responsabilidad por defecto de organización se inscribe en la estrategia de control del delito vía autorregulación forzada (enforced self-regulation), esto es, imponiéndole a las empresas [...] el deber de organizarse y regularse de modo que sirvan también como instancias de prevención y detección de la misma, concretamente mediante la adopción e implementación de programas de cumplimiento (compliance programs)”*¹⁸³.

Se ha considerado sobre los planteamientos anteriores que se está ante una autorregulación regulada, en términos generales, en la que el Estado por conducto del derecho penal regularía determinados contenidos de los programas de cumplimiento que deben de adoptar las personas jurídicas por lo que se tratado como una apropiada y virtuosa idea de la autorregulación a través de la adopción de normas internas que sirvan para la prevención y detección de ilícitos, y de ese modo complemento a la función normativa del Estado¹⁸⁴.

De manera que, independientemente de la diversidad de los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas la conexión es mucho más clara y consciente, en particular en lo que concierne a la forma

¹⁸³ Héctor Hernández Basualto, “La Introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile,” *Política criminal* 5, no. 9 (2010): 207–236 www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992010000100005.

¹⁸⁴ Carmen Ruiz Baltazar, “Incorporación de la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas en el dictamen sobre el nuevo código penal,” *Ahora sí necesito un criminal compliance?*, *THĒMIS-Revista de derecho*, no. 68 (2016): 163–177 revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/viewFile/15591/16040.

específica de organización, siempre estaremos frente a parámetros de culpabilidad por el hecho propio de la persona jurídica cuando dicha responsabilidad se funda precisamente en el hecho de no haberse organizado y regulado del modo debido. En relación al planteamiento anterior, es con la omisión o la correcta aplicación de una eficaz estrategia de los compliance programs, que se determina el grado de culpabilidad de la persona jurídica, los operadores judiciales se encargan de verificar si se aplicado un correcto programa para reducir riesgos en la comisión de delitos.

Para Nieto Martin *“La culpabilidad de la empresa no es otra cosa que la ausencia objetiva de un adecuado programa de compliance o normas de cumplimiento”*¹⁸⁵.

4.3 Compliance Programs

Los *compliance programs* (o *programas de cumplimiento*), son básicamente normas preventivas de organización interna de las personas jurídicas, en relación al riesgo de la comisión de un ilícito por parte de sus representantes y empleados, de manera que es mediante la omisión o incorrecta estrategia de sus compliance programs que se fundamenta la culpabilidad por el hecho propio de la empresa por defecto de organización, y en consecuencia a la imposición de medidas disuasorias como sanción penal para los entes colectivos.

Escalada sostiene que los *compliance programs* son *“Mecanismos a través de los cuales las empresas se organizan, suelen denominarse “programas de cumplimiento”, y su origen se encuentra en la Federal*

¹⁸⁵ Van Weezel, *“La responsabilidad pena.”* 279.

Sentencing Guideline, en la que se describe detalladamente como elaborar un programa de cumplimiento adecuado y eficaz, se denominan “effective compliance and ethics program”; no es de extrañar que el modelo nazca en Estados Unidos, donde estos programas forman parte inseparable de la responsabilidad penal. De modo que lo anterior lo que se ha tratado como el verdadero fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación al defecto de organización, está estrechamente vinculado a los compliance programas para controlar los procesos de decisión donde mediante teorías organizativas se constata elementos volitivos de los entes colectivos¹⁸⁶.

Por otra parte, las opiniones dominantes han estado estrechamente apegadas a que no se tratan de una simple creación de los programas o normas de cumplimiento dentro de las personas jurídicas únicamente para disminuir la responsabilidad en determinado caso concreto que pueda resultar para los entes colectivos, pues en ese sentido las medidas adoptadas carecerían de una verdadera eficacia a la hora de aplicaras en una caso concreto. Escalada sostiene que *“Las medidas establecidas tienen que ser efectivas y bastas para prevenir y descubrir delitos actuales o futuros, por lo cual no van a ser admitidas por el tribunal las mejoras efectuadas solamente con el fin de disminuir la responsabilidad que no proporcionen una eficacia práctica¹⁸⁷”.*

¹⁸⁶ María Luisa Escalada, *“La Responsabilidad Penal de La Persona Jurídica. Las Personas Jurídicas Como Parte Pasiva Del Proceso Penal,”* (2015), <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/13836>. 29. Se agrega por Luisa Escalada “El defecto de organización es, según muchos autores el único motivo por el cual la persona moral puede responder penalmente, opinión compartida también por la Fiscalía General del Estado, creando un modelo de imputación objetiva y subjetiva con base en el defecto de organización”.

¹⁸⁷ Escalada, *“La responsabilidad penal”*. 29.

4.3.1 Contenido y alcances de los Compliance Programs

Es apropiado hacer énfasis a las constantes objeciones que se han hecho a los compliance programs en relación a su eficacia práctica en Europa. Los cuestionamientos han sido diversos, los más dominantes han girado en torno a su contenido y los alcances prácticos que estos pueden tener.

Los compliance programas (programas de cumplimiento) de las empresas en su contenido deben definir según Ulrich Sieber *“Los objetivos y valores que deben ser realizados siguiendo determinados procedimientos. Los objetivos se refieren principalmente a impedir hechos delictivos, especialmente de corrupción, lavado de dinero, financiación del terrorismo, delitos contra la libre competencia mayormente acuerdos de cártel, delitos contables, defraudación tributaria, abuso de información privilegiada, delitos ambientales y revelación de secretos comerciales. Con el objetivo de impedir la criminalidad proveniente de empresas y la dirigida a empresas, se protege una serie de diversos valores, los cuales incluso reciben, en parte, una mayor protección en los programas de “compliance” en las disposiciones del derecho penal”*¹⁸⁸.

Los programas de cumplimiento normativo en derecho penal moderno, hacen referencia a la aplicación de medidas de autorregulación por parte de las personas jurídicas, que se traducen a procedimientos de “autovigilancia” y que han fomentado una mentalidad corporativa de fidelidad al Derecho, con un carácter preventivo que se enfoca en la adopción de una detallada serie de medidas destinadas a neutralizar factores culturales o dinámicas de grupo

¹⁸⁸ Ulrich Sieber, *“Programas de ‘compliance’ en el derecho penal de la empresa,”* El Derecho Penal Económico En La Era Compliance. Valencia: Tirant Lo Blanch, (2013), 70. 5.

que pudieren favorecer o crear un clima de comportamientos delictivos en el seno de la actividad empresarial¹⁸⁹.

La transparencia y el diálogo en la formación de decisiones en el seno de los entes colectivos, han sido considerados los pilares sobre los que se asiente un programa de cumplimiento efectivo y, para ello, en los *compliance programs* se introducen los *whistleblowers* que han adquirido un rol esencial dirigidos a eliminar el tradicional deber de silencio impuesto, tácita o expresamente a los empleados en señal de lealtad a los entes colectivos, Para Nieto Martín *“En términos generales, el whistleblower es la persona que revela información negativa sobre una organización (pública o privada) con la que, generalmente, tiene alguna vinculación, lo que le permite tener un mayor conocimiento sobre sus prácticas y su personal. La información puede estar referida a una conducta ilícita —negligente o intencionada— o simplemente poco ética realizada por un empleado o directivo de la entidad”*¹⁹⁰.

La finalidad y eficacia que se ha observado en los *compliance programs* es la de asegurar el estricto cumplimiento del derecho en las actividades y operaciones empresariales, a partir de dos ámbitos diferenciables: Una función de prevención: Que se ha mostrado debe estar vinculada a evitar la realización de conductas contrarias al derecho en el seno de la actividad empresarial; Y la función de fieles garantes del Derecho: Es decir que si tuviera lugar y se producen infracciones penales, resulta preciso evaluar la reacción del ente colectivo de fidelidad al Derecho mediante la implementación de mecanismos y procedimientos para su

¹⁸⁹ José Leandro Reaño Peschiera, *“La utilidad de los programas de criminal compliance para las empresas que operan en Perú,”* THĒMIS-Revista de Derecho, no. 68 (2016): 141–152.

¹⁹⁰ Nieto Martín, *“Manual de cumplimiento penal en la empresa,” tirant lo blanch, valencia,* (2015), http://www.academia.edu/download/43132355/GarciaMoreno_Whistleblowing_y_canales_institucionales_de_denuncia_2015.pdf, 206.

oportuna detección y eventual comunicación a las autoridades correspondientes¹⁹¹.

Los compliance programas guardan una íntima relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁹², en otras palabras, son la pieza principal para el establecimiento de dicha responsabilidad, en países como España en 2015 es a partir de ellos que se constata la culpabilidad con fundamenta en el defecto de organización, en consecuencia sus contenidos y alcances son amplios, en síntesis para Nelly Salvo Ilabel *“Los modelos de prevención de delitos en el ámbito empresarial deben guiarse por los estándares que se establecen en la ley penal autorregulación regulada [...] en general, deben contener la designación de un encargado de prevención, la determinación de actividades de riesgo, el establecimiento de eficaces sistemas de información, la fijación de conductas prohibidas, mecanismos de control y evaluación, actualización de los programas de cumplimiento y, frecuentemente sistemas de certificación y auditorías externas o internas”*¹⁹³.

En consecuencia debido a las múltiples manifestaciones de la criminalidad económica, han surgido de manera paralela una diversidad de riesgos, vinculado todo lo anterior a las particularidades de cada empresas, se ha planteado ¿Es posible crear un panorama detallado uniforme sobre los

¹⁹¹ Baltazar, *“Incorporación de la responsabilidad”*

¹⁹² Van Weezel, *“La Responsabilidad Penal.”* 278.

¹⁹³ Cugat Mauri, *“Modelos de imputación penal a personas jurídicas: Estudio comparado de los sistemas español y chileno,”* (2015). 326. Es en esa dirección podemos sostener de manera general dos grandes campos que los programas deben introducir: i) Reglas y principios dirigidos a prohibir conductas delictivas: Con lo que se pretende obtener un alto grado de responsabilidad de los empleados y de quienes ejercen la dirección de la empresa; y promoviendo un ambiente corporativo de legalidad. ii) Procedimientos de constante evaluación para detectar áreas de riesgo en los que se incrementa la posible comisión de delitos: Con lo que se pretende lograr un alcance de naturaleza preventiva del delito por medio de los compliance programs. Y un tercero que es la colaboración del ente colectivo en las investigaciones en la detección de delitos y valorar el grado de responsabilidad de quienes intervengan en la comisión de delitos.

contenidos de los compliance programas “preventivo-criminales”? Ulrich Sieber sostiene que *“Corresponde a estudios basados en la administración de empresas, la criminología y el derecho penal, el determinar y evaluar en qué medida estos elementos de prevención de la criminalidad de los programas de “compliance” pueden ser complementados, dado que el contenido de un programa de “compliance” para impedir la criminalidad empresarial depende fuertemente de cada empresa y de su campo de actividades”*¹⁹⁴.

En síntesis, los criterios dominantes sostienen que no es posible crear a nivel internacional criterios uniformes sobre los contenidos que deben tener los compliance programs, debido a las múltiples manifestaciones de la criminalidad económica actual, genera una diversidad de riesgos estrechamente vinculados a las particularidades de cada empresa en los complejos procesos de construcción de tomas de decisiones, las operaciones empresariales a las que se dedican, entre otros.

En lo que sí existen conclusiones concretas, es que si se pretende hablar de una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas el derecho penal debe de establecer en la norma penal los contenidos más generales de los programas de cumplimiento, así como ha ocurrido en España mediante la LO 1/2015, con lo que se ha logrado fortalecer el reconocimiento mediante la configuración de la empresa como sujeto de derechos paralelamente también de responsabilidades, es necesario que sea

¹⁹⁴ Sieber, *“Programas de ‘compliance’.*” 9. “La literatura pertinente sobre prevención de la criminalidad empresarial, así como las reglas legales para la ejecución de tales medidas (sobre todo las “sentencing guidelines” de los EE.UU.), pueden sistematizarse, pese a todo, los siguientes elementos estructurales de los programas de “compliance” que podrían impedir la criminalidad de empresas y contra empresas.

la personas jurídica que implemente medidas para conjurar la existencia de riesgos delictivos.

De manera que, debe sostenerse que el análisis a efectos de la fundamentación de la pena a la persona jurídica, debe orientarse en definitiva en esos debidos controles como una obligación de la persona jurídica adoptando mecanismos globales eficaces de prevención de delitos, exigibles en el entorno interno de la empresa misma, a efectos de lograr determinar su responsabilidad penal, para Salvo Ilabel *“Lo que debería resultar medianamente claro, es que la consagración en la legislación penal de los llamados compliance programs tiene como finalidad que la persona jurídica, incorpore los elementos propios de la responsabilidad social corporativa y de la corporate goverment para, que de manera preventiva, dificultar la comisión de delitos”*¹⁹⁵.

Sobre la intervención estatal que presentan los compliance programs se han tenido algunas aproximaciones Nieto Martin a través de nada menos que Michael Foucoult, concluye que *“El Estado contemporáneo suele aprovechar la capacidad de los regulados en regular su propio comportamiento, mediante una tecnología de dominio, indirecta, pero más sofisticada, a través de la cual el Estado reconfiguraría las reglas de autorregulación de los sujetos de derecho”*¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Cugat Mauri, *“Modelos de imputación penal a personas jurídicas: Estudio comparado de los sistemas español y chileno,”* (2015). 327. En relación al caso concreto Español, Salvo Ilabel agrega: “Tales elementos de compliance programs pueden ser extraídos a partir del segundo párrafo del art. 31 bis.1 como también de la letra d) del artículo 31 bis.4 CP, Regida como circunstancia atenuante. Sin embargo, ante lo vago y oscuro de la actual legislación en materia de consagración de un modelo basado en el defecto de organización, el proyecto de 2013 de modificación al código penal desarrolla todos los aspectos que deben ser tomados en consideración para la determinación de las medidas de control de riesgo delictivo.

¹⁹⁶ Nieto, *“Responsabilidad social”*. 4.

4.3.2 Efecto y fundamento de los Compliance Programs

De tal manera que los efectos de los compliance programs en relación a sus contenidos, no solo se orientan a la prevención del delito; pues del mismo se requiere para que se inicie el proceso penal contra la persona jurídica, para Nelly Salvo Ilabel *“Lo buscado con su implementación y aplicación es poder determinar si con el programa se ha logrado obstaculizar o disminuir el riesgo de la comisión de delitos. Por ello, cuando la infracción penal es cometida por los sujetos que se encuentran en los cuadros directivos de la empresa, se entiende que estos, por su posición en la organización, han intervenido en la creación e implementación de los programas de cumplimiento, lo que hace dificultoso a la empresa eximirse de responsabilidad penal”*¹⁹⁷.

El fundamento de la responsabilidad penal del hecho propio de las personas jurídicas en este estado y dirigido al fundamento en los *defectos de organización*, se encuentra vinculada de manera paralela a la contestación de la omisión o ineficaz aplicación de un programa de cumplimiento, lo que generaría el ambiente corporativo para la comisión de delitos, y como consecuencia un claro defecto de organización, con lo que los operadores judiciales podrían aplicar verdaderas sanciones penales a las personas jurídicas cuya conducta recaiga en ese defecto.

En ese sentido, es que se configuraría una verdadera culpabilidad por el hecho propio de no organizarse de manera responsable, conforme a los estándares impuestos por la norma penal, por lo que Dannecker sostiene que *“El fundamento de la responsabilidad de las personas jurídicas no radica*

¹⁹⁷ Salvo Ilabel, *“Modelos de imputación,”*. 325.

*en la infracción en sí, sino en la omisión de las premisas necesarias para un comportamiento conforme a la norma. Esta circunstancia debe tenerse presente tanto en la imputación del injusto como de la culpabilidad”.*¹⁹⁸

El fundamento para la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no se valora a partir de la falta del programa, sino en la falta del nivel de diligencia exigido, la empresa debe velar por el cumplimiento de las normas jurídicas y no debe permitir que en su seno se realice actividad delictiva.

Se ha sostenido, que los efectos de los compliance programs no solo recaen de manera negativa en las personas jurídicas, sino que además abarcan y protegen intereses en el ámbito empresarial para Ulrich Sieber *“En suma, los programas de “compliance” [...] con frecuencia incluyen también intereses que pueden colisionar o coincidir de los socios comerciales, de terceras personas sobre todo de los consumidores, así como también de intereses sociales p. ej. En el campo del medio ambiente”*¹⁹⁹.

En suma, con certeza el proceso encaminado en fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es sobre la base de la protección de los intereses sociales, en la que son los consumidores son quienes pueden verse afectados por un mal control en las operaciones

¹⁹⁸ Dannecker, *“Reflexiones sobre la responsabilidad”*. 49. “En relación al funcionamiento Dannecker agrega “En principio, las personas jurídicas pueden infringir cualquier ley penal cuando la lesión de un bien jurídico caiga en el ámbito de responsabilidad de la empresa y cuando se afirme su culpabilidad, dado que la aplicación de las normas de cuidado y su cumplimiento concreto en atención a los riesgos propios de la empresa no se corresponde con las expectativas jurídicas de un comportamiento correcto exento de peligro para los bienes jurídicos.”

¹⁹⁹ Sieber, *“Programas de ‘compliance’”* 5. Se agrega que además que los compliance programs protegen: “Los valores económicos de la empresa, protección que va desde el manejo cuidadoso de la propiedad de la firma hasta la protección de los secretos empresariales”.

irresponsables de los entes colectivos, y también directamente a disminuir los altos márgenes de impunidad frente a la criminalidad económica.

Por lo tanto, se concluye que los compliance programs no solo tienen un carácter de control de las actividades de los entes colectivos como fundamento para alcanzar la imputación penal, por no adoptar las medidas eficaces correspondientes, los compliance programs ofrecen además la protección de intereses propios de los socios, proponiendo mediante estas normas de cumplimiento que los entes colectivos logren un óptimo funcionamiento empresarial apegado a derecho, alcanzando de manera sucesiva materializar ganancias y un clima confiable de garantía empresarial en sus operaciones.

4.3.3 Compliance como excluyente y atenuante de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Enfoque España

Existe un muy buen acuerdo en relación a los efectos excluyentes y atenuantes de responsabilidad penal que deben otorgarse a las personas jurídicas, cuando en su actividad se haya generado la comisión de un delito pero cuenten con programas de criminal compliance efectivamente implementados y realmente operativos. En ese sentido en lo que si ha existido un muy buen acuerdo es como sostiene Peschiera que existen *“Legislaciones que optan por exonerar de pena a las empresas que los hayan implantado efectivamente antes de la comisión del delito, otras jurisdicciones solo les confieren valor de circunstancia atenuante de responsabilidad penal”*²⁰⁰.

²⁰⁰ Peschiera, *“La utilidad de los programas”* 40.

4.3.4 Enfoque de los Compliance Programs LO 5/2010 España

Fue mediante la LO 5/2010 que se incorporó, de manera tímida, el concepto anglosajón de *compliance* en el ordenamiento jurídico penal Español, (art. 31 bis 4. D) otorgando un efecto indeterminado de atenuante; “Al que haya adoptado antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios y bajo la cobertura de la persona jurídica”. Para Gutiérrez Pérez *“El contenido de esta atenuante postdelictual conducía a una paradoja de difícil explicación. Se concedía una disminución de la responsabilidad a las corporaciones que adoptaran medidas con posterioridad a la comisión del hecho delictivo y, por el contrario, se guardaba silencio sobre aquellas otras que tuvieran implantado un sistema de cumplimiento normativo ex ante, antes del suceso”*²⁰¹.

Lo anterior, dio lugar a una discusión que cuestionaba el enfoque de atenuante que podrían tener los programas de compliance instaurados con posterioridad al hecho delictivo [...] y con enorme razón resultaba sumamente indeterminado el margen eficaz temporal de su creación y la impunidad que podrían generar en lo que correspondía a las personas jurídicas [...] al transcurrir unos pocos meses posteriores de la entrada en vigor de la reforma de 2010, fue la posición de la Fiscalía General del Estado Español, mediante la Circular 1/2011, en la que interpretaba la responsabilidad de las personas jurídicas en el Código Penal y no otorgaba valor alguno de eximente a los modelos de prevención²⁰².

²⁰¹ Elena Gutiérrez Pérez, “Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La ‘eficacia e idoneidad’ como principios rectores tras la reforma de 2015,” Revista General de Derecho Penal, no. 24 (2015): 7 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5327628>. 18.

²⁰² *Ibid.* 29.

“Esta postura pudo tener soporte [...] Este clima se materializó en un vacío normativo [...] pues nada se decía sobre la forma que debían tomar esos programas de cumplimiento, ni siquiera unos parámetros mínimos de contenido, quién debía elaborarlos y, con posterioridad, ejecutar y supervisar los mencionados programas. Aunque desde algunas instancias, como la abogacía y también alguna judicial, se aventuraron con tinta y papel a trazar el contenido mínimo de los programas, todo quedaba a expensas de la buena voluntad judicial llegado el momento de valorar esa eficacia del programa como mera atenuante”²⁰³.

A lo anterior, se sumarían objeciones al carácter eficaz que ofrecen los compliance programs, para De La Cuesta en el caso particular de España la fiscalía general del Estado, en su circular 1/2011, *“Expresamente afirma que “las normas de autorregulación de las empresas o compliance guide, sólo son relevantes en la medida en que traduzcan una conducta. Su formalización no aporta ni su inexistencia resta la capacidad potencial de incurrir en responsabilidad penal”²⁰⁴.*

En síntesis, y en este estado, el tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España en relación a los compliance programas se cuestionó el enfoque de atenuante con poca claridad en relación al contenido que debían contener los programas de cumplimiento,

²⁰³ Ibid.2. *“Las empresas se movían en la incertidumbre de si la elaboración de un código ético era condición suficiente para aplicar la atenuante citada o si se requerían otros condicionantes, como un sistema de denuncias internas anónimas (en terminología anglosajona, whistleblowing) e incluso la incorporación a la plantilla o la contratación externa de los servicios de un responsable de cumplimiento (compliance officer)”.*

²⁰⁴ De La Cuesta, *“Responsabilidad penal.”* 26. España presentó indeterminaciones normativas y por consecuencia prácticas en la introducción de los compliance programs en relacionado a las inseguro tratamiento depositado al defecto de organización, las objeciones han sido diversas, lo que desencadena cuestionamientos múltiples en relación a la eficacia de los compliance programs, pero que no obstante de manera sucesiva se han ido superando.

sino que se dejaban al antojo elementos de contenido y alcance y que debían contener.

4.3.5 Enfoque de los Compliance Programs LO 1/2015 España

Peschiera establece que los compliance programs tienen un enfoque de eximentes de responsabilidad penal *“Por ejemplo, en las vigentes sentencing guidelines norteamericanas, y también, en el caso de la legislación española hasta la reciente reforma de marzo de 2015, a partir de la cual se reconocen plenos efectos eximentes de pena cuando, antes de haberse incurrido en la infracción penal, la empresa hubiese implementado un sistema de medidas eficaces de prevención y detección de delitos”*²⁰⁵.

En consecuencia, los *compliance programs* han cobrado un protagonismo sin precedentes mediante la reforma que ha tenido lugar en la LO 1/2015 en la particular experiencia Española, que introduce como primordial novedad la posibilidad de exonerar de responsabilidad penal a las personas jurídicas a través de la implantación de un programa de prevención de delitos, fomentando y motivando a los entes colectivos la autorregulación regulada.

En este sentido para Escalada es mediante la reforma del código penal en el año 2015 que *“El defecto de organización se convierte en la parte fundamental y básica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, si la LO 5/2010 brevemente hacía mención a ellas, el pilar básico de la LO 1/2015 es el programa de organización o los llamados “compliance programs”. Tratan de estimular a las empresas para que controlen las*

²⁰⁵ Peschiera, *“La utilidad de los programas”*. 60.

*actuaciones de sus órganos. Así pues el apartado 5 del art. 31 bis define las reglas para implantar un programa adecuado y efectivo*²⁰⁶.

Hoy en día el efecto excluyente de responsabilidad penal de las personas jurídicas de los compliance programs, descansan sobre la soluciones que el legislador Español ha dado, sobre la base de sus propias deficiencias legislativas y por consiguiente prácticas, que como se hizo énfasis se vincularon al contenido y alcance de los compliance programs para alcanzar una eficacia concreta, por lo que ahora las reglas generales de los contenidos de los compliance se dirigen a Identificar los ámbitos preventivos de manera que deben establecer que actividades podrían dar lugar a la comisión de delitos.

La creación de protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquellos, disponer de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos, sobre la idea de imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención, establecer un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo, verificar periódicamente el modelo y su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada.

²⁰⁶ María Luisa Escalada, *“La responsabilidad penal de la persona jurídica. las personas jurídicas como parte pasiva del proceso penal Revista pena”*, (2015). 30-31.. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/11/doctrina42318.pdf>

4.4 Conclusión

En la actualidad sostener una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas con fundamento en el defecto de organización, se debe en gran medida a las *Organizational Sentencing Guidelines* estadounidenses, en las que se establecen de manera paralela los contenidos específicos de los compliance programs, de modo que las grandes virtudes de la autorresponsabilidad se enfocan de manera implícita sobre los procesos de decisión y mitigación eficaces del funcionamiento organizacional de las personas jurídicas, mediante los cuales los órganos empresariales ejecutan los procesos de decisiones de las mismas para disminuir determinados riesgos.

Al establecer, delitos dirigidos específicamente a las personas jurídicas sobre la base del defecto de organización, se reduce en gran medida la intervención del elemento humano. *Los compliance programs* ofrecen en esa medida márgenes de valoración judiciales amplios mediante los cuales es posible determinar en un caso concreto el grado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, no en el hecho de la persona física sino en un momento anterior, en aquellos procesos de formación de acción de la persona jurídica para disminuir, prevenir e informar de manera eficaz un riesgo posible de actos ilícitos en sus operaciones comerciales.

Las medidas establecidas tienen que ser efectivas y bastas para prevenir y descubrir, e informar delitos actuales o futuros, por lo cual no van a ser admitidas las acciones efectuadas solamente con el fin de disminuir la responsabilidad que no proporcionen una eficacia práctica. Por otra parte los criterios dominantes sostienen que no es posible crear criterios uniformes

sobre los contenidos que deben tener los compliance programs, debido a las múltiples manifestaciones de la criminalidad económica actual, genera una diversidad de riesgos estrechamente vinculados a las particularidades de cada empresa, las operaciones empresariales a las que se dedican entre otros. Lo buscado con su implementación y aplicación es poder determinar si con el programa se ha logrado obstaculizar o disminuir el riesgo de la comisión de delitos.

Es razonable y coherente, que es una realidad la criminalidad de la empresa, por lo que es necesario construir el núcleo del injusto específico de la persona jurídica, sobre la violación por ésta de su posición de garantía, o lo que es lo mismo de su deber de autoorganización de un modo adecuado para la evitación de delitos en el marco de las actividades sociales realizadas por su cuenta y provecho; un deber de garantía del cumplimiento de la legalidad y de la adecuación de la organización a lo prescrito por mecanismos del derecho penal moderno y alejarse de impases dogmáticos que verdaderamente no aportan nada a la realidad práctica.

De las aproximaciones anteriores, se ha llegado a sostener que sería posible declarar responsabilidad individual y responsabilidad corporativa conjunta, con fundamentos concretos alejados del hecho ajeno heterorresponsabilidad, y más innovador aun solucionando objeciones del derecho penal clásico, haciendo posible fundamentar responsabilidad corporativa sin responsabilidad individual, o responsabilidad individual sin responsabilidad corporativa, estimulando además a las personas jurídicas para que cumplan con los estándares de cumplimiento interno, detectando y evitando que sus empresas sean instrumentos para la comisión de delitos, elemento preventivo propio de la naturaleza misma del derecho penal, todo

lo anterior no fuera posible sino mediante los compliance programs cuya aplicación y valoración judicial en Europa continua en construcción.

CONCLUSIONES

El debilitamiento y decaimiento del principio Societas Delinquere Non Potest, está asociado a situaciones de carácter ideológicas y políticas. En muchos países se ha logrado un desapego al fundamento dogmático antes mencionado, adoptado por el derecho penal clásico, que no ofrece solución a un tema que adquiere cada vez más intereses de fuertes dimensiones Internacionales vinculada a una necesidad práctica concreta, mediante fundamentos políticos-criminales que contienen diversas virtudes y que ofrecen la condiciones mínimas a las grandes colectividades frente a las personas jurídicas.

El derecho penal anglosajón, las organizaciones internacionales y una fuerte tendencia, proveniente del derecho penal económico y ambiental, con el propósito de disminuir las nuevas modalidades de cometimiento de Delitos Económicos y paralela superación de categorías de Imputación del derecho penal clásico que no ofrecen solución al alto margen de impunidad que existe en torno a las personas jurídicas, se convierten con total certeza en herramientas fundamentales sobre base de los esfuerzos conjuntos que han alcanzado una evolución histórica donde se admite la capacidad delictiva y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en la actualidad.

En ese sentido, se puede verificar que la crisis que emerge al Societas delinquere non potest, como consecuencia de los avances en la dogmática penal; evidentemente se establecen los fundamentos dogmáticos-jurídicos que permiten justificar la existencia de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, a través de los diversos aportes de la doctrina Alemana y Española, mediante los cuales se pueden establecer la capacidad de acción, capacidad de culpabilidad de la Persona Jurídica, y además la forma

mediante la cual se puede verificar los fines de la pena; de esta manera consideramos que existen los elementos suficientes para poder sostener que al igual que en otros Estados es posible introducir esta institución en el Ordenamiento Jurídico Salvadoreño.

Por otro lado, los Modelos de Responsabilidad Penal han venido a reafirmar que es posible realizar un cambio de paradigma hacia la punibilidad de las personas jurídicas, estableciendo las diversas modalidades mediante las cuales se vuelve real el modo de hacer frente a la criminalidad de empresa. Los modelos de responsabilidad penal se constituyen como las herramientas mediante las cuales los Estados establecen la forma de imputar delitos a las Personas Jurídicas cuando deciden introducir el tema a sus legislaciones. Pero más allá de la decisión político-criminal de introducir la Responsabilidad Penal para Personas Jurídicas, lo importante es, seleccionar adecuadamente el modelo al que decidan adscribirse, pues debe tomarse en cuenta la realidad jurídica de cada Estado y los fines que se intenten conseguir. Para el caso concreto de El Salvador, sería apresurado y quizá irresponsable afirmar que modelo de responsabilidad penal sería el correcto introducir, no obstante, consideramos que de tomarse la decisión de introducir el tema al ordenamiento jurídicos Salvadoreño, debe seleccionarse un modelo encaminado a la autorresponsabilidad penal de los Entes Colectivos que no dependa de la conducta de los sujetos individuales.

Con muy buen acuerdo, frente a los reales retos de la criminalidad económica, se ha sostenido que en la actualidad se encuentra en proceso avanzado, la construcción del núcleo del injusto específico de la persona jurídica y la respectiva culpabilidad y consiguientes sanciones penales para los entes colectivos, sobre la violación por éstas de su posición de garantía, o lo que traduce a su deber de auto-organización de un modo adecuado para

la evitación de delitos en el marco de las actividades sociales realizadas por su cuenta y provecho; un deber de garantía del cumplimiento de la legalidad y de la adecuación de la organización a lo prescrito por mecanismos del derecho penal moderno y por lo tanto alejarse de impases dogmáticos que verdaderamente no aportan nada a la realidad práctica, cambiando el paradigma creado por el *societas delinquere non potest* lo que es introducido por los países anglosajones específicamente Estados Unidos.

En ese sentido, ha sido mediante las *sentencing guidelines* norteamericanas, por medio de las cuales se establecen los contenidos para la elaboración de los *compliance programs* eficaces, y a lo que se suma, los nuevos avances de la experiencia particular en la legislación española con énfasis de la reciente reforma de marzo de 2015, es construir el núcleo del injusto específico de la persona jurídica, sobre la violación por ésta de su posición de garantía, o lo que es lo mismo de su deber de auto-organización de un modo adecuado para la evitación de delitos en el marco de las actividades sociales realizadas por su cuenta y provecho, lo que resulta la culpabilidad del hecho propio de la persona jurídica por defecto de organización, frente a un deber de garantía del cumplimiento de la legalidad y de la adecuación de la organización a lo prescrito por el derecho penal. En la actualidad la necesidad de aceptar la imposición de sanciones a las personas jurídicas se debe partir de la culpabilidad propia de éstas y no prescindir de ese elemento como exigencias concretas de la necesidad de mantener la culpabilidad en el derecho penal de las personas jurídicas y eliminar el dogma *Societas delinquere non potest*.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

Basabe Serrano, Santiago. *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas desde la Teoría de Sistemas*. Corporación Editora Nacional. Vol. 45. 45 vols. Magister. Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, (2003) http://www.santiagobasabe.com/uploads/1/2/1/4/12145125/sm45-basaberresponsabilidad_penal_de_las_personas_juridicas_desde_la_teor%C3%ADa_de_sistemas.pdf.

Del Castillo, Javier Bernal. *Derecho penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*. Atelier Libros, (2011). <https://books.google.com.pe/books?id=WutNkaK8axYC&printsec=>

Gómez Jara Díez, Carlos. *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas*. (Cizur Menor Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006). perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_85.pdf

Gómez Tomillo, Manuel. *Imputación objetiva y culpabilidad en el Derecho penal de las personas jurídicas: Especial referencia al sistema español*. Revista jurídica de Castilla y León, n.º 25 (2011): 43–84. Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español (e-book). Lex Nova, 2010 www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/31/23/02%20rjcyI%2025%20tomillo.pdf?blobhea.

Hurtado Pozo, José, y Otros. Universidad de Alicante, eds. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, (2001).

González Sierra, Pablo. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. (Editorial de la Universidad de Granada, 2012). perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20160608_01.pdf.

Modolell González, Juan Luis, y José-Ignacio Gallego Soler. *Empresa y derecho penal*. 1. ed. Caracas: Cátedra Fundacional Banco Mercantil : Universidad Católica Andrés Bello, Núcleo de Estudios sobre delincuencia Económica (NEDE), Centro de Investigaciones Jurídicas, (2004) <https://books.google.com.sv/books?isbn=9802443913>.

Blanch Nougués, José María. *Régimen jurídico de las fundaciones en derecho romano*. Librería-Editorial Dykinson, (2007) <https://books.google.com.sv/books?isbn=8497729854>.

TESIS

Perilla Amador, Javier Camilo, y otros. *Aproximación a los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. (Tesis Doctoral, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2012). <http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/4055>.

Salvo Ilabel, Nelly, y Miriam Cugat Mauri. *Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno*, (Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2015) www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/285167/nsi1de1.pdf.

REVISTAS

Bacigalupo Saggese, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio sobre el derecho penal*, (1997).
<https://repositorio.uam.es/handle/10486/4345>.

Bajo Fernández, Miguel. *El derecho penal econômico: Un estudio de Derecho positivo español*. Anuario de derecho penal y ciências penales 26, n.º 1 (1973): 91–141 <http://www.bajo-trallero.es/publicacion/002.pdf>.

Baltazar Ruiz, Carmen, y otros. *Incorporación de la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas en el dictamen sobre el nuevo Código Penal: criminal compliance*, Thēmis-Revista de Derecho, n.º 68 (2016): 163–177 revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/15591.

Boldova Pasamar, Miguel Ángel. *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española», Estudios Penales y Criminológicos XXXIII (2013)*.
<https://zaguan.unizar.es/record/32178/>.

Bueno Salinas, Santiago. *La noción de persona jurídica en el derecho canónico: su evolución desde Inocencio IV hasta el C.I.C. de 1983*. Collectània Sant Pacià, no. 33. Barcelona: Universitat de Barcelona, Facultat de Teologia de Barcelona : Herder, (1985).

Castaño Núñez, Elena. *La responsabilidad penal de la empresa*. Revista de Estudios de la Justicia, n.º 10 (2008). <http://www.anales-ii.ing.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewArticle/15224>.

García Cavero, Percy. *Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Revista de Estudios de la Justicia, n.º 16 (2012). <http://www.anales-ii.ing.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewArticle/29493>.

Corral Talciani, Hernan. *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile, (2004). <https://filosofosinsentido.files.wordpress.com/2013/07/2176.pdf>

Morillas Cueva, Lorenzo. *La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. En *Anales de Derecho*, 29:1–33, (2011). <http://revistas.um.es/analesderecho/article/download/153501/135381>.

Contreras López, Rebeca Elizabeth. *Actualidad penal: una vez más sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica*. *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas UV*, n.º 7 (2003): 99–114. <http://letrasjuridicas.com.mx/Volumenes/7/rcontreras7.pdf>.

Dannecker, Gerhard. *Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. *Revista penal*, n.º 7 (2001). <http://uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/97/92>.

De La Cuesta, José Luis. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español*. Revista de Derecho Penal y Criminología 18 (2006): 147.

Díaz Cortés, Lina Mariola. “*Societas delinquere potest*”: *hacia un cambio de paradigma en el derecho penal económico*, (2006). <http://gredos.usal.es/xmlui/handle/10366/18509>.

Díez Ripollés, José Luis. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española*. InDret, n.º 1 (2012). <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/260787/347969>.

Escalada, Maria Luisa. *La responsabilidad penal de la persona jurídica. Las personas jurídicas como parte pasiva del proceso penal*, (2015). <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/13836>.

Escobar Vélez, Susana y otros. *El “actuar en lugar de otro” en el código penal colombiano: Aproximación al fundamento, ámbito de aplicación y problemas más relevantes de la fórmula del art. 29 inciso 3*. Cuadernos de Investigación, n.º 44 (2012). <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/cuadernos-investigacion/article/view/1358>.

Foffani, Luigi. *Bases para una imputación subjetiva de la persona moral. Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas* Nuevo Foro Penal 6, n.º 75 (2013): 41–52.

García Arán, Mercedes. *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Universidad de la Coruña, (1998) <http://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/10722>.

García Caveró, Percy. *La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro*, (2002). <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2002-9-5040/Documento.pdf>.

García Manrique, Ricardo. *Radbruch y el valor de la seguridad jurídica*. Anuario de filosofía del derecho, n.º 21 (2004): 261–286.

Gómez Jara Díez, Carlos. *Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial*. RECPC, (2006)». https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_87.pdf.

González Vicen, Felipe. *La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke*. Anuario de filosofía del derecho, n.º 16 (1971): 1–76.

Heine, Günter. *La responsabilidad penal de las empresas: Evolución internacional y consecuencias nacionales*. Responsabilidad penal de las personas jurídicas, 1997, 19–45. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_04.pdf.

Hernández Basualto, Héctor. *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*. Política criminal 5, n.º 9 (2010): 207–236.

Hirsch, Hans Joachim. *La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas*. Anuario de derecho penal y ciencias penales 46, n.º 3 (1993): 1099–1124. <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/46441.pdf>.

Jürgen Louis, Wassmer Martin, y De Brisgovia, Friburgo. *Sistemas penales comparados*. Accedido 14 de agosto de (2016). <http://uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/275/265>.

Luhmann, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Vol. 15. Anthropos Editorial, (1998).

Martínez Pardo, Vicente José. *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. 30 de Diciembre de (2010, 2011).

Nieto Martín, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*. Iustel, Madrid de (2008). http://www.defensesociale.org/xvicongreso/usb%20congreso/3%C2%AA%20Jornada/03.Panel%2012/P12_Nieto%20Adan%20-%20La%20responsabilidad%20de%20las%20personas%20jur%C3%ADdicas.pdf.

Nieto Martín, Adán, y Otros. *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Tirant lo blanch, Valencia, (2015). http://www.academia.edu/download/43132355/GarciaMoreno_Whistleblowing_y_canales_institucionales_de_denuncia_2015.pdf.

Nieto Martín, Adán. *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, tras la LO 5/2010*, s. f., 47-70 resp-pj.blogspot.com/2011/03/la-responsabilidad-penal-de-las.html.

Nieto Martín, Adán. *Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa (Social Responsibility, Corporate Governance and Self-Regulation: Its Influence in Corporate Criminal Law)*. *Política Criminal* 3, n.º 5 (2008). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2712397.

Ontiveros Alonso, Miguel. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, (2014) www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/francisco.pdf

Paliero, Carlo Enrico. *Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho italiano*. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, (2001), 109.

Pérez Arias, Jacinto. *Sistema de Atribución de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. Universidad de Murcia, (2013) <https://books.google.com.sv/books?isbn=8490851964>.

Pérez Gutiérrez, Elena. *Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. la "eficacia e idoneidad" como principios rectores tras la reforma de 2015*. *Revista General de Derecho Penal*, n.º 24 (2015): 7.

- Reaño Peschiera, José Leandro. *La utilidad de los programas de criminal compliance para las empresas que operan en Perú*. THĒMIS-Revista de Derecho, n.º 68 (2016): 141–152.
- Regis Prado, Luis. *La cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica en derecho brasileño*, (2000). <http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2000-6-2080/Documento.pdf>.
- Robles Planas, Ricardo. *El hecho propio de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008*. InDret 2, n.º 2009 (2009): 1–7.
- Robles Planas, Ricardo. *Delitos de personas jurídicas* Indret: Revista para el Análisis del Derecho, n.º 2 (2006). <http://www.indret.com/pdf/344.pdf>.
- Saggese, Silvina Bacigalupo. *La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma del código penal de 2006 (Art. 31 Bis)*. Estudios de derecho judicial, n.º 115 (2007): 199–234.
- Sánchez, Pedro Donaires. *Responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho comparado*. Derecho y Cambio Social 10, n.º 31 (2013): 24. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5490744.pdf>.
- Silva Sánchez, Jesús María. *La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas*. Derecho Penal y Criminología 29, n.º 86-87 (2008): 129-48.

- Schünemann, Bernd. *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*. Anuario de derecho penal y ciencias penales 41, n.º 2 (1988): 529–558. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46331.pdf>.
- Sieber, Ulrich. *Programas de “compliance” en el derecho penal de la empresa*. El derecho penal económico en la era Compliance. Valencia: Tirant Lo Blanch, (2013), 70.
- Terradillos Basoco, Juan María. *Derecho penal económico. Lineamientos de política penal*. Revista IUS 9, n.º 35 (2015): 7–36.
- Tiedemann, Klaus. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Anuario de Derecho Penal 96 (1997). http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_07.pdf
- Tiedemann, Klaus, Ulrich Sieber. *El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico*, s. f.
- Torrado, Ramírez, y María Lourdes. *Considerations towards the subjective identity requirement of the non bis in idem principle in the Spanish administrative disciplinary law*. Revista de derecho (Valdivia) 22, n.º 1 (2009): 93–111.
- Van Weezel, Alex. *¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas?: Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel*. Política criminal 5, n.º 10 (2010): 455–475. http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071833992010000200005&script=sci_arttext&tlng=pt.

Zúñiga Rodríguez, Laura. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Anteproyecto de Código Penal peruano de (2009)*. Anuario de Derecho Penal, 2009.
https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2009_08.pdf.

Zugaldía Espinar, José Miguel. *Aproximación teórica y práctica al Sistema de Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas en el Derecho Penal Español*. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, (2010), 1-36.