

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL ECONÓMICO**



TEMA DE INVESTIGACIÓN

“LAS IMPLICACIONES JURÍDICAS DE OTORGAR RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL EN EL ESTADO DE EL SALVADOR”

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAESTRO EN DERECHO PENAL ECONÓMICO

**PRESENTADO POR:
LIC. ROMEO ALEJANDRO PINEDA LÓPEZ**

**DOCENTE ASESOR:
DR. SAÚL ERNESTO MORALES**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, MAYO DE 2021.

AUTORIDADES UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MSc. Roger Armando Arias Alvarado
RECTOR

PhD. Raúl Ernesto Azcúnaga López
VICERRECTOR ACADÉMICO

Ing. Juan Rosa Quintanilla
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Ing. Francisco Antonio Alarcón Sandoval
SECRETARIO GENERAL

AUTORIDADES

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata
DECANA

Dr. Edgardo Herrera Medrano Pacheco
VICEDECANO

Dr. José Miguel Vázquez.
DIRECTOR DE UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO

AGRADECIMIENTOS

1. A Dios todo poderoso y a la Virgen santísima por haberme otorgado el impulso y la energía necesaria para culminar esta labor.
2. A mi Padre, don Elmer Romeo Pineda Quintanilla, y a mi Madre, doña Rosa Zuleyma López de Pineda, por haberme inculcado siempre, el valor de la responsabilidad en cada escenario de la vida, y enseñarme que los compromisos una vez iniciados, deben concluirse, sea cual sea la naturaleza de estos. De todo corazón, ¡Gracias, padres amados!
3. A mi asesor metodológico y de contenido, el Dr. Saúl Morales, por su tiempo y experiencia dedicado a este esfuerzo investigativo.
4. A un gran amigo y profesor, Dr. Henry Mejía, por haberme motivado siempre a culminar con este proyecto.

ABREVIATURAS

Art/Arts:	Artículo/Artículos
OCDE:	Organización para la Cooperación y el Desarrollo económicos
RPPJ:	Responsabilidad penal de las personas jurídicas
SC:	Sala de lo Constitucional
SP:	Sala de lo Penal
CP:	Código Penal
CC:	Código Civil
Vid:	Véase
Crf:	Confróntese
CSJ:	Corte Suprema de Justicia de El Salvador

INDICE

INTRODUCCIÓN	i
CAPITULO I6	
CUESTIONES PRELIMINARES Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	6
1.1. La persona jurídica en la teoría general del Derecho	6
1.2. Teorías sobre la persona jurídica	12
1.2.1. La teoría de la ficción de Friedrich Karl Von Savigny	12
1.2.2. La teoría de la personalidad de Von Gierke y su mínima germinación en el discurso jurídico-penal	17
1.3. Análisis de la teoría de la persona jurídica a la luz del Derecho Civil .	23
1.4. Orígenes y nociones generales de la responsabilidad de las personas jurídicas. 27	
1.4.1. Algunas consideraciones doctrinales de la atribución de responsabilidad de las personas jurídicas en el devenir histórico	27
1.4.2. Del derecho clásico a los glosadores	31
1.4.3. La persona jurídica en los canonistas y los Postglosadores	34
1.4.4. La responsabilidad de las personas jurídicas a partir del Derecho Civil y el Derecho Administrativo Sancionador	37
1.5. La persona jurídica en el Derecho Penal. Aspectos Introdutorios a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas	45
CAPITULO II	50
EL CONSTRUCTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y SU RELACIÓN CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-PENAL SALVADOREÑO	50
2.1. La capacidad de acción de las personas jurídicas.....	50
2.1.1. El concepto de acción y el cambio de paradigma de la noción del sujeto en el Derecho Penal	51

2.1.2. La Persona Jurídica como destinataria de la norma de conducta: una necesidad de política criminal en las sociedades modernas	73
2.2. De la Culpabilidad Penal de la Persona Jurídica	80
2.2.1. Nociones generales de la culpabilidad en la dogmática penal	81
2.2.2. El injusto personal de la persona jurídica y su capacidad de culpabilidad	92
2.2.3. El debate en torno a la heterorresponsabilidad o autorresponsabilidad de las personas jurídicas como modelos de imputación penal empresarial.....	121
2.3. La concepción jurídico penal que adopta el sistema penal salvadoreño, respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Especial referencia a la cláusula general de actuaciones en lugar de otro.....	128
2.4. Reflexiones en torno al buen gobierno corporativo con relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.	140
2.5. El tratamiento que ofrece el ordenamiento jurídico salvadoreño a la persona jurídica y a la empresa. Especial avocamiento al Derecho privado. 148	
CAPITULO III	159
LAS SOCIEDADES DEL RIESGO Y LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL. ESPECIAL REFERENCIA AL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL Y SU VINCULACIÓN CON EL ACTUAR CRIMINÓGENO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	159
3.1. El Derecho penal frente a la globalización.....	159
3.1.1. Criminalidad y globalización.	161
3.1.2. Las sociedades del riesgo y la intervención penal.	165
3.2. El medioambiente en las sociedades postindustriales.....	174
3.2.1. Del cambio de paradigma: de un medio ambiente sano, a la contaminación de las sociedades postindustriales.....	175
3.2.2. Nociones generales sobre la teoría de los bienes jurídicos difusos. 179	
3.3. La protección normativa del medio ambiente.	184

3.3.1. La protección constitucional en el Estado de El Salvador y una mínima referencia a la protección internacional del medio ambiente. ..	184
3.3.2. La protección de segundo grado del medio ambiente en el ordenamiento jurídico salvadoreño. Especial referencia al delito de contaminación ambiental y a la persona jurídica como sujeto activo de la acción cualificada.	191
3.3.3. El otorgamiento de responsabilidad penal a las personas jurídicas en ataques contra el medio ambiente: El “ideal” de una sociedad moderna.	201
CAPITULO IV.....	208
ANALISIS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONA JURÍDICAS EN EL DERECHO COMPARADO	208
4.1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal Español.....	208
4.2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal Chileno.....	213
CONCLUSIONES	222
RECOMENDACIONES	226
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	229

INTRODUCCIÓN

La discusión que engloba el presente esfuerzo investigativo, trata de desarrollar de forma modesta el fenómeno de estudio referido a: "*Las implicaciones jurídicas de otorgar responsabilidad penal a las personas jurídicas, en el delito de contaminación ambiental, en el Estado de El Salvador*". Así, puede decirse entonces de forma muy concreta, que el tema abordado en los párrafos subsecuentes a este apartado, se circunscriben en dos ejes fundamentales: *por un lado*, se tratará de analizar la manera en cómo la dogmática jurídico penal contemporánea está dando respuesta a la manera de atribuir responsabilidad penal a una personas jurídica, y *por otro*, cómo este sujeto ficticio –o sujeto empresarial–, toma un papel protagónico y de connotada relevancia penal en las sociedades del riesgo, cuando de daños al medio ambiente se trata, orientando el análisis y estudio correspondiente, al delito de contaminación ambiental, en su básica modalidad tipificada, y a partir –también– de su forma cualificada o agravada, tal cual lo ha regulado el legislador salvadoreño en los artículos 255 y 256 del Código penal, respectivamente.

Así, inicialmente, el *primer capítulo* de esta investigación, trata de desarrollar de forma puntual los aspectos generales e históricos que han rodeado la vida social, económica, política y normativa de las personas jurídicas; es así que se verán posturas que explican su configuración, su comportamiento, y a la vez, se comenzarán a analizar situaciones sancionatorias que podían percibir las mismas, cuando de su accionar se advirtiera una contravención al orden público, a la comunidad, o en su caso al orden jurídico como tal; y se dará por concluido el referido apartado, con algunas situaciones introductorias de orden breve, respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con el

objeto de permitir de forma plena, que el siguiente apartado se encargue de desarrollar la temática a profundidad.

De esta forma, nos adentramos al *segundo capítulo*, y en mi sana opinión, constituye la columna vertebral y la medula ósea de esta investigación. En este apartado, se analizarán situaciones atinentes a la capacidad de acción de las personas jurídicas, es decir, poder comprender en plano normativo, que las personas jurídicas tienen capacidad para delinquir –penalmente–, como cualquier individuo; consecuencia de lo anterior, entonces, corresponde desarrollar en este mismo plano científico, el cambio de paradigma que está experimentado la idea del “sujeto” para el Derecho penal en la dogmática jurídico-penal contemporánea.

De igual forma, se han dedicado esfuerzos en este apartado, que permiten comprender por qué la persona puede y debe ser considerada una destinataria y depositaria de normas de comportamiento penal; asimismo, se ha tratado de dejar constancia, bajo equivalentes funcionales, la manera de comprender el injusto típico que se le atribuye a la persona jurídica, si se le desea reprochar penalmente un comportamiento delictivo; y en iguales términos, se ha puesto en altorrelieve, la manera de concebir la categoría de la culpabilidad en sede empresarial o corporativa, o lo que es lo mismo, en el seno de una persona jurídica, cuando su actuación no demuestra fidelidad al Derecho. Por su parte, se destina también, un conciso esfuerzo, en torno a explicar los sistemas de atribución de responsabilidad penal a estos entes, desarrollando posicionamientos que apuestan por una responsabilidad en relación con el hecho de conexión –o de transferencia– de la persona física, y algunas posturas que reclaman una responsabilidad penal de la propia persona jurídica, es decir, una responsabilidad por el hecho propio.

En idénticas circunstancias, se aborda en este capítulo, situaciones concernientes al buen gobierno corporativo de las empresas, cuando estas han adoptado un manual o protocolo de cumplimiento normativo –*program compliance*–, que le permite anticiparse –y con ello prevenir– alguna puesta en peligro de determinada expectativa social, o en su caso, la evitación de un resultado lesivo en algún bien jurídico de la colectividad. Finalmente, se analizó con profundidad loable, la manera de cómo el Estado de El Salvador está aplicando la cláusula de atribución penal de *actuaciones en nombre de otro* –artículo 38 del Código penal–, cuando en un escenario delictivo determinado, aparece de forma coetánea la participación de una persona jurídica, y con el objeto de evitar lagunas de punibilidad, acude a esta regla de atribución punitiva, pues actualmente, es la única herramienta de carácter político-criminológica con que cuenta el Estado salvadoreño para dar respuesta a comportamientos disvaliosos que se desprenden de una actuación empresarial.

Posterior al análisis que han merecido los aspectos *supra* indicados, aparece el *tercer capítulo*, que se centra en desarrollar y examinar de manera concreta, la manera en cómo actualmente el Derecho penal, está pretendiendo dar respuesta, a esa cantidad incontrolable de peligros que se van gestando en esta Sociedad del Riesgo, producto de la globalización, del avance tecnológico y científico, y de un industrialismo que no encuentra –hoy por hoy– barreras solidas de contención, que permitan, en la manera de lo posible, paliar de algún modo los embates –negativos– que está generando a nivel planetario.

En esa sintonía se analiza también, la apuesta que ha realizado el Derecho penal por anticipar las barreras de punibilidad del *Ius Puniendi*, en la tipificación de delitos de peligro, a partir de la concreción real y efectiva de riesgos de connotación difusa que afectan a la colectividad. En ese sentido, y

como consecuencia de esto último, se abordó precisamente, la forma en que se ha visto afectado –y se ha venido afectando– el medio ambiente, como bien jurídico colectivo –o difuso–, desde hace un poco más de medio siglo, por los efectos nocivos que ha venido desencadenando la posmodernidad que actualmente recubre todas las relaciones de naturaleza y seres humanos.

De este modo, el Estado de El Salvador, al igual que muchos países de la región latinoamericana, y de continental europea, ha decidido otorgarle al medio ambiente, una protección reforzada a nivel normativo, tanto en sede constitucional, como a partir de legislación secundaria, que permite, dadas las circunstancias, otorgar y atribuir responsabilidad –civil, administrativa, ambiental y penal– a sujetos individuales y colectivo, que ocasionaren un grave daño a los recursos naturales y a la biodiversidad en general.

Definido lo anterior, se optó en esta investigación por darle mayor énfasis al delito de contaminación ambiental, en sus dos modalidades de comisión –básica y cualificada–, pues como se dijo en líneas *supra*, este apartado como tal constituye uno de los dos ejes fundamentales de la investigación; y a partir de este análisis, se pudo constatar, y así se ha pretendido explicar en el desarrollo temático correspondiente a este punto, que actualmente la política criminal seguida por el Estado de El Salvador, y la técnica legislativa utilizada por el legislador salvadoreño, devienen en construir situaciones y comportamientos –llámese tipos penales– que no son más que manifestaciones de un exacerbado Derecho penal simbólico, y el delito de contaminación ambiental agravada, es uno de esas manifestaciones, dentro del orden jurídico penal salvadoreño. Es con esto último, que se le da respuesta inmediata, al fenómeno de estudio trazado en esta investigación.

Por último, en este esfuerzo investigativo, aparece reflejado en su *cuarto capítulo*, un desarrollo temático designado única y exclusivamente a situaciones de Derecho comparado, que se centra particularmente, en cotejar el tratamiento dogmático, jurisprudencial y legislativo, entre los sistemas españoles y chilenos, respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; asimismo, se deja constancia en estos tópicos, algunos precedentes que se han venido generando en ambas culturas jurídicas, máxime cuando tienen que ver con la responsabilidad –a nivel penal– que asume una persona jurídica, cuando su comportamiento ha conculcado algún elemento que forma parte del medio ambiente, de los recursos naturales, o de la naturaleza en general.

Y como elemento culmen de esta discusión, se le ofrece al lector, un apartado destinado a las conclusiones y recomendaciones que este investigador ha podido configurar después del desarrollo correspondiente que han merecido los capítulos anteriormente enunciados.

CAPITULO I

CUESTIONES PRELIMINARES Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Sumario. 1.1. La persona jurídica en la teoría general del Derecho. 1.2. Teorías sobre la persona jurídica. 1.2.1. La teoría de la ficción de Friedrich Karl Von Savigny. 1.2.2. La teoría de la personalidad de Von Gierke y su mínima germinación en el discurso jurídico-penal. 1.3. Análisis de la teoría de la persona jurídica a la luz del Derecho Civil. 1.4. Orígenes y nociones generales de la responsabilidad de las personas jurídicas. 1.4.1. Consideraciones doctrinales de la atribución de responsabilidad de las personas jurídicas en el devenir histórico. 1.4.2. Del derecho clásico a los glosadores. 1.4.3. La persona jurídica en los canonistas y los postglosadores. 1.4.4. La responsabilidad de las personas jurídicas a partir del Derecho civil y el Derecho Administrativo Sancionador. 1.5. La persona jurídica en el Derecho Penal. Aspectos Introdutorios a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.

1.1. La persona jurídica en la teoría general del Derecho

La ciencia, en su más pura aproximación etimológica y sin ánimos de ser ambiciosos, significa tanto cómo saber y qué se debe saber. Sin embargo, se debe tener claro que no todo saber tiene pretensiones de ciencia, y alguno, en cierto sentido, la excede. Así, se distingue muy atinadamente, que no todo conocimiento científico es objetivo, en razón de que, puede asumirse una actitud objetiva frente a las cosas sin merecer alguna pretensión científica¹.

¹ Ariel Álvarez Gardiol, *Introducción a una teoría general del Derecho: El método jurídico*, (Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1986), 1, 2 y 151. Véase, que el autor en su obra, hace notar que existen substanciales diferencias –también– en lo que respecta a un conocimiento vulgar, científico y filosófico, de igual forma explica, que la teoría general del Derecho y la introducción al Derecho, presentan un parentesco bastante sutil, ya que la segunda funciona como una disciplina introductora, que suministra al estudioso del

Lo anterior, es lo que ha caracterizado en su totalidad al saber jurídico, en tanto que sobre la forma de concebir al “objeto del Derecho” y posteriormente configurar un “método”, que permita estudiarlo, desarrollarlo y comprenderlo, ha generado que existan millares de pensamientos sobre esa orbita, con una constante muy observable: en la actualidad no existe uniformidad –aún- sobre tales tópicos; sin que esto se entienda, claro, como una improductiva racionalización del conocimiento científico que existe sobre tal ciencia social.

Alvarez Gardiol, afirmaba que no obstante las críticas que sufra el campo de lo jurídico, referentes a su cientificidad, el Derecho más que lograr una materialización científica, pretende estar en la vida, proyectarse en una dialéctica vital, introducirse con un sentido de practicidad funcional que regula y en alguna medida transforma la vida comunitaria; puesto que, en esencia, ese es el fin que dicho instrumento humano debe aspirar cumplir².

Con todo esto, el esfuerzo científico sobre el desarrollo de la juridicidad y el Derecho en general no ha sido en vano, tanto que se pudo edificar una teoría, que ha permitido desarrollar en pureza científica y con alto contenido normativo, los conceptos que le son propios a la ciencia jurídica y con los que se ha facilitado la segregación y separación de éste conocimiento en particular, respecto de los postulados que no le son propios ontológicamente.

Así, la teoría general del derecho, como producto del esfuerzo científico exclusivo de ésta materia, fue concebida y cimentada con el objeto de desarrollar los conceptos jurídicos fundamentales – o si se quiere más fundamentales- es decir, aquellas concepciones propias de la ciencia jurídica,

derecho las nociones primeras para acceder a los fundamentos científicos generales, mientras que la teoría general, pese a que hace alusión a un estudio sobre los mismos temas, debe decirse que es fruto de una reflexión de segundo grado.

² Ibíd. 9

cuya naturaleza presentan el ingrediente de la abstracción³. A esta categoría pertenecen, por ejemplo, las definiciones de “norma jurídica”, “relación jurídica”, “sujeto jurídico”, “consecuencia o sanción jurídica”, etcétera.

En ese orden de ideas, se pensó por algunos teóricos a mediados de S.XX – H. Kelsen, principalmente- que la teoría general del Derecho, por su connotación normativa y su exclusividad en el tratamiento de ésta materia científica, debía dotársele y añadirsele un componente evidentemente filosófico, con el objeto de poder excluir aquellas cosas, entidades o sucesos que no poseen inmerso el elemento jurídico; en otras palabras, se quiso -y así lo estipuló el autor alemán- realizar objetivamente, una teoría pura o incólume de otros saber ajenos a la ciencia del Derecho.

Sin más, la teoría pura del derecho, edificada principalmente por H. Kelsen y desarrollada por sus discípulos, fue el pilar fundamental de uno de los más grandes pensamientos lus-filosóficos caracterizados substancialmente por el positivismo jurídico⁴, que imperó en esa época y que, sigue mostrando aún en el S. XXI, una aplicación en la resolución de conflictos jurídicos, por quienes

³ Ver en este sentido, la obra de, E. B. Pašukanis., *Finalidad de la Teoría General del Derecho*, Trad. al castellano por Virgilio Zapatero, disponible en: <http://www.youkali.net/youkali13-EclasicoPasukanis.pdf>. Al respecto, se señala que estas categorías o concepciones jurídicamente abstractas, por su misma naturaleza, han sido construidas para ser utilizadas en todo el seno jurídico y normativo, en otras palabras, son igualmente utilizables en todas las ramas del derecho y su significación lógica y sistemática permanece invariable con independencia del contenido concreto al que sean aplicados.

⁴ Así, en recensión con ello, puede verse el trabajo de Fernando Velásquez V., “Hans Welzel: Una aproximación a su vida y a su obra”, *Revista IUSTA*, s/n (2007): 131 y ss. https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_32.pdf. Dicho autor, al hacer un análisis muy sintético del pensamiento jurídico y filosófico del jurista alemán, establece que éste se encontraba en total fricción con los enunciados del Derecho Positivo que englobaron a la teoría pura del derecho de H. Kelsen; *contrario sensu* afirma, que el positivismo está sujeto a limitaciones intrínsecas, por su rigidez y estrechez en la utilización de su método, con lo que ha destruido la razón, que era para Kant, la facultad de las ideas, haciendo de ella – simplemente- un entendimiento técnico e instrumental.

están llamados a la función judicial y a la administración de justicia de cada Estado.

Al calificársele a ésta construcción como teoría “pura”, entiende que la misma tiene por objeto única y esencialmente al derecho, discriminando todo acervo de conocimiento que sea naturalmente distinto a la ciencia jurídica. En un sentido más general, su connotación radica en eliminar de la ciencia del Derecho, todos esos aspectos que le son extraños⁵, como la política, la economía, la cultura, la sociología, etcétera.

Lo anterior, no debe entenderse en el sentido de que tales ciencias sociales o de la colectividad, no tendrán ningún orden *supra-jerárquico* que se encargue de normales y someterlas. Se pretende por tanto, en un primer momento de discriminarlas para el desarrollo en el científico del derecho, pero incluirlas – sólo- en el alcance normativo del mismo.

Tal como se dijo en párrafos anteriores, la teoría general del derecho, abordada y desarrollada desde el pensamiento jurídico positivista que discurre en la teoría pura del Derecho, tuvo a bien considerar el tópico referente al sujeto del Derecho dentro de la relación jurídica; claro, lo anterior, siempre con el componente de la abstracción de los conceptos jurídicos fundamentales.

En ese sentido, el concepto jurídico de persona o de sujeto del Derecho para la teoría pura del Derecho, estriba en detallar la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de Derechos subjetivos; lo que sería en otras palabras, la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos

⁵ Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, 4ª ed., (Argentina: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2009), 19. Respecto del pensamiento jurídico, el autor alemán genera una crítica muy agresiva en relación con el método utilizado, y concluye afirmando que hoy por hoy, no hay dominio de la ciencia del Derecho en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. Evidentemente, el resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos⁶. En adición con esto, se puede establecer que el concepto de persona al cual se remiten los positivistas, es un concepto elaborado exclusivamente por la ciencia del Derecho, utilizado esencialmente para lograr describir, desarrollar e interpretar su objeto de estudio.

Es obvio –pues- que lo que se ha señalado en líneas anteriores, circunda inexorablemente con el núcleo de la persona física-individual, sin ofrecer más detalles; obligando al interprete, a que su análisis referido a un tema de imputación sobre el comportamiento, esté sujeto y sometido exclusivamente a considerar que dicha concepción de persona debe ser vista desde un seno individual, donde únicamente se advierte, que el accionar de su liberalidad, va a abarcar el ámbito de competencia de su conducta, sin trascender a otras explicitaciones.

Lo trascendental sobre esto es que, la teoría general del Derecho, no obvió incorporar dentro de su desarrollo, a aquellas entidades, donde su accionar pende de la confluencia de una pluralidad conductual en un seno colectivo de individuos. Kelsen, optó por llamarle a éste tipo de personas como: jurídicas o morales⁷.

⁶ Ibíd. 102. Al respecto, Kelsen mencionaba, que la persona como concepto acuñado por la ciencia del Derecho, es el “soporte” de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Sigue agregando el referido autor, que se puede decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo; véase que sobre esto último, el jurista alemán hace una diferenciación taxativa entre la configuración de un ser individual y otro de naturaleza colectiva.

⁷ Ibíd. 103. Hans Kelsen señala, que al igual que la persona física, la persona jurídica, carece, pues, de existencia real, material o natural. Sobre esto, no debe entenderse que la persona jurídica es un superhombre, como tampoco cabe la idea, de que la persona física sea un hombre.

No obstante ello, respecto del contenido material de persona física y jurídica, vierte una conclusión por demás impetuosa, en tanto que aduce que ambas concepciones, son la personificación de un mismo orden jurídico, de tal modo que no puede desprenderse una diferencia esencial entre estos dos tipos de categorías o nociones científicas. Por su parte agrega que la persona física, es también una verdadera persona jurídica.

Aclarado lo anterior, que tanto persona física como jurídica, son –por demás- edificaciones germinadas en exclusiva por la ciencia del derecho, se vuelve imperioso –entonces- traer a colación la idea que en su momento tuvo a bien considerar H. Kelsen en su constructo de la teoría pura del derecho: “*La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis o supuesto esencial de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del Derecho*”⁸.

Tomando en consideración los anteriores razonamientos, es innegable el hecho, que tanto la noción de persona física como jurídica, están intrínsecamente dotados de un contenido normativo, es más, constituyen una categoría excesivamente normativa; pero pese a su escaso desarrollo científico –muy particularmente el referido a la persona jurídica- tal discurso jurídico diferenciador, ha generado tensiones muy álgidas en la doctrina. No obstante ello, es loable rescatar los esfuerzos que muchos lus-filósofos de la época plasmaron en sus producciones científicas, generando con ello que el

⁸ Ibíd. 104. Considera el autor, que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Por consiguiente, la persona jurídica se vuelve o se convierte en una especie de imputación o recriminación, en virtud de que, todos los actos o acciones de una persona jurídica, son esencialmente, actos cumplidos y ejecutados por individuos, pero imputados a un ente que carece de connotación real, pero que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total.

tema ahora, respecto de la construcción o determinación de categorías jurídicas, sino, de concreción y uniformidad sobre postulados que circundan, por un lado sobre la consideración de la persona jurídica como sujeto del derecho diferente al de la persona física, y por el otro, sobre la probable imputación de responsabilidad en su ámbito conductual o de liberalidad.

1.2. Teorías sobre la persona jurídica

1.2.1. La teoría de la ficción de Friedrich Karl Von Savigny

El tratamiento de la persona jurídica como sujeto del Derecho, comienza a cambiar fervientemente a partir de las elaboraciones dogmáticas de Savigny, en donde, a partir de ello, obtiene un carácter decisivo en el desarrollo futuro del mismo. Así, la teoría dominante de la persona jurídica, en la primera mitad del siglo XIX –*teoría de la ficción de F. K. V Savigny*- tiene sus orígenes en los primeros pasos de la edad media, substancialmente en los fundamentos dogmáticos del Derecho Romano y Canónico⁹.

La obra de V. Savigny, no es una mera confrontación romanista, respecto del Derecho natural de la personalidad colectiva de las personas morales, entiéndase por ello, la restauración del antiguo dogma romano y canónico; sino

⁹ Vid. Friedrich Karl Von Savigny, *System Des Heutigen Römischen Rechts*, Tomo II, (Alemania: Veil & Comp., 1840), Trad., al castellano por Jacinto Mesías y Manuel Poley, en *Sistema de Derecho Romano Actual*, 2ª Ed. (España: Editorial de Góngora, 2009), citado en: Silvina Bacigalupo Saggese, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, (España: Editorial Boch, 1998), 57. Sin embargo a pesar de tan remotos orígenes, su cuestionamiento no surge hasta el siglo XIX, en virtud de que, el problema jurídico-dogmático de la persona jurídica se trataba con anterioridad de forma muy distinta a como se empezó a plantear, a la luz del contenido de la teoría de la ficción, del referido Autor Alemán. *No obstante lo anterior*, y adelantándonos al discurso jurídico-penal, del cual se hablará en detalle en líneas posteriores, es conveniente traer a colación lo que V. Malblanc, J. F, en su escrito *opuscula ad ius criminale spectantia*, de 1793, concluyó respecto de este fenómeno; dicho autor consideraba, que no era posible –jurídicamente hablando- concebir tanto la capacidad delictiva de la persona jurídica, como también su capacidad de comprender la aplicación de la pena. Termina concluyendo, que la responsabilidad de la corporación, es en realidad una responsabilidad de sus miembros, más no de una persona distinta a sus creadores.

más bien, el intento de reorientar la teoría de las personas jurídicas a un punto de vista más amplio, que permita tomar nuevas decisiones particulares, en torno a este tema¹⁰.

En ese orden de ideas, Savigny reconocía en su época que el problema al que se veía enfrentada su postura, era el concerniente a la relación filosófica entre el Derecho y la persona. Este afirmaba que toda relación jurídica, importa la relación de una persona con otra. De ahí que, el componente de la misma – menciona el autor- se ve necesitada de un tratamiento más preciso, en armonía, claro, con la naturaleza de las personas, cuya relación mutua es capaz de establecer tal relación.

Con lo anterior, se trata entonces de responder ¿quién puede ser titular o sujeto de una relación jurídica? Dicho cuestionamiento nos remite a considerar obligatoriamente lo siguiente: “La posibilidad de ser titular de derechos, o sea, a la capacidad jurídica”¹¹. Es decir, el problema se comienza a vislumbrar – según el autor alemán- desde la perspectiva de quiénes son los sujetos de una relación jurídica o de quiénes tienen capacidad jurídica para generar una relación jurídica.

Silvina Bacigalupo, argumenta que con tales afirmaciones, Savigny planteó el problema que se suscita respecto de la concepción de la persona jurídica, a la luz de la teoría de la ficción, en cuya solución, habría de trabajar toda la

¹⁰ Véase, siempre, Silvina Bacigalupo Saggese, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 57. La autora menciona, que Savigny aportó la profundización teórica y filosófica necesaria para una teoría de la persona *ficta* que los canonistas y los Postglosadores habían elaborado o edificado de forma puramente práctica. Con anterioridad a Savigny, la contraposición de las personas físicas a las jurídicas, tenía lugar sin una profunda y por demás indiscutida reflexión que fuese más allá de una necesidad práctica.

¹¹ *Ibíd.* 58.

dogmática de ese momento, abarcando casi un siglo entero, sobre un pilar fundamental: quienes pueden ser *sujetos* del Derecho¹².

Con la materialización del siguiente principio: “todo Derecho existe por la libertad moral inherente a la persona individual”, Savigny dedujo que, el concepto originario de la persona o del sujeto de Derecho tiene que coincidir con el concepto del ser humano; y esa identidad originaria de ambos conceptos se puede expresar a la luz de la siguiente configuración: toda persona individual –y estrictamente sólo ella- tiene capacidad jurídica¹³.

Silvina Bacigalupo argumenta, que Savigny en su constructo científico, se auxilió de los fundamentos filosóficos de la doctrina kantiana y neokantiana, considerando –por tanto- dentro del aspecto referido a la *personalidad* un sentido ético-filosófico en el contenido dogmático de su obra; contrario sensu, Binder explicaba que para Kant, la *personalidad* era: “libertad e independencia del mecanismo de la naturaleza”.

Por su parte, Fichte aducía que la *personalidad* era solo la cualidad que tiene el espíritu de poder traspasar todo lo aprendido con la conciencia; mientras que Hegel, determinó que la teoría de la *personalidad* según Savigny, era la generalidad de la libre voluntad. Por estas razones decía Binder, que el Derecho –como ciencia- era para Kant la esencia de las condiciones bajo las

¹² Ibíd. La importancia del trabajo de Savigny, no sólo tiene que ver con el nuevo planteamiento de la cuestión, es decir, haber situado la discusión en el contenido dogmático-filosófico de la concepción del *sujeto*, sino también por su propio intento de hallar una solución al mismo. Así, Savigny sentó como punto de partida que: “*Todo Derecho existe por la libertad moral inherente a la persona individual*”.

¹³ Ibíd. 59 Es menester hacer notar, que la concepción de Savigny se apoya sobre los conceptos fundamentales de la filosofía kantiana y neokantiana, es decir, de la personalidad en un sentido ético-filosófico, sobre la que se fundamenta toda la filosofía del Derecho de aquella época. Sólo como recensión, Véase Rudolf Von Jhering, *El Espíritu de la Ley Romana Durante las Diversas Etapas de su Desarrollo*, Vol. III.2 (Alemania, 1865), 328. Éste autor consideraba que los orígenes de ésta teoría se basan solamente en la obra de Hegel.

cuales el arbitrio de uno puede ser medio con el arbitrio de otro según una ley general de libertad.

Desde ésta postura –agrega Binder- “*el hecho es una acción en la medida en que ésta se encuentra bajo las leyes de la obligación, en tanto el sujeto es contemplado en él mismo desde el punto de vista de la libertad de su arbitrio*”. Y “*persona es el sujeto cuyas acciones tiene capacidad para ser imputadas*”¹⁴.

Con lo anterior se pone de manifiesto de que el Derecho surge estrictamente de las relaciones de las personas con sus iguales. Es así, que de ésta manera define Savigny la esencia de la *relación jurídica* como un ámbito independiente de dominio de la voluntad individual. Por lo tanto, la esencia del ordenamiento jurídica, deberá estar orientada –siempre- a la conservación de la *personalidad* desde un punto ético-individualista, más no colectivo.

Silvina Bacigalupo al respecto considera, que el ejercicio de derechos no puede ser, de acuerdo con lo anterior, otra cosa que la puesta en marcha de dicha personalidad, es decir, de la voluntad individual en un sentido ético. Con esto, Savigny, deja por sentado el fundamento de la teoría elaborada sobre la voluntad y el negocio jurídico¹⁵.

A partir de lo antes vislumbrado, es claro que, la idea de Savigny estribó en considerar a la “persona jurídica” como un sujeto de Derecho ficticio que,

¹⁴ Ibíd. Al respecto sigue afirmando Binder, que la *personalidad moral*, por lo tanto, no es otra cosa que la libertad de un ser racional sometido a leyes morales; circunstancia de la que se deduce que una persona no está vinculada por otras leyes que las que ella misma (sola, o al menos, con otros) se da. Argumenta siempre el mismo autor alemán, que para Fichte el concepto del Derecho se basa en la conciencia y la relación jurídica sobre el concepto del individuo como presupuesto de la propia conciencia; situación que para Hegel, el Derecho es la realización de la libertad en sociedad.

¹⁵ Vid. Friedrich Karl Von Savigny, *System Des Heutigen Römischen Rechts*, 103. Sobre el particular, el autor alemán establecía, que la teoría de la voluntad parte de un presupuesto psicológico: la voluntad es, en realidad, la sustancia de la personalidad jurídica. De ello se deduce –entonces- que el Derecho Privado existe para poner en marcha, para conservar y para desarrollar esa personalidad jurídica.

aunque exprese por medio de sus representantes una voluntad que le es imputable como voluntad propia, no tiene una voluntad real en sentido ético, sino solo *ficto*: con ello, queda claro según el autor, que solo en el Derecho Civil, sería posible la representación sin voluntad propia; pero no en el Derecho Penal¹⁶.

En consonancia con lo anterior, se tiene que el Derecho Penal solo trata con personas que tienen la capacidad de pensar y decidir por sí solas, materializando una voluntad individual. La persona jurídica o ficticia, por tanto, no tiene esas cualidades y, por ello, debe quedar excluida del ámbito del Derecho Penal, al momento de realizar cualquier tipo de imputación, donde se vea reflejada una persona de ésta naturaleza.

Vista la persona jurídica como un sujeto *ficto* para el Derecho, se tiene una consecuencia lógica: el ser humano es el único sujeto del Derecho, por ser él, el único portador de esa personalidad ética. Así las cosas, la existencia de las personas jurídicas sólo puede ser explicada –según Savigny- en la medida en que la formula originaria del derecho, pueda sufrir dos eventuales modificaciones en el Derecho Positivo.

Que en un primer momento, este, es decir, el Derecho Positivo pueda negar, total o parcialmente la capacidad jurídica a algunas personas y, por otro, puede trasladar esa capacidad jurídica a entes diversos de la persona individual, y con ello abarcar a las concepciones colectivas de seres humanos, constituidos en personas jurídicas¹⁷.

¹⁶ *Ibíd.* 312

¹⁷ Vid. Silvana Bacigalupo Saggese, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 62. Actualmente, en países donde se ha aceptado este tipo de capacidad y responsabilidad de personas jurídicas, ha sido sobre la base de un Derecho positivo y vigente, que se aplica y surte efectos a la colectividad.

En ese orden de ideas, no cabe duda que todo lo que constituyó la obra de Savigny pone de manifiesto en éste telón, que los teóricos de dicha época no pudieron establecer un fundamento jurídico según el cual se pudiese afirmar si una persona jurídica tenía o no capacidad jurídica para actuar o en su caso para delinquir; por el contrario, centralizaron sus esfuerzos en explicar que el Derecho es la expresión de la personalidad ética como único fundamento teórico, de naturaleza individualista¹⁸.

1.2.2. La teoría de la personalidad de Von Gierke y su mínima germinación en el discurso jurídico-penal

Ésta teoría, también llamada: teoría real de la asociación o teoría orgánica como se la denomina en el sector mayoritario de la doctrina, surgió precisamente como oposición a la teoría impulsada por Savigny y a las demás que se desarrollaron en aquella época; contradiciendo fundamentalmente el punto de partida de aquellas construcciones que veían como único sujeto de Derecho posible, a aquel edificado en la persona éticamente responsable¹⁹.

Es especialmente a partir de la obra de Gierke, cuando surgen las nuevas concepciones en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas –en adelante RPPJ–, respectivamente. En su discurso de toma de posesión como rector de la Universidad de Berlín -1902-, presentó como tema

¹⁸Véase, sólo como crítica, la obra de Julius Binder, *Philosophie des Rechts*, (Alemania, 1925), 447-449, citado en Silvina Bacigalupo Saggese, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 62. Este autor decía, que el error substancial de la teoría de la ficción de Savigny consistió en confundir el sujeto psicológico con el sujeto ético, tomando como fundamento de la personalidad jurídica la individualidad psicológica. Es por ello, que ésta teoría desconoció que las comunidades organizadas son fenómenos característicos de la existencia social del hombre y, precisamente, por su realidad, también titulares de un valor propio, razón por la cual, el orden jurídico las ha investido de personalidad jurídica y las trata como un sujeto de Derecho, respectivamente.

¹⁹ Otto Von Gierke, *Das Wesen der menschlichen Verbände*, (Alemania: 1902), citado en Silvina Bacigalupo Saggese, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 65.

a discernir en tal evento, la construcción de *la teoría de personalidad jurídica real de la asociación*²⁰.

El contenido central de su obra estribó, en convencer a la doctrina mayoritaria de su tiempo, que tanto los individuos –responsabilidad ética-, así como las personas jurídicas –responsabilidad *ficta*- son una misma realidad social y por ende, presentan las mismas expresiones vitales, con idéntico significado; negando el presupuesto conceptual sobre el que se fundamenta la *teoría de la ficción*, trasladando con ello una especial significación al ámbito social, en lugar de la ética²¹.

Respecto de lo anterior, conviene ahora –entonces- traer a colación en el desarrollo de ésta temática, que la diferencia substancial existente entre la *teoría de la ficción* de Savigny y la *teoría organicista* de Gierke, la encontramos precisamente en que la primera, parte de un concepto *prejurídico* de sujeto; mientras que la segunda, centra su atención en los efectos sociales reconocidos por el Derecho y considera como sujeto a aquél que dichos efectos le son atribuidos.

No obstante lo anterior, se vuelve imperioso manifestar que Gierke no se aparta del todo de la idea del Sujeto que construyó Savigny²² con su obra, es por ello que pretende demostrar con sus argumentaciones, que las personas

²⁰ *Ibíd.* 66. Sobre este particular cabe mencionar, que Gierke centró su atención en la edificación de una nueva fundamentación dogmática que permitiría afirmar la responsabilidad penal de la persona jurídica, en contra de la doctrina dominante de aquella época; esto solo sería posible –dice el autor- tomando en consideración, no sólo la concepción sostenida por los romanistas de la coyuntura, sino también abarcando elementos que comportan el contenido de una vida social.

²¹ *Ibíd.*

²² *Ibíd.* 67. En toda su argumentación Gierke no rechaza la personalidad ética. Por el contrario, sólo un ente con voluntad puede ser sujeto de Derecho; por ello, las personas jurídicas solo pueden ser sujetos de Derecho, sólo si tienen capacidad de Voluntad. Por lo tanto –sigue manifestando el autor- el sujeto de derechos y obligaciones, tiene que ser reconocido por el Derecho objetivo como capaz para ello; entiendo por Capacidad, aquella que le permite al sujeto de Derecho, tener personalidad jurídica.

jurídicas también gozan de un seno corporal y de un elemento espiritual; es decir, que también son personas en el sentido de Savigny²³.

Bajo estos razonamientos, Gierke concluye que la persona jurídica tiene, al igual que las personas físicas, voluntad y que ésta también, al igual que en la persona física se expresa a través de órganos, lo cual según el referido autor, permite considerarlas como organismos superiores dotados de capacidad de voluntad²⁴.

Debido a la complejidad y al desarrollo que la teoría de Gierke obtuvo por la doctrina de su época, la misma generó que sus fundamentos y contenidos fueran retomados por la ciencia jurídico-penal, argumentando que bajo tales enunciados, es posible afirmar la existencia de una RPPJ; en razón de que, la *teoría de la personalidad real de la asociación*, permite considerar a las personas jurídicas tanto capaces de acción, como capaces de merecer un estado de culpabilidad.

Respecto de lo anterior, uno de los principales autores de corte alemana que se pronunciaron en total acuerdo con el contenido de la mencionada teoría, fue precisamente F. v. Liszt, quien ya desde la primera edición de su manual redactado en idioma alemán y traducido al español por otros científicos que desarrollaron su obra, manifestaba que era conveniente sostener la responsabilidad penal de la persona jurídica, argumentando que los presupuestos de la capacidad de acción de este tipo de personas no son

²³ *Ibíd.* Binder argumenta, que mientras la teoría de la ficción procede meramente desde un punto de vista denominativo, limitándose única y exclusivamente a denominar a la persona jurídica como una ficción; Gierke pretende establecer una diferencia descriptiva personificando a la persona jurídica, es decir, añadiéndole los ingredientes de la corporalidad y el alma, respectivamente.

²⁴ *Ibíd.* 68.

fundamentalmente diferentes de los del Derecho civil o de los del Derecho público²⁵.

No obstante ello, si analizamos con minuciosa objetividad crítica, v. Liszt definía la *acción* como cualquier movimiento corporal, es decir, el movimiento muscular puesto en marcha por un acto psíquico activado por la representación de su contenido. Entendiendo por representación del contenido a la manifestación de la acción a través de la idea de *conciencia*²⁶.

Aunado a lo anterior tampoco parece comprensible con la idea de persona jurídica el desarrollo de *la culpabilidad* que presenta v. Liszt en su teoría de la culpabilidad psicológica, ya que si bien es cierto, reduce el contenido de la misma a aspectos puramente psicológicos evitables, es decir, a elemento descriptivos que permiten un juicio de valores generales, objetivos e independiente de una valoración subjetiva del juez, se concibe la culpabilidad como una expresión del dolo y la culpa como formas de la culpabilidad²⁷.

²⁵ Frank Von Liszt, *Lehrbuch Des Deutschen Strafrechts*, (Alemania: 1881) 100-101, citado en Silvina Bacigalupo Saggese, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 70. El referido autor alemán, catalogado por la dogmática penal, como uno de los máximos exponentes del Sistema Causalista de finales del siglo XIX y principios del XX, determinaba dentro de sus argumentos, que quien puede concluir contratos, también puede concluir contratos ilícitos o incumplir los contratos con malicia previamente concluidos. En la vigésima tercera edición de su trabajo continuó sosteniendo fundamentalmente la misma línea de pensamiento, aunque matizando ciertos aspectos argumentando que la capacidad de acción del Derecho civil de una persona jurídica no es trasladable con las mismas características y los mismos presupuestos al ámbito del Derecho penal. En todo caso, es contundente en afirmar que la concepción acertada es la sostenida por Bartolus y recuperada esencialmente, gracias a la obra de Gierke.

²⁶ Ídem. 71. A partir de esta línea de pensamiento no se comprende, de qué manera v. Liszt hubiese podido compatibilizar esta idea de acción con la acción de la persona jurídica.

²⁷ *Ibíd.* Sin embargo lo importante de la concepción de la culpabilidad de este autor reside en poner de manifiesto que la culpabilidad jurídica nada tiene en común con la culpabilidad ética, ni mucho menos, con la religiosa. Es por ello que el concepto de culpabilidad como presupuesto de punibilidad se constituye de forma autónoma, lo que comienza a mostrar un cierto cambio en la concepción del sujeto de Derecho, al que se le reconoce ahora mayores capacidades que anteriormente.

Es claro que v. Liszt admite categóricamente la posibilidad de que una persona jurídica pueda cometer un hecho delictivo; pero esto no supone la aplicación automática de la idea de una pena. Evidentemente el análisis fundamental sobre el que v. Liszt basa la aplicabilidad de una sanción a la persona jurídica, estriba en razones de utilidad y de seguridad. En este sentido sugiere la instauración de un *sistema de doble vía*, introduciendo las medidas de seguridad permitiendo de esta manera la aplicación de dicha medida a sujetos no capaces de culpabilidad.

Con tal argumento la aplicabilidad de sanciones a la persona jurídica puede ser compatible con los conceptos más o menos clásicos de acción y de culpabilidad elaborados con miras al sujeto individual; con todo esto v. Liszt entiende que a la persona jurídica se le puede reconocer capacidad de acción, y por consiguiente se le reconoce también la capacidad o la aptitud legal para cometer un delito, pero al no poder afirmarse su capacidad de culpabilidad, en un sentido estrictamente psicológico desarrollado por la obra de Liszt, solo se le pueden aplicar medidas de seguridad²⁸.

Por su parte, conviene mencionar –también– que además de v. Liszt, otros autores como E. Hafter, se pronunciaron con total aceptación, respecto de la obra de v. Gierke, aunque –claro– con algunos matices. Así, Hafter expone dos condiciones que pueden abarcar al individuo; por un lado se presenta apareciendo en el mundo como un ser independiente; y por otro se presenta como miembro de una sociedad de personas²⁹.

²⁸ *Ibíd.* 72.

²⁹ Con especial referencia, véase la obra de Ernst Hafter, *Die Delikts- Und Straffähigkeit Der Personenverbände*, (Alemania: 1903), 43. Citado en Silvina Bacigalupo Saggese, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 73. Sobre el particular, el autor considera que si se extiende al máximo el concepto de asociación de personas, por consecuencia deberá entenderse por tal toda unión de dos o más personas independientemente de la finalidad que se proponga. El mismo autor considera que es un imperativo encontrar prima facie, la *esencia* natural de las asociaciones antes de estudiar las respuestas que el Derecho da a las mismas.

Según Hafter la persona jurídica es una configuración natural que encuentra su justificación a través de una *voluntad especial*, la cual constituye la prueba más contundente de que este ser realmente existe y que es algo más que una suma de individuos. Dicha voluntad está constituida por la suma de la organización puesto que es a través de ella, donde se encuentra el funcionamiento de la asociación y donde esta ejecuta su voluntad a través del tiempo³⁰.

Con la constatación de la teoría de la organización edificada por Hafter se trata de poner en alto relieve que los órganos de actuación de una asociación son los que expresan la voluntad de los individuos que la componen. Con esto Hafter afirma que cualquier persona que ostente una capacidad de voluntad y por lo tanto, con capacidad de acción, es estrictamente capaz de delinquir; reconociendo que tal capacidad la tiene -al igual que el hombre-, cualquier persona jurídica capaz de intervenir en la vida social, expresando su manifestaciones por medio de esta *voluntad especial*, que tiene lugar por medio de la organización de la voluntad de sus miembros³¹.

En iguales circunstancias, Hafter dentro de su trabajo científico, realiza un especial análisis referido a la determinación del sujeto del Derecho, y sobre esto sostiene que tal concepción se corresponde con la idea de la capacidad jurídica, argumentando que persona en el sentido del Derecho es todo

³⁰ *Ibíd.* 74-75. Al respecto Hafter mencionaba que es importante realizar un análisis diferenciador entre órgano y organismo por un lado y organización por otro. Los primeros conceptos subyacen desde ya, en las ciencias naturales, ya que determinan fenómenos corporales, mientras que la organización es un término acuñado por las ciencias sociales y se refiere a la creación de cuerpos similares a los órganos. Con este análisis el autor pone de manifiesto la diferencia entre individuo y asociación.

³¹ *Ibíd.* 76. Con el concepto de *órgano* y *organización* construido por Hafter, es atendible menciona este autor, que si se puede aceptar la capacidad de voluntad y de actuar de la asociación por medio de sus órganos; por lo tanto, no sería aventurado aceptar la capacidad delictiva de las mismas.

fenómeno al que el Derecho le otorga la capacidad para participar en la vida jurídica como sujeto, es decir, tanto el individuo como la persona jurídica³².

Con el anterior análisis, Hafter pretende determinar si es necesario considerar desde una óptica filosófico-jurídica, al sujeto del Derecho, para considerar la capacidad jurídica de una asociación como presupuesto inexcusable de la capacidad de delinquir y de sufrir una pena. Sobre esto último afirma, que respecto del Derecho penal, esto no es necesario, puesto que no es un imperativo comprender dentro del seno de una asociación su personalidad jurídica para considerar su capacidad de voluntad y su capacidad de acción³³.

El autor alemán –Hafter- concluye afirmando, que desde el punto de vista antes enunciado, el sujeto que realiza una acción delictiva, es más bien un *objeto* del Derecho, es decir, que no necesita ser un *sujeto* de Derecho en sentido técnico; en consecuencia, no resulta necesario para comprender la responsabilidad penal de la persona jurídica, que esta tenga capacidad jurídica como sujeto de Derecho, en razón de que el sujeto del delito no tiene necesariamente que ser un sujeto a la luz de la ciencia jurídica³⁴.

1.3. Análisis de la teoría de la persona jurídica a la luz del Derecho Civil

Actualmente, puede afirmarse que la persona jurídica, además de ser una creación del Derecho, puede verse como una respuesta a los nuevos retos de organización que trae consigo el desarrollo de la vida social, económica y

³² *Ibíd.*

³³ *Ibíd.* 77. Lo importante a tener en cuenta sobre este particular, es que toda asociación a través de su organización sea capaz de formar y expresar una *voluntad especial* independiente de la voluntad de sus miembros; sin que esto importe que dicha capacidad se encuentre reconocida expresamente de forma jurídica.

³⁴ *Ibíd.* Sobre este particular, Hafter en recensión con el trabajo de Gierke considera, que éste fue el principal objeto de críticas en la doctrina de aquella época respecto de su doctrina; puesto que éste –v. Gierke– desconoció al tratar de inmiscuir en el contenido de la Capacidad Jurídica, la idea del Sujeto del Derecho, como condición indispensable, para tener por acreditada, la capacidad delictiva de una asociación.

moderna. De lo antes expuesto debe tenerse claro, que al igual que las personas naturales, la persona jurídica es un sujeto de derechos y obligaciones, y cuando ésta actúa para conseguir sus fines propuestos, puede chocar con intereses distintos al propio, dando lugar a algún tipo de conflicto³⁵. No obstante lo anterior, tales puntos atinentes a la responsabilidad civil de la persona jurídica, serán detallados *infra*, en el desarrollo de ésta investigación.

En relación con lo antes enunciado, tal y como se ha tratado de poner en alto relieve en los tópicos hasta acá retomados, no cabe duda que en el mundo jurídico no sólo hay hombres, individuos, personas físicas; en otras palabras, no sólo existen intereses y fines individuales. También hay fines e intereses colectivos y para satisfacerlos, se necesitan de agrupaciones de individuos, sociedades, asociaciones o corporaciones, e incluso masas de bienes llamadas fundaciones, que surgen con vida y animo propio³⁶.

Así, el Derecho Civil a lo largo de su desarrollo histórico como disciplina compleja de la ciencia del Derecho, trató de concebir a la persona jurídica, como un ente abstracto constituido por un grupo de personas organizadas unitariamente para el logro de un fin común –v.gr. sociedad industrial,

³⁵ En este sentido, Cfr., Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, *Responsabilidad Civil de las Personas Jurídicas Por Actos de Sus Administradores o Dependientes*, disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/5c4c308046e11b089b429b44013c2be7/Responsabilidad+civil+de+las+personas+jur%C3%ADdicas+por+actos+de+sus+administradores+o+dependientes.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5c4c308046e11b089b429b44013c2be7>, (Consultado el 01 de diciembre de 2016). Al respecto los autores mencionan, que en el ámbito civil esto puede originar la imputación del ente moral de responsabilidad contractual o de responsabilidad extracontractual, según sea el caso.

³⁶ Jean Carbonier, *Droit Civil, Les personnes*, (Francia, 1990), 309 ; citado por, Antonio Vodanovic Haclicka, en *Manual de Derecho Civil: Parte Preliminar y General*, Tomo I, (Chile : 1998), 173. Argumenta el mencionado autor, que una nota peculiar de la persona jurídica es la asunción de la titularidad de un patrimonio que debe distinguirse netamente del patrimonio perteneciente a cada uno de los miembros que componen el grupo. Por esta razón los acreedores de uno de los individuos componentes de la persona jurídica no pueden hacer efectivos sus derechos sobre los bienes de ella.

corporación o un patrimonio afectado a un fin-, y al cual grupo o al cual patrimonio la ley le reconoce la calidad de sujeto de derechos³⁷.

El Derecho Civil, dentro de sus enunciados relativos a la configuración de una teoría de la persona jurídica, tuvo que auxiliarse de teorías o postulados que en aquella época –S.XVIII, en adelante- fueron de extrema utilidad para la resolución de conflictos y para el entendimiento de ésta figura o institución dogmática³⁸. Se habla acá, de la teoría de la ficción de v. Savigny, de la teoría organicista de V. Gierke; y por supuesto, de la teoría más aceptada en su tiempo –S. XIX-, edificada por H. Kelsen: teoría positivista o normativista del concepto de *persona* dentro de la teoría general del Derecho; de las cuales, ya se ha ocupado un espacio para tratar su contenido en particular, en temas *supra* indicados.

Conviene ahora por tanto, mencionar lo que Guillermo Borda, en su manual de Derecho Civil fundamentó como: la teoría de la institución de la persona jurídica. Sobre el particular, éste autor Argentino nos dice, que desde el

³⁷ *Ibíd.* En iguales sentidos, véase con especial referencia, Guillermo Antonio Borda, *Manual de Derecho Civil: Parte General*, 18ª ed., (Argentina: Editorial Perrot, 1996), 297. Este autor Argentino, refiere que la idea de lo que actualmente concebimos como persona jurídica, asoma recién a la época del imperio. Muy particularmente a las ciudades a las cuales se les privó de su independencia política, se les permitió, en cambio, continuar actuando en el campo del Derecho Privado. Tales entidades se encontraban sometidas al *jus singulorum*, obligadas a usar las formas del comercio jurídico y a comparecer ante los jueces conforme a las reglas del procedimiento civil de aquella época. De ésta manera se atribuyó por primera vez, capacidad jurídica a entes que no eran personas físicas. Con lo anterior, vuelve a quedar evidenciado, que el concepto de *persona*, estaba estrictamente reservado a los individuos con capacidad individual.

³⁸ Sobre este punto, es importante traer a colación lo que menciona Antonio Vodanovic Haklicka, *Manual de Derecho Civil: Parte Preliminar y General*, 174. La persona jurídica existe en cuanto es reconocida por el ordenamiento jurídico de que se trate. En algunos casos es necesario que ese reconocimiento sea explícito y otorgado en cada caso por una autoridad del Estado, el poder ejecutivo o el legislativo, como ocurre con las corporaciones y fundaciones de que trata el CC, o las leyes a fines, en un Estado determinado. Nótese con especial ahínco, que el autor señala que a tales entes, para gozar de capacidad y voluntad de adquirir derechos y contraer obligaciones, el Estado debe otorgarles tal calidad; en otras palabras, el reconocimiento es condición indispensable de su existencia.

momento en que sea el hombre, el Estado, una asociación, una fundación, es capaz, de acuerdo con el Derecho Objetivo, de adquirir derechos y contraer obligaciones, ese ente es *persona*, en el sentido jurídico de éste término, que equivale a Sujeto de Derecho³⁹.

Con este escamoteo lógico –dice el autor-, el hombre pasa a un segundo plano como sujeto de derechos y se destruye la noción de los derechos subjetivos. Es por ésta razón, que la teoría de la institución suministra una explicación satisfactoria, que permite abrazar las entidades morales o jurídicas, en un concepto unitario.

Así, el Estado, las sociedades, asociaciones, fundaciones, son instituciones. Como tales y por ser esa la única manera en que ellas pueden actuar eficazmente en el comercio jurídico, deben ser reconocidas como personas jurídicas por el derecho objetivo, siempre que sus actividades estén encaminadas en el sentido del bien común⁴⁰.

Aunque hay que resaltar, que la concepción que el Código Civil –en adelante CC– de El Salvador adopta, se aparta de manera contundente de la idea arriba indicada; puesto que al momento de su configuración, la misma obedecía a otras influencias que estaban marcadas por el Derecho Europeo de la época, misma que influenció la creación de diferentes cuerpos civiles normativos de

³⁹ Guillermo Antonio Borda, *Manual de Derecho Civil: Parte General*, 305. En consonancia con lo antes estipulado, nos refiere el autor, que este planteo lleva de la mano a la teoría que con lógica impecable ha desarrollado Kelsen. Porque si la persona está caracterizada por ser titular de derechos y obligaciones, es inevitable arribar a la conclusión de que, en verdad, lo que se designa como *persona* no es más que un haz de derechos y obligaciones nacidos del derecho objetivo o, en otras palabras, una unidad de una pluralidad de normas que estatuyen esos derechos y deberes.

⁴⁰ *Ibíd.* 306. Aunque pueda pensarse, argumenta el autor, que una cosa es la institución, el *abstractum*, y otra la persona jurídica que se le atribuye. Desde el punto de vista lógico, cabe la distinción; pero en el terreno de la realidad jurídica. Ello importaría tanto como disgregar la noción de *persona* de la de *hombre*.

dicha coyuntura, en el Derecho Latinoamericano. No obstante ello, estos aspectos se desarrollaran en líneas posteriores, con los tópicos pertinentes.

1.4. Orígenes y nociones generales de la responsabilidad de las personas jurídicas.

Como ha podido evidenciarse en los pasajes anteriores de este esfuerzo investigativo, el tema de la responsabilidad de la persona jurídica –*lato sensu* – generó demasiado dinamismo en las opiniones de los expertos en cada coyuntura o época en particular; en donde, casi en su totalidad, las aseveraciones que se hacían, circundaban sobre la idea de no permitir concebir al constructo de la persona jurídica como un sujeto responsable – desde la óptica jurídica- en aquellas contravenciones que se suscitaban en cada ordenamiento jurídico; pero, pese a que existió mucho debate sobre tal reflexión, la discusión no asumió un fin; tanto es así, que en aquellos momentos o periodos de poco esfuerzo científico, pudo observarse, la actividad consumada de alguna autoridad, en generarle un gravamen o privarle de ciertas facultades a entes colectivos, abstractos u organizados. Para el caso, se tiene lo que a continuación se desarrolla.

1.4.1. Algunas consideraciones doctrinales de la atribución de responsabilidad de las personas jurídicas en el devenir histórico

No es ignorado por la doctrina y mucho menos por la realidad misma que envuelve a estos temas, el hecho de que los entes colectivos o las personas jurídicas, a lo largo de los siglos han cometido toda clase de atropellos bajo el velo de la legalidad, o bajo la falsa premisa de que no pueden ser sujetos de una sanción, por no ser personas naturales o individuos en distintos sentidos⁴¹.

⁴¹ Yolanda M. Guerra García, “Breve Introducción al tema de: la responsabilidad en las personas jurídicas”, *Revista de Administración y Responsabilidad del Estado*, s/n, (2005): 134, <https://www.google.com.sv/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&>

Muy particularmente en Babilonia, China, Indochina, Corea, Japón e India; hubo legislaciones completas, como el Código del Manú, el Hammurabi, que consagraron claramente en su contenido, las responsabilidades de las personas o entes colectivos; incluso, las sanciones que se implementaban iban más allá de la responsabilidad civil a la penal⁴².

En China, la compilación de leyes hecha por Ta Tsing Leu Lee Kiag-Foo-see en 1647, extendía la responsabilidad de un criminal a todos los miembros de su familia, que en últimos eran quien debía pagar por los crímenes cometidos. Respecto de la Indochina, en Anam, una parte del imperio Asiático, con su capital Hue, se estableció claramente la responsabilidad criminal colectiva derivada de crímenes de rebelión –por mencionar-, en donde se ejecutaba a todos los miembros de la familia, amigos, parientes lejanos, vecinos, y otros de los participantes en dichas causas⁴³.

Respecto de la India, el Código de Manú estableció la comunicabilidad más allá de la coparticipación de los autores directos o indirectos. Estableciendo la responsabilidad criminal de incluso las personas que hacían la comida del infractor. Aquel que mintiera o que levantara falsos, debería ir al infierno en vida, presenciando la muerte de toda su familia y parientes⁴⁴.

ved=0ahUKEwiq8Ny5tdbQAhWGMSYKHTsIAb8QFggiMAE&url=https%3A%2F%2Fdiainet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F1706968.pdf&usq=AFQjCNFPYgIpG4625VMXHECulCD8V9mscg&sig2=NXf7ArlDBoBDTP0J-RHeHw&bvm=bv.139782543,d.eWE. Así, sobre el particular menciona ésta autora, que aunque las respuestas han ido mutando de manera constante, el criterio actual más aceptado, es el de considerar que estos entes colectivos, si son jurídicamente responsables y capaces de recibir castigos, por las autoridades que las requieran.

⁴² *Ibíd.* Sobre este punto es preciso resaltar, que el Código de Hammurabi instituía que si un ladrón escapaba de la cárcel, la víctima recibiría una compensación de Dios, la cual estaba representada, estrictamente para propósitos legales, por las ciudades y sus gobernantes, en donde el hecho hubiere ocurrido, quienes responderían a la víctima. Véase sólo como ilustración, *Hammurabi code article 23*, Trad., al español por, Alfonso Reyes Echandía, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1984.

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ *Ibíd.*

Por otra parte, es importante resaltar que –también– en Israel hay muchos ejemplos de responsabilidad de estos entes colectivos, por su naturaleza tribal o primitiva. Para Francesco Ferrara, en su obra teoría de las personas jurídicas, afirma que la solidaridad de la tribu, no conocía límites. Los servicios hechos a un solo miembro de la tribu, eran pagados por todos, y los crímenes, eran resarcidos de igual manera⁴⁵.

Es preciso traer a colación, que entre los años 975 y 1066, el Estado de Sajonia-Alemania, promulgó una ley según la cual, los habitantes de las aldeas, respondían entre sí ante la justicia, y que si el culpable quedaba impune, entonces el jefe de la misma respondía con los bienes del burgo, el pueblo, la aldea o la villa.

En la legislación imperial, se encontraba la ordenanza criminal de 1670, que en el título XXI, contemplaba todo el procedimiento y la manera de iniciar un proceso contra las comunidades de las ciudades, villas, aldeas, corporaciones y compañías⁴⁶.

En la Alemania Moderna, se contemplaba la *Gewerbeordnung*, o regulaciones de comercio de 1900, que establecía: “una corporación puede ser disuelta, cuando se haga culpable de acciones u omisiones contrarias a la ley, por lo que se ponga en peligro el bien público, o cuando persiga fines que no sean lícitos”⁴⁷.

⁴⁵ *Ibidem.*; también en iguales circunstancias, Cfr., Francesco Ferrara, *Teoría de las Personas Jurídicas*, Trad., del Italiano por, Eduardo Ovejero, (España: Editorial Reus, 1929), 126 y ss. Sobre este punto cabe mencionar, que en el libro del Génesis, también se conocen castigos a las personas colectivas. Como el que por causa de Adán y Eva se le dio a toda la humanidad, o el del diluvio universal o el de las ciudades de Sodoma y Gomorra por asuntos de corrupción.

⁴⁶ *Ibidem.*

⁴⁷ Es importante considerar también sobre este punto del desarrollo histórico europeo, en relación con el sistema sancionatorio de los entes colectivos, que el primer Código Penal de los Soviets, publicado en julio de 1922, imponía una serie de sanciones jurídico-penales, a las organizaciones con fines contrarrevolucionarios de sublevaciones armadas o de invasiones

Siempre en relación con el Derecho Continental Europeo, los franceses no se mostraron ajenos a éstos tópicos, tanto así, que F. Carrara determinó en su obra, que las nociones de delito colectivo y pena corporativa se encuentran en la práctica francesa desde tiempos inmemoriales. Por ejemplo, en 1931 se condena a la ciudad de Toulouse por el parlamento Parisino a la pérdida de sus derechos de cuerpo y comunidad, con confiscación de su patrimonio; y en 1379 la ciudad de Montpellier fue condenada a la pérdida de su Universidad, Consulado, Ayuntamiento y otros privilegios⁴⁸.

Como colofón, se vuelve imprescindible determinar en este apartado, que el flujo doctrinal de carácter histórico que dimana de ésta figura jurídica –persona jurídica *lato sensu*- es eminentemente amplísimo, lo que genera que cualquier teórico o estudioso sobre tal temática, advierta el hecho de que no es tan cierto que sólo los individuos o personas naturales pudieron ser sometidos a alguna sanción por contravenciones legales; esto se vislumbra, a raíz de que, de una u otra manera en algún momento histórico y en algún continente en particular se trató de edificar alguna herramienta que permitiera considerar algún insumo de responsabilidad o sanción de los entes colectivos, lo que significó un espacio de análisis científico que asintiera en alguna medida, la resolución de los problemas sociales que se suscitarán con aparición de estos sujetos organizados sistemáticamente.

en el territorio y la participación o la cooperación con éstas organizaciones. En iguales términos, es importante mencionar que el Código de 1927 de larga duración –pues rigió hasta 1960-, también sancionaba las organizaciones de bandas armadas [Vid. Art. 59], y la usurpación de funciones administrativas, judiciales u otras, de Derecho Público y de los derechos correspondientes a personas jurídicas, cometida por organizaciones religiosas o eclesiásticas, eran sancionadas con trabajos correccionales [Vid. Art. 125.] Véase *con especial referencia, la obra de Luis Jiménez de Asúa, Derecho Penal Soviético*, (Argentina: Editorial Tipográfica, 1947).

⁴⁸ Francesco Ferrara, *Teoría de las Personas Jurídicas*, 126 y ss.

1.4.2. Del derecho clásico a los glosadores

Silvina Bacigalupo señala, que la mayoría de ordenamientos jurídicos antiguos -incluyendo el Romano- desconocían, casi en su totalidad, la figura de la Persona Jurídica. No obstante lo anterior, en éste estado histórico se logra extraer ciertos vestigios, que de una u otra manera, dan a entender que con el desarrollo de la sociedad, las personas jurídicas, fueron adquiriendo matices diferentes. En una época o sector histórico -que se la ha dado por llamársele clásico- existían, un conjunto de personas, que tenían o gozaban en un determinado núcleo o margen, de más de algunos de los Derechos Subjetivos que iban surgiendo con los cambios sociales.

Se entendía –en relación con lo anterior- que la suma total de esos miembros, eran considerados como los titulares de esos derechos, sin que la desaparición o exclusión de uno de esos miembros, afectara la continuidad o existencia de esa corporación. Con lo anterior, queda claro que los Clásicos, iniciaron con otorgar el germen de la distinción que se suscitaba, entre los derechos y obligaciones de la corporación -*universitas*- y los de cada uno de sus miembros -*singuli*-⁴⁹.

En el digesto: 4, 3, 15, 1, trata *Ulpiano* la cuestión de si se puede ejercer la "*Actio de dolo malo*"⁵⁰ contra el municipio, cuando quien está como encargado

⁴⁹ Silvina Bacigalupo Saggese, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 42-43. En ésta obra, la autora pone de manifiesto las palabras de Domicio Ulpiano, quien en aquella época de poca fuerza jurídica y científica establecía lo siguiente: "*Si quid universitati debetur singulis non debetur, nec quod debet universitas singuli debent*", que traducido del latín al español, dicha máxima en lo medular nos obliga a considerar que, si no es así, lo que se debe a cada uno, se debe a todo el cuerpo, o incluso lo que debería ser el todo, cada uno debe ser. En otras palabras significa, que el acreedor del cuerpo cierto, no puede tampoco exigir de cada uno de los particulares de éste cuerpo, lo que el cuerpo le debe: no puede embargar, sino los efectos que pertenecen al cuerpo. Véase que Ulpiano en su momento, hizo una diferencia substancial, de quienes conforman al cuerpo y del cuerpo en general, como resultado de sus partícipes.

⁵⁰ Antonio Fernández de Buján, director, Gabriel Gerez Kraemer, Coord., España: Hacia un Derecho Administrativo y Fiscal Romano II (España: Editorial Dykinson, 2013) 166. Respecto

de percibir los impuestos, realiza fraudes a los miembros, enriqueciendo al mismo tiempo a la ciudad. En tal caso *Ulpiano* sostuvo la posibilidad del ejercicio de una acción contra el municipio, y, como resultado, los miembros de la comuna, debían devolver lo obtenido por medio de los perceptores de impuestos en favor de la ciudad.

Es prudente hacer mención acá, que si bien en éste período no se puede concluir con toda certeza que se reconociera la RPPJ –concepto que no se había desarrollado en ese lapso histórico– asimismo no se puede descartar –también– el hecho, de que quién realizase alguna acción delictiva, en donde la comunidad o el municipio apareciera como beneficiario, dicho sujeto o individuo podía responder, si se le encontraba culpable, bajo criterios de la *actio de dolo malo*⁵¹.

Como es lógico, la Sociedad como tal comienza a experimentar cambios y dentro del andamiaje que sigue la misma, en conjunción con su desarrollo político, cultural, jurídico, entre otros, ésta aparece acompañada de un sector al que el Derecho Romano –Justiniano- instituyó como: *los glosadores*. A partir de dicha mutación social –S. X aproximadamente- se comienza a desarrollar el imperativo mandato de considerar y edificar por parte de los Romanistas, las concepciones de la persona jurídica como tal, en relación con un sistema de responsabilidad.

de dicha acción, los autores mencionan que ésta puede dirigirse contra la colectividad (es decir *munícipes*), sin en su beneficio se produjese un enriquecimiento injusto y por los límites del mismo. Es conveniente resaltar al respecto, que la responsabilidad no se basa directamente en la actividad ilícita del administrador –como si se tratase de un órgano conforme a la teoría de la representación orgánica- si no en el enriquecimiento injusto que tiene su origen en la actuación dolosa del administrador público.

⁵¹ Silvina Bacigalupo Saggese, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 43.

Es precisamente al comienzo de la Edad Media, cuando se plantea la cuestión de la RPPJ. En ésta época –dice Silvina B.- la pena comienza a ser aplicada, por quienes ostentaban el poder como una reacción coactiva⁵².

En razón de lo anterior, la responsabilidad colectiva aparece dotada de una especial importancia respecto de la figura del emperador y las ciudades que se independizaban. No obstante los esfuerzos intentados, los *Glosadores*, en total armonía con el Derecho Romano de la época, no pudieron construir una teoría exacta que pudiera explicar de manera jurídica, lo referido a la persona jurídica en su seno de actuación legítima y contravencional, así como la frustración de la edificación de un sistema de responsabilidad. Y es que en palabras del Autor Alemán v. Gierke, los Juristas Romanos, no establecieron una teoría en sentido moderno, sino que se limitaron a formular algunos principios que pretendían expresar las funciones mecánicas de las corporaciones⁵³.

Es así, que los *Glosadores* en la Edad Media, pese a que su sistema se configuraba como una construcción por demás incompleta; se limitaron a reconocerle a la corporación *stricto sensu*, ciertos derechos y a admitir su capacidad delictiva, aduciendo, que si los mismos miembros de una entidad como la antes mencionada daban comienzo conjuntamente a una acción punible, ello daba lugar a un delito propio de dicha corporación; en otras

⁵² *Ibíd.* 44. Por primera vez, la pena es utilizada de forma consciente como un medio coercitivo para combatir ciertas acciones socialmente lesivas en interés de la comunidad jurídica organizada. Por otra parte, las corporaciones comienzan a tener una mayor importancia o relevancia respecto de su entidad, tanto así, que se vuelven titulares del poder político, así como de ciertas funciones económicas estatales.

⁵³ *Ibíd.* 45-46. Si bien los *Glosadores* no llegaron a asumir un concepto propio de persona jurídica, determinada como la suma de sus miembros, y a su vez, diferenciada como sujeto de Derecho de los derechos y obligaciones de sus miembros como individuos, no ignoraron la figura de la corporación, entendida ésta, como la unidad de miembros titulares de derechos. Por tales características, es que los *Glosadores*, se atrevieron a concluir, que tales corporaciones, podían ser capaces de realizar contravenciones a la ley, ya sea en el marco penal o trascender al campo de la penalidad.

palabras, aunque su sistema no fue suficiente para sostener estos elementos, los glosadores se atrevieron a considerar de manera clara, una responsabilidad legal –civil o penal- de las personas jurídicas.

1.4.3. La persona jurídica en los canonistas y los Postglosadores

En este momento histórico, la idea central versaba principalmente sobre la figura de la iglesia, cuyos derechos no pertenecían a la totalidad de sus fieles, sino a Dios. A partir de ésta concepción teórica, se puede afirmar, que con los canonistas, inició ese proceso escabroso de lograr construir un concepto técnico de persona jurídica⁵⁴.

De igual manera, obedece a éste momento histórico la construcción de una teoría específica respecto de la corporación eclesiástica, la cual era entendida como persona y convertida de ésta manera en sujeto de Derecho, distinguiendo del concepto jurídico de persona, del concepto real de la persona, como ser humano⁵⁵.

De ésta forma, se establece en cierta manera una teoría de la corporación, específicamente eclesiástica, que rompe o se extrapola con la concepción que se tiene de la persona como ser humano, dando así lugar al constructo de la persona jurídica.

Siguiendo la idea *supra* mencionada, Otto v. Gierke, establecía que las *universitas*, son en consecuencia algo distinto –jurídicamente hablando- de los

⁵⁴ Silvina Bacigalupo Saggese, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 47. Sobre el particular la autora manifiesta, que los canonistas aceptaron la construcción teórica-científica de la capacidad jurídica de las *universitas*, separada conceptualmente de la capacidad jurídica del *singuli*.

⁵⁵ *Ibíd.* 48. La referida autora, citando al profesor Binder J., establece que según el Derecho Eclesiástico no se podía afectar por medio de una persona impuesta a toda una corporación a aquellos que eran inocentes, por ejemplo, los niños. Solo aquellas personas, provistas de cuerpo, de voluntad y de conciencia, podían recibir los sacramentos.

singuli, que la componen; esto en virtud de que tal creación, es un ser incorporeal, que solo posee capacidad jurídica por medio de la ficción jurídica.

Lo que nos menciona Gierke en el párrafo anterior, es una formulación doctrinal aceptada y desarrollada por el canonista medieval Sinibaldo de Fieschi, que fue papa bajo el nombre de Inocencio IV, con la finalidad de sostener la imposibilidad de poder excomulgar a corporaciones enteras, dado que la *universitas* como ser sin alma, no podía ser excomulgada⁵⁶.

Si bien, la doctrina de Inocencio IV no fue aceptada por todos los de su tiempo, no es óbice pensar que la misma no haya recibido aprobación. Tanto así, que dicha construcción teórica –*universitas* como una persona *ficta*- se comenzó a plasmar en los decretales de los papas y se impone en el Concilio de Lyon en 1245.

En razón de lo anterior, se puede sostener con enorme claridad y objetividad, que los canonistas fueron los verdaderos padres espirituales de la concepción moderna de la corporación⁵⁷. A partir de acá, la persona jurídica parece tener su propia construcción teórica, es decir, la de ser considerada como una persona *ficta*; y ésta es la teoría que la acompañará, en la realidad hasta la actualidad⁵⁸.

Es importante mencionar, que tanto las *universitas* como sus miembros podían ser sometidos a un proceso penal, con la única peculiaridad que la corporación era representada, mientras que el individuo en cuestión no gozaba de tal

⁵⁶ *Ibíd.* Según S. Bacigalupo, Inocencio IV establecía que las *universitas*, no tenían capacidad de acción, ni capacidad delictiva y por lo mismo, dotó de contenido el aforismo romano: "*impossibile est, quod universitas delinquat*".

⁵⁷ *Ibíd.* 49. Sobre este aspecto, la autora señala que la teoría creada por los canonistas, también lleva en su seno, el origen del dogma *societas delinquere non potest*, que permitía excluir la posibilidad de una excomuniación de las corporaciones.

⁵⁸ *Ibíd.* Siempre la autora en su obra argumenta, que el punto de partida de los canonistas para fundamentar ésta teoría, tiene orígenes diversos, de los cuales retomó –como ya se ha mencionado– la teoría de F. Karl v. Savigny.

privilegio o situación procesal. Por lo demás, ambos estaban sometidos a las mismas reglas. De igual forma, las sanciones aceptadas por los canonistas para la corporación eran la pena pecuniaria o la limitación de algunos derechos de la corporación o algunos privilegios⁵⁹.

Como recensión a lo antes enunciado, se muestra en éste desarrollo histórico el contenido dogmático que desplegaron los *Postglosadores*. Sobre éste punto se puede afirmar, que la doctrina más influyente de la época es la desarrollada por Bartolus de Sassoferrato -1314-1357-, quien de manera categórica fundamentaba la capacidad delictiva de la *universitas* con una *fictio iuris*. Ahora bien, la limitación que imponía esta teoría, en contraposición con la de los canonistas, se centra en la idea, que las acciones punibles realizadas por aquellos órganos que actúan en representación a la corporación, no se le pueden imputar a ésta⁶⁰.

⁵⁹ *Ibíd.* 51. Al respecto se planteó una cuestión práctica de gran relevancia: “La posibilidad de excomunión de la iglesia”. Esto llevó a Inocencio IV a sostener de que la *universitas* como ser inanimado era incapaz de acción. La idea de la corporación como ficción se comienza a forjar aquí y, consecuentemente se podía sostener – también- que toda corporación carecía de capacidad para realizar actividades delictivas; con la salvedad, de que si la acción delictiva era realizada por alguno de los miembros, se podía admitir dicha responsabilidad de que iba dirigida –lógicamente- hacia la corporación. Por tanto, concluye la autora, que es en éste período donde surge la idea central de la teoría de la ficción. Cfr., más ampliamente Sobre la teoría de la ficción -además de las líneas anteriores- puede verse de nuevo a Silvina Bacigalupo Saggese, “*La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*”, en *Derecho Penal del Siglo XXI.*, Coords. Raúl Eugenio Zaffaroni y Marco Antonio Terragni, (Argentina, Editorial Jurídicas Cuyo, 2005), 480 y ss. En dicha obra se menciona, que desde una perspectiva individualista, Savigny, sostenía que las personas jurídicas, son personas sin capacidad de acción y, por lo tanto, solo se trata de una ficción creada por el Derecho para la obtención de determinados fines. Esa misma concepción es a partir de la cual se elaboran las categorías dogmáticas de la acción y de la culpabilidad y, por lo tanto, no pueden estar compuestas sino por elementos que ese sujeto contenga. Ello es consecuencia de la importancia que adquiere la ética en la discusión jurídica y la consideración del Sujeto como un ser éticamente responsable.

⁶⁰ De nuevo, Silvina Bacigalupo Saggese, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 52. Sobre este punto, la autora española refiere, que según la opinión de Bartolus en el caso de los *Delicta Propria* de las *universitas*, ésta es autor y sus miembros serían coautores o instigadores y en el caso de las *Delicta Impropria* de la *universitas*, esta sería coautora o instigadora, mientras que el autor sería su representante.

La equiparación de la persona jurídica a la persona física implicó, el traslado, en el marco mismo de la ficción, de todas las cualidades naturales de individuo a la universitas, lo que genera que se deduzcan las mismas consecuencias jurídicas para ambas.

Lo anterior demuestra, que las condiciones para determinar el sujeto de Derecho se encuentran siempre, implícitamente, determinadas por la persona individual. Sobre ésta base, los *Postglosadores*, toman de los canonistas, la idea de la persona *ficta*, pero sosteniendo a su vez, la capacidad delictiva de la misma, como aspecto innovador.

En suma, en la Edad Media, la idea de la responsabilidad penal, de las corporaciones, surge como una necesidad de la vida que se desarrolla en el Estado, así como aquella que enmarca la vida eclesiástica. Las corporaciones debían responder de aquellas acciones punibles –por ejemplo, la persecución de delitos- como *delicta propria*, la omisión de acusación [delitos de omisión] y de los delitos relacionados con las funciones jurídico-públicas o políticas del municipio. De los *delicta impropria* respondía las personas físicas respectivamente⁶¹.

1.4.4. La responsabilidad de las personas jurídicas a partir del Derecho Civil y el Derecho Administrativo Sancionador

Ha quedado claro en todo el desarrollo jurídico-científico referido a estos temas, que en cualquier Sistema Jurídico, toda forma de responsabilidad presupone un sujeto de imputación, puesto que ha de definirse quién ha de hacer frente con la consecuencia jurídica⁶².

⁶¹ *Ibíd.* 53.

⁶² Sobre el particular, Cfr., Laura Zúñiga Rodríguez, “La responsabilidad civil de la persona jurídica por delito (A propósito de la sentencia del caso Crousillat)”, *Congreso de la República*, s/n, (sin año): 5 y ss. https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_54.pdf. Al respecto, la autora entiende que la Responsabilidad Civil derivada del delito, es una

Así el escenario, ha de tenerse en consideración que en el ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas, ya sea civil, mercantil o administrativa, siempre nos vamos a encontrar con un tipo de responsabilidad de naturaleza vicarial -vicarius labillity- esto es, es un sujeto quien actúa y otro, la persona jurídica, quien responde⁶³.

Sobre este punto cabe mencionar muy atinadamente, que determinar el comportamiento y, más concretamente, el sujeto que compromete en su responsabilidad a la persona jurídica ha sido resuelto en el ámbito civil con la *teoría de la representación*: la actuación del representante compromete a la persona jurídica⁶⁴.

obligación de carácter civil, con finalidades distintas a las penales, de índole reparadora, que se rige por la reglas del Derecho Civil, en el cual, el Ordenamiento Jurídico respectivo, no quiere dejar de resarcir la consecuencia perjudicante generada por la contravención en la que ha incurrido un ente colectivo.

⁶³ Sobre este aspecto, Véase con más amplitud a Laura Zúñiga Rodríguez, *Bases Para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*, 2ª Ed. (España: Editorial Aranzadi, 2003), 82-89.

⁶⁴ Solo como excurso, respecto de la manera de distribuir y trasladar responsabilidades entre uno y otro escalón de intervinientes, véase Código Civil, (El Salvador: New York Imprenta Eduardo O. Jenkins, 1860), arts. 1382 al 1394. En donde puntualmente se establece la facultad de la que dispone el deudor solidario –*responsabilidad solidaria de los codeudores*– que ha pagado o ha extinguido la deuda, respecto de los demás sujetos pasivos de la obligación, configurándose en ello el pago por subrogación que le nace a este último, respecto de la parte o cuota que les correspondería a los demás deudores con relación a la deuda principal; *de igual forma véase*, Sala de lo Civil, *Sentencia Definitiva, Referencia: 83-AP-07* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2008), donde literalmente el máximo Tribunal de Justicia en materia Civil del Estado de El Salvador dispuso, que la *responsabilidad subsidiaria* se basa en cierto nexo que existe, o que la ley presume existente, entre los obligados en primer término y los que deben suplir la falta de recursos de éstos, dentro de sus medios patrimoniales; por el contrario, la responsabilidad será directa cuando se trate de daños y perjuicios ocasionados, sin culpa o negligencia graves, por los órganos, autoridades o funcionarios en el ejercicio de sus respectivas atribuciones o en el cumplimiento de las obligaciones o servicios encomendados. Así entonces, nos sigue diciendo la Sala de lo Civil, que por responsabilidad subsidiaria debemos entender, la escalonada, de modo tal que, la insolvencia o incumplimiento de una persona o de una clase de responsables, determina la posibilidad de dirigirse contra otra, a fin de exigir la responsabilidad de carácter civil que no ha resultado factible satisfacer, en todo o en parte, por los principales obligados.

Las diversas fórmulas que se han suscitado en el Derecho Comparado⁶⁵ respecto de ésta institución –teoría de la representación- poseen en común el reconocimiento de la actuación de un sujeto que compromete con su comportamiento a la persona jurídica. Dicho ámbito de sujetos, que en sus primeras regulaciones era un sujeto formal -el representante legal-, ha ido ampliándose a sujetos materiales, esto es, personas que, aunque no posean un reconocimiento jurídico para representar a la persona jurídica, actúan materialmente comprometiéndola y actuando en su beneficio. Es lo que en doctrina se denomina: *el representante de hecho*⁶⁶.

Debe entenderse entonces, que el representante de hecho, es la persona que, sin tener autorización ni representación formal de la persona jurídica, actúa de facto en su nombre, comprometiéndole en su actuación a hacer o no hacer, dar o no dar una obligación, y además, actúa en interés o en beneficio de la persona jurídica⁶⁷.

En ese orden de ideas, la afirmación de la responsabilidad civil en el seno de la persona jurídica por contravenciones al orden legal respectivo a través de sus directivos, se fundamenta, además, en un principio de justicia material de

⁶⁵ V.gr. El Artículo 27 del CP del Perú; el Artículo 31 del CP de España, y el Artículo 14 del CP Alemán; cuerpos normativos, que en lo medular regulan –aunque solo sea en el mundo legislado– el actuar en lugar de otro, como manifestación moderna de la teoría clásica de la representación Legal y en su caso, de la representación de hecho o fáctica.

⁶⁶ Sobre el particular, puede verse a Percy García Caveró, *La Responsabilidad Penal del Administrador de Hecho de la Empresa: Criterios de Imputación.*, (España: Editorial J.M. Bosch, 1999), 173 y ss.

⁶⁷ Véase siempre, Laura Zúñiga Rodríguez, *La responsabilidad civil de la persona jurídica por delito (A propósito de la sentencia del caso Crousillat)*. Sobre ésta línea de pensamiento, la autora manifiesta que dicha figura no actúa bajo instrucciones precisas de un mandato de tipo formal, ni autorización expresa, sino que se trata de cualquier persona que tenga poder de decisión o poder de actuación dentro de la empresa, capaz de obligarla.

Derecho Civil, que proviene del Derecho Romano: quien se beneficia de una actividad responde también por los daños que ella cause⁶⁸.

Últimamente, en la doctrina pujante e influyente del nuevo siglo, se ha querido mutar la idea de trasladar el ámbito de responsabilidad o imputación de la persona jurídica, al contenido que procede de la *teoría del riesgo*, importada de Alemania, teniendo en consideración el análisis subjetivo, de quién o quiénes deben responder frente a los daños causados. Ivan Meini Méndez, respecto de ésta teoría ha explicado lo siguiente: “quien se organiza para realizar una determinada actividad económica -y, en general cualquier actividad- en cuya virtud despliega cursos causales de riesgo, así como hace suyos los beneficios que se obtienen por la explotación de la referida actividad, debe hacer suyos también los perjuicios”⁶⁹.

No es prudente en éstas líneas, por razones lógica-investigativas, entrar a valorar toda la configuración de un sistema de responsabilidad e imputación civil de la persona jurídica a la luz de las nuevas tendencias del Derecho Civil, en razón de que el objeto formal de dicha investigación no se centra de manera categórica en establecer tales contenidos; no obstante ello, debe quedar claro que la reparación civil en el seno de una persona jurídica –o en el seno empresarial- siempre tendrá como finalidad, una actividad reparativa o

⁶⁸ Con relación a este aspecto, es importante tomar en cuenta, lo que el CC del Estado de El Salvador, determina a partir del Artículo 2037 al 2045, en donde en forma concreta el legislador salvadoreño estableció la *Agencia Oficiosa o Gestión de Negocios Ajenos*, o solo llamada Gestión de Negocios, que en términos generales no es más, que aquel cuasicontrato, en donde se compromete la actuación que realiza un administrador de hecho respecto de los negocios de otras personas; en otras palabras, esto quiere decir que esta especie de representante de hecho, responderá de manera personal, cuando de su actuación se obtuviere un perjuicio para un tercero o para el negocio ajeno que estaba administrando, y no solo responderá del dolo o de la culpa grave, sino también, hasta de la culpa leve.

⁶⁹ Ivan Meini Méndez, *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, (España: Editorial Tirant lo Blanch, 2003), 313.

resarcitoria⁷⁰, por haber existido un hecho generador en el quebrantamiento de las normas legales pertinentes en el sistema legal que se suscite.

Aunado a lo antes estipulado, debe tenerse en consideración también que el Ordenamiento Jurídico Salvadoreño, y muy particularmente en el CC⁷¹, se logra percibir una fuerte influencia de la teoría clásica de la representación, a tal grado que, en el art. 41 parte final, se detalla que son representantes legales de las personas jurídicas, las designadas en el art. 546; y sobre esto último, dicha disposición legal determina: “las corporaciones son representadas por las personas a quienes la ley o las ordenanzas respectivas, han conferido este carácter, o por aquellas a quienes la corporación confiera poder legal por falta o impedimento de dichas personas, o porque lo juzgare conveniente, según los casos y circunstancias”.

Siguiendo con la idea anterior, el mismo cuerpo normativo –CC-, en el art. 547, estatuye que los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación; en cuanto excedan de estos límites, sólo obligan personalmente al representante⁷².

⁷⁰ Ya sea que esta reparación provenga por una connotación legal, contractual o extracontractual; la cual a su vez, puede ser objetiva o subjetiva. Sobre estos temas, Cfr., Arturo Alessandri Rodríguez, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil*, (Chile: Imprenta Universal, 1981) 10. Al respecto considera, que la responsabilidad jurídica de los entes morales o colectivos en sentido general, es aquella que proviene de un hecho o una omisión que causa daño a otro –ya sea en su esfera personal o en su propiedad- o que la ley pena por ser contrario al orden social.

⁷¹ Código Civil, (El Salvador: New York Imprenta Eduardo O. Jenkins, 1860), arts. 41 parte final y 546.

⁷² De nuevo, Código Civil de El Salvador, art. 547. Sobre éste aspecto, es importante destacar, que ésta norma, se concibe como una aplicación directa del principio general de que los órganos de una persona jurídica sólo obligan a ésta en la medida que actúen dentro del marco de sus atribuciones. Lo anterior, debe tenerse –también- en estricta relación con lo que prescribe el art. 260 del Código de Comercio de El Salvador: “La representación judicial y extrajudicial y el uso de la firma social corresponden al Director Único o al Presidente de la junta directiva, en su caso. El pacto social puede confiar estas atribuciones a cualquiera de los directores que determine o a un gerente nombrado por la junta directiva.

A la luz de lo antes detallado y haciendo un análisis de tipo doctrinal en cotejo con las consideraciones legales enunciadas, y esto en estricta relación con la coyuntura que nos aqueja en éste siglo, el legislador salvadoreño, deja por sentado que, al considerar a las corporaciones como personas jurídicas – entidades de naturaleza *ficta*- prevé el hecho de que las mismas para cumplir con su finalidad u objetivos, deben ser representadas legalmente por quien se designe en los estatutos o en la ley que las crea para tal efecto; quienes además la representaran judicial y extrajudicialmente.

Lo que hay que tener en cuenta es que, si el representante legal se extralimita en sus funciones o en la taxatividad de su mandato, éste responderá de manera personal respecto de todo aquello que haya sido realizado en perjuicio de los intereses de la persona jurídica, llámese corporación; esto quiere decir, desde otra óptica, que si la actividad del representante, no se aleja de las facultades otorgadas para la realización de su cargo, y no obstante ello la persona jurídica trasgrede el orden legal, ésta deberá responder civilmente, respecto de los perjuicios que haya causado el accionar decisivo que envuelve a dicho representante; porque queda claro, que la motivabilidad y la voluntad de la persona jurídica, son en efecto, las decisiones del representante.

Por otro lado, y muy esencialmente en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador –como manifestación de la facultad castigadora o represiva del Estado- a las personas jurídicas –v.gr., sociedades, fundaciones, asociaciones, empresas– se las ha venido sancionado muy severamente, sin

La representación Judicial de la sociedad también podrá recaer en aquella persona que nombre el Director Único o la junta directiva, en su caso, debiendo conferirse a persona con facultades de ejercer la procuración y por igual período del órgano que lo nombre. Esta representación no tendrá más límites que los consignados en la credencial respectiva, y el nombramiento correspondiente deberá inscribirse en el Registro de Comercio para que surta efectos frente a terceros. [Nótese, que la teoría de la representación en el órgano de control de una persona jurídica, presenta mucha aplicabilidad en el ordenamiento jurídico salvadoreño]. Cfr. Código de Comercio de El Salvador, (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1970).

ningún problema, ya que se considera que son capaces de realizar infracciones administrativas puesto que pueden violar de forma culpable las normas que disciplinan su comportamiento⁷³⁷⁴.

Siempre en ese orden de ideas, es admisible que en el Derecho administrativo sancionador, se conciba plenamente una responsabilidad directa de las personas jurídicas, tanto así, que este dato se considera como un principio generalmente admitido legal y jurisprudencialmente⁷⁵. Sobre éstas líneas,

⁷³ Sobre este argumento, puede consultarse de forma amplia la investigación realizada por José Miguel Zugaldía Espinar, "Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español", artículo de revista del *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*, s/n (2010): 1 y ss. http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292343731167?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D Ponencia_de_Jose_Miguel_Zugaldia_Espinar.PDF. Debe tenerse en cuenta, que no obstante el Derecho Administrativo en su desarrollo dogmático se ha mostrado afable respecto de la capacidad infractora de las personas jurídicas; eso no es óbice para pensar que al respecto no han existido críticas contundentes al tema; las cuales, dicho sea de paso, han circundado fervientemente en la consideración que se hace de tales entes como sujetos merecedores del estadió de la culpabilidad, así como de que los mismos sean capaces de recibir dogmáticamente y normativamente una sanción. Estas críticas se han germinado de ésta manera, por la fuerte influencia que ha propiciado el Derecho Penal Clásico de medio siglo, respecto de los principios que le ofrecen y que le inspiran al mismo Derecho Administrativo Sancionador.

⁷⁴ Al respecto cabe agregar, que a las personas jurídicas, cuando se les examina con los contenidos de ésta disciplina jurídica –administrativa sancionadora- se les reconoce capacidad para realizar cualquier tipo de acción: para abrir centros sanitarios (y para hacerlo clandestinamente), para ejecutar obras (y para hacerlo en zonas no urbanizables), para recoger datos personales (y para hacerlo de manera engañosa), etc. [A]demás, desde el punto de vista del Derecho Administrativo Sancionador, se reconoce que las personas jurídicas son capaces de realizar esos actos ilícitos de forma culpable. Véase sólo como aspectos de Derecho Comparado, la Sentencia del Tribunal Constitucional Español número 246 del 19 de diciembre de 1991, en la cual se afirma que "la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad, que rige también en materia de infracciones administrativas, ya que las personas jurídicas –aunque de forma distinta a las personas físicas- son capaces de reprochabilidad o capacidad de infringir las normas a las que están sometidas", en el amplio margen de actuación de la actividad sancionadora del Estado.

⁷⁵ Con amplitud, consúltese, Miguel Bajo Fernández y Silvina Bacigalupo Saggese, *Derecho Penal Económico* (España: Editorial Ceura, 2010), 81 y ss. En éste sentido mencionan los autores, es importante destacar, que ni la doctrina, ni jurisprudencia, y mucho menos la legislación administrativa han encontrado inconvenientes en sancionar de forma administrativa a las personas jurídicas. Por otra parte –agregan- la responsabilidad por infracciones administrativas realizadas por las personas jurídicas se admite de forma indiscutida en todos los ordenamientos europeos y de América Latina. En verdad, los problemas de imputación no

cabe señalar que las disposiciones sancionadoras administrativas resultan perfectamente aplicables a las personas jurídicas; las cuales pueden sufrir las sanciones que se establecen en este ámbito, tanto las de tipo pecuniario como las que inciden en anteriores actos administrativos favorables -revocación o suspensión de autorizaciones u otros títulos habilitantes, cierre de establecimientos⁷⁶, prohibición de ejercer determinadas actividades, etcétera- y en las leyes más recientes se aprecia la tendencia a mencionarlas expresamente como posibles sujetos infractores, diferentes a la actividad que desencadena una persona individual o persona física, vista como un simple contribuyente del fisco⁷⁷.

No genera duda –al menos– en temas académicos, la connotación que despliega la actividad sancionadora del Estado, en el seno de un ente colectivo o persona jurídica; lo anterior resulta así, porque dogmáticamente la determinación de la sanción –independientemente de la naturaleza de que se trate- es impuesta a una cosa ficta, pero que normativamente, se colige su existencia, no sólo porque un registro público lo determine; sino, por los efectos y consecuencias jurídicas que genera en el ámbito social. Aunado a ello, la sanción que el *ius puniendi* pretende imponer, evidentemente no recae

difieren en absoluto. En todo caso, en el ámbito del derecho sancionador —es decir, del *ius puniendi* del Estado— rigen los mismos principios rectores tanto para el Derecho penal como para el Derecho administrativo sancionador: principio de legalidad y principio de culpabilidad, y todas las consecuencias jurídicas que los mismos despliegan.

⁷⁶ Con relación a este punto, véase Código Tributario de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2001), artículo 257. Donde categóricamente se establece la sanción de cierre temporal de establecimiento, empresas, locales, negocios y oficinas, cuya judicialización deberá presentarse ante los Juzgados de lo Civil y Mercantil a petición del Fiscal General de la Republica, quien formulará la solicitud de cierre sobre la base de un procedimiento especial, en donde al administrado se le respetarán las garantías mínimas del debido proceso en la tramitación de este tipo de diligencias especiales, pues así lo ha determinado ya la Sala de lo Civil de la CSJ en los precedentes jurisprudenciales, 130-CAC-2009 y 152- CAC-2009, respectivamente.

⁷⁷ Véase, con más detalle y amplitud, la investigación de Blanca Lozano, “La Responsabilidad de la Persona Jurídica en el Ámbito Administrativo Sancionador (A propósito de la STC 246/1991, del 19 de diciembre)”, *Revista de Administración Pública*, n.129 (1992): 213. <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/17148.pdf>.

en los miembros que la componen –con independencia de que la misma necesitó de individuos y órganos de funcionamiento para su accionar- sino, en su patrimonio, giro, establecimiento o fin social.

1.5. La persona jurídica en el Derecho Penal. Aspectos Introdutorios a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas

Debe quedar claro en éste punto en particular, porque dicho sea de paso, sirve de base substancial para el abordaje, análisis y entendimiento del posterior desarrollo que se hará de dicha temática, que los argumentos *tradicionales* utilizados para negar la RPPJ, siempre han encontrado su fundamento en la incompatibilidad de la persona jurídica con las categorías dogmáticas de la acción y la culpabilidad, así como con la función y la esencia misma de la pena; esto en razón de que, como se verá en líneas *infra*, tales estadios, niveles o categorías científicas, fueron edificadas –quizá por error o displicencia científica o por gusto propio- para la esencia misma del ser humano, entendido éste, como persona física o individuo⁷⁸.

⁷⁸ De nuevo, Silvana Bacigalupo Saggese y Jesús Lizcano Álvarez, *Responsabilidad Penal y Administrativa de las Personas Jurídicas en Delitos Relacionados con la Corrupción*, (España: Editorial Cyan, 2013), 41 y ss. Sobre ésta línea de pensamiento, los autores afirman que las dificultades jurídicas de aceptar –dogmáticamente– la RPPJ se encuentran vinculadas –también– a cuestiones que conciernen al problema del sujeto y de la norma jurídica. Debe advertirse además, que lo que se ha tratado de resaltar con ello, es el contenido que nos ofreció, en su momento, el desarrollo científico del cual gozó el Derecho penal tradicional, que *in limine* puede decirse, no admite – y aún lo sigue sosteniendo- la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas; basándose en la máxima *societas delinquere non potest*. Sobre esto último véase, de nuevo Miguel Bajo Fernández, *Derecho Penal Económico: Aplicado a la Actividad Empresarial*, (España: Editorial Civitas, 1978) 109 y ss.; el mismo, *De Nuevo Sobre la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*, (España: Anuario de Derecho Penal de Ciencias Penales –ADPCP- 1981), 371 y ss. En consonancia con la línea de pensamiento antes dilucidada, éste autor sostiene, que la ineficacia de las sanciones previstas en un determinado Derecho positivo para las personas jurídicas, es una cuestión político criminal que no se resuelve con una modificación de las teorías de la acción, de la culpabilidad o de la pena para admitir teórica o dogmáticamente la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, en un determinado momento de crecimiento científico sobre tal temática.

Sin embargo, la idea de sujeto del Derecho [penal], que ha sido el punto de referencia de las categorías dogmáticas de la acción y la culpabilidad antes mencionadas, no es capaz de resolver el problema planteado en la actualidad por numerosas conductas colectivas, cuya realización es percibida en la sociedad actual como comportamientos que requieren la aplicación de penas criminales, como son las conductas punibles cometidas por o a partir de personas jurídicas⁷⁹.

Lo anterior es así, puesto que en la actualidad el tema de la responsabilidad penal de los entes colectivos, se encuentra relacionado, fundamentalmente, al ámbito de los delitos económicos – protección de bienes jurídicos colectivos-, es decir, a todas las acciones punibles y a las infracciones administrativas que se cometen en el marco de la participación de una persona jurídica en la vida económica y en el tráfico jurídico. En este contexto, resulta de especial importancia –entonces- la criminalidad de empresa, como suma de todos los delitos que se cometen a partir de una empresa o a través de entidades colectivas⁸⁰, y de por supuesto, la cimentación de un nuevo sistema de imputación, no ya a nivel individual o articular, sino, de naturaleza colectiva, a la luz de Sujetos diferentes en el tratamiento de la punibilidad⁸¹.

Es necesario establecer, que aunque se trate de mantener una idea muy tradicional del contenido del Sujeto del Derecho –y en particular, de la Ciencia Penal-, tales posturas han tenido que mutar o cambiar por fuerzas coyunturales, no sólo en el devenir cultural, sino, en lo atinente al substrato

⁷⁹ Silvina Bacigalupo Saggese y Jesús Lizcano Álvarez, *Responsabilidad Penal y Administrativa de las Personas Jurídicas en Delitos Relacionados con la Corrupción*, 43.

⁸⁰ Bernd Schünemann, *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*, (Alemania: Editorial Wistra, 1982), 529 y ss.

⁸¹ De nuevo, Silvina Bacigalupo Saggese y Jesús Lizcano Álvarez, *Responsabilidad Penal y Administrativa de las Personas Jurídicas en Delitos Relacionados con la Corrupción*, 41. Sobre esta línea, cabe advertir, que el *individuo* como sujeto del Derecho penal ha marcado los conceptos dogmáticos de la teoría del delito y, en consecuencia, un concepto de acción y de culpabilidad elaborados única y exclusivamente a partir de las capacidades del mismo.

social, económico, político y esencialmente en el jurídico; puesto que, la doctrina o dogmática penal ha sido muy pujante respecto de éste tema en particular, en el sentido de que, al existir un nuevo modelo o catálogo fuertemente moderno de delitos, requiere por tanto que exista una reevaluación de las categorías dogmáticas tradicionales que conforman la teoría del delito, y muy esencialmente, de los sujetos a los cuáles se determina la aplicación de dichas categorías.

Sobre éste punto, cabe mencionar, que el escenario como tal ha cambiado rotundamente desde mediados de los años 90's, principalmente en la forma de concebir la noción de sujeto y como consecuencia de ello, también los Convenios internacionales y europeos han ido reclamando cada vez más la incorporación de la RPPJ.

En este sentido, en razón de tal influencia y necesidad de protección legal en el sistema normativo de cada Estado, la mayoría de legislaciones europeas -a las que de forma simultánea se han ido adhiriendo las legislaciones latinoamericanas- han incorporado a las personas jurídicas como sujetos criminalmente responsables, algunos pocos mantienen exclusivamente una responsabilidad administrativa; pero más allá de dicha situación, lo que resulta importante destacar, es el dato consistente en la incorporación de éste tipo de responsabilidad -a éstos entes- en los ordenamientos jurídicos que se adhieren a los postulados que emanan del Derecho Internacional⁸².

⁸² *Ibíd.* 44. Los autores refieren, que en lo que respecta al Derecho Penal Europeo, se puede mencionar, que en la actualidad se presentan de manera evidente dos modelos de responsabilidad de las personas jurídicas: por un lado, legislaciones que solo contemplan un modelo de responsabilidad por infracciones administrativas de las personas jurídicas (Alemania, Italia, entre los más significativos) y, por otro —en verdad ya la mayoría—, legislaciones que han ido introduciendo desde comienzos de los años 90 un modelo de responsabilidad penal directa de las persona jurídicas. Ahora bien, resulta importante también considerar la postura que el Derecho Penal Latinoamericano ha generado frente tal debate; para el caso se tiene, que en Latinoamérica la evolución de la discusión y la legislación es similar e incluso paralela a la evolución en Europa. De forma mayoritaria rige aún la máxima

Ahora bien, como punto conclusivo respecto de éste tópico, conviene citar lo que muy inteligentemente y de forma atinada mencionó M. Bajó Fernández, respecto de las consideraciones antes realizadas: “La cuestión de la RPPJ había dejado de ser polémica hace ya algún tiempo –medio siglo atrás–. Sin embargo, los ecos de la discusión de épocas anteriores, el testimonio constante del sistema pragmático anglosajón y la aparición de respuestas sancionatorias en leyes y Códigos Penales en los países de sistema de codificación –como muy bien podría ser el Código Penal de El Salvador– parecen ser causa de un replanteamiento de la cuestión”, en miras a un inminente y rotundo sistema de configuración de responsabilidad penal de personas jurídicas o entes colectivos, pues las necesidades de esta modernidad y el riesgo que subyace en las mismas lo demandan; a la vez, que estamos experimentando en esta coyuntura, la transición inmediata, de una revolución industrial o moderna, a un industrialismo crónico y desenfrenado⁸³. Y sobre estos aspectos el Estado de El Salvador no debe quedarse estático,

societas delinquere non potest. No obstante, y también como consecuencia de las Convenciones internacionales y los compromisos adquiridos por los Estados parte, las legislaciones más modernas han ido incorporando la RPPJ; claro ejemplo, el Sistema de Configuración de Responsabilidad Penal, sobre el que se ha amparado el Orden Legal Chileno, que en 2009, el 2 de diciembre, sancionó la Ley 20.393, en la que se introducía de manera categórica –y directa– la RPPJ como consecuencia de la influencia generada por normas de contenido internacional, como el Convenio OCDE contra la lucha de la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, de 1997, por mencionar un ejemplo.

⁸³ Miguel Bajó Fernández, *De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 371. A juicio del autor, la nueva polémica corre el riesgo de plantearse en términos bizantinos o enredosos y, por tanto, estériles. Hoy resultaría absurda una discusión sobre responsabilidad o irresponsabilidad criminal de las personas jurídicas si antes no se resuelve el problema semántico que subyace tras esta opción, y que consiste, fundamentalmente, en precisar qué se quiere decir cuando hablamos de responsabilidad y de responsabilidad criminal con referencia a la persona jurídica. Estos aspectos serán precisados y desarrollados en todo el entramado que corresponde al Capítulo II de esta investigación, donde no solo se pondrá de manifiesto que normativamente las personas jurídicas tienen capacidad de acción, si no que a la vez se dilucidarán tópicos concernientes al injusto personal que realiza un ente colectivo como parte de su comportamiento criminógeno y la consecuente atribución de culpabilidad, como último estadio a analizar en la teoría jurídica del delito.

pues debe propiciar la discusión y debate en torno a la tipificación de estos tópicos, si desea hacer frente a los nuevos riesgos de la modernidad.

En ese sentido, el análisis hasta acá realizado se ha centrado en desdibujar la injerencia rotunda de las personas jurídicas en la historia de la humanidad, cuando esta última deja un Estado de naturaleza y adquiere un comportamiento estrictamente civilizada, que posteriormente se transforma en un ambiente industrializado –podría pensarse, que esto último es parte del avance tecnológico, producto del raciocinio y desarrollo científico en cada sector de la realidad–; será entonces, a partir de los siguientes párrafos y argumentos que contendrá este desarrollo investigativo, donde nos circunscribiremos a examinar, analizar y dilucidar, cómo es que la persona jurídica actualmente puede empezar a experimentar sanciones de naturaleza penal, cuando la misma se ve comprometida en un escenario criminológico; de igual forma se analizará también, en el siguiente apartado temático, los sistemas y categorías jurídicas que componen, en la actualidad, la cimentación de una teoría jurídica del delito para este tipo de sujetos o entes colectivos.

CAPITULO II

EL CONSTRUCTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y SU RELACIÓN CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-PENAL SALVADOREÑO

Sumario. 2.1. La capacidad de acción de las personas jurídicas. 2.1.1. El concepto de acción y el cambio de paradigma de la noción del sujeto en el Derecho Penal. 2.1.2. La persona jurídica como destinataria de la norma de conducta: una necesidad de política criminal en las sociedades modernas. 2.2. De la culpabilidad penal de la persona jurídica. 2.2.1. Nociones generales de la culpabilidad en la dogmática penal. 2.2.2. El injusto personal de la persona jurídica y su capacidad de culpabilidad. 2.2.3. El debate en torno a la heterorresponsabilidad o autorresponsabilidad de las personas jurídicas como modelos de imputación penal empresarial. 2.3. La concepción jurídico penal que adopta el sistema penal salvadoreño, respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Especial referencia a la cláusula general de actuaciones en lugar de otro. 2.4. Reflexiones en torno al buen gobierno corporativo con relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. 2.5. El tratamiento que ofrece el ordenamiento jurídico salvadoreño a la persona jurídica y a la empresa. Especial avocamiento al Derecho privado.

2.1. La capacidad de acción de las personas jurídicas

Antes de realizar con detalle el análisis que abarca a ésta temática, es necesario traer a colación tres aspectos fundamentales⁸⁴: en primer lugar, debe partirse de la idea, que el debate o discusión científica sobre si *se debe* o *se puede* exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas, pertenece

⁸⁴ Véase nuevamente, José Miguel Zugaldía Espinar, “Aproximación Teórica y Práctica al Sistema de Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas en el Derecho Penal Español”. 1 y ss.

–definitivamente– a un pasado que ha sido totalmente superado y resuelto en sentido afirmativo. En segundo lugar, es dable reconocer de manera cuantiosa el hecho de que, los legisladores en diferentes latitudes continentales, han hecho caso omiso del debate académico que se germina a raíz de ésta importante argumentación y han optado –con demasiado acierto- por una ampliación del sujeto en el derecho penal, esto por razones de necesidad para combatir la criminalidad económica organizada que se suscita en las modernas sociedades del riesgo.

En tercer lugar, y no menos importante, es lo referente a poder edificar y construir una verdadera teoría jurídica del delito o teoría de la imputación para controlar el actuar ilícito o delictivo que despliega el seno de una persona jurídica y otorgar –con ello- el grado de responsabilidad que ésta merece, según sea el daño o puesta en peligro que ésta haya generado. Lo antes dicho, se tratará de dilucidar en el trayecto que comprende al desarrollo de ésta investigación.

2.1.1. El concepto de acción y el cambio de paradigma de la noción del sujeto en el Derecho Penal

El Derecho Penal, a través de la determinación de una norma jurídica, pretende de manera irrefutable, la regulación de conductas humanas, teniendo como fundamento esa misma conducta humana que pretende regular. Resulta importante entonces, que esta rama del Derecho debe partir de la conducta humana tal como aparece en la realidad⁸⁵; y es que de todo ese núcleo de

⁸⁵ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal: Parte General*, 5ª Ed., (España: Editorial Tirant lo Blanch, 2002), 209. Los autores refieren que la conducta humana es el punto de partida de toda relación jurídico-penal y el objeto al que se agregan determinados predicados, como la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, las cuales convierten a esa conducta humana, en delito. Sobre el particular, es evidente –entonces- que el Derecho Penal que actualmente el Estado de El Salvador trata de desarrollar, es un Derecho Penal de Acto y no de Autor; con la salvedad que algunos tipos delictivos o agravaciones de

comportamientos que se suscitan en la realidad, el Derecho Penal selecciona una parte que valora negativamente y conmina con la atribución de una pena para cada paso en concreto, lo cual constituye un juicio de culpabilidad estatal.

En ese sentido, la conducta humana al ser considerada como la base de toda reacción jurídico-penal, se manifiesta en el mundo externo, no solo a través de actos positivos, sino también de aquellos que constituyen omisiones propiamente tales. La acción y la omisión cumplen, por tanto, la función de elementos básicos o substanciales de la teoría del delito, siempre y cuando estas coincidan con la conducta descrita en el tipo de la correspondiente figura delictiva⁸⁶.

Ahora bien, es importante dejar por sentado que el concepto de acción, no sólo es tan antiguo como la propia dogmática jurídica, sino que la misma se maneja en las distintas áreas y ciencias humanas y naturales. Es por ello, que se vuelve necesario advertir que el desarrollo de éste acápite estará referido al concepto de acción utilizado y desarrollado por la ciencia del Derecho Penal.

Sobre esta línea de pensamiento y aclarado lo anterior, ya es prudente manifestar que el modelo conceptual de una acción propiamente jurídico-penal, se remonta al llamado concepto preclásico de la acción, desarrollado por los penalistas hegelianos⁸⁷, según la cual, la acción debía entenderse

la pena se configuran sobre la base de determinadas actitudes o comportamiento habituales de un Autor o sobre la peligrosidad que éste mismo ofrezca en Sociedad.

⁸⁶ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal: Parte General*, 211 y ss.

⁸⁷ Algunos autores como G. Radbruch y H. H. Jescheck, consideran que Hegel es el padre del concepto penal de la acción. Véase con más detalle sobre éste punto, Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho Penal: Parte General*, 2ª Ed. (Argentina: Editorial Tucumán, 2002), 401-402. La teoría que fundamentó el filósofo alemán, versaba sobre la aplicación del principio lógico de que la negación de la negación es la afirmación: el delito es la negación del derecho y la pena es la negación del delito, o sea, la afirmación del derecho. A la luz de éste esquema, lo único antijurídico era la acción, que siempre se concebía como libre, porque no se admitía la posibilidad de penar un comportamiento no libre, dado que el mismo, no sería una negación del Derecho.

como culpabilidad de la voluntad, es decir, como manifestación de la voluntad moral o acto de voluntad dirigido contra el ordenamiento moral o jurídico⁸⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, y una vez abandonado el contenido de la teoría hegeliana de la pena que se aplicó al constructo de la teoría de la acción, el derecho penal quedó en libertad para poder asumir y adoptar un concepto de acción adecuado, no sólo a los fines de la pena, sino a la funcionalidad que el mismo saber jurídico-penal vaya determinando para cada categoría científica; incluyendo –claro- la acción jurídico-penal, que con demasiada contundencia, ha querido clasificársele como un concepto pre-típico del análisis de los substratos dogmáticos de la teoría del delito.

Agotado el desarrollo pujante de los hegelianos, sucede que a partir de finales de siglo XIX hasta mediados del siglo XX, la cuestión comienza a mutar en la dogmática penal, y por supuesto el tema central de este saber científico, es decir lo referente a la teoría de la acción jurídico-penal, no es ajena a éstas transformaciones doctrinarias. Así, F. von Liszt, en el lapso de tiempo arriba indicado define a la acción: como la realización de una mutación o perturbación en el mundo exterior atribuible a la voluntad humana. A esta voluntad humana que conlleva a dicha mutación, la llamamos resultado. Su realización es

⁸⁸ Percy García Cavero, *Derecho Penal Económico: Parte General*, (Perú: Editorial ARA Editores E.I.R.L., 2003), 291 y ss. Como puede apreciarse, para los hegelianos de esa época, se trataba de una unidad conceptual que no sólo estaba compuesta por la manifestación de voluntad con la culpabilidad, sino sobre todo con el ordenamiento jurídico, de manera que una definición sin tener en cuenta éste aspecto no resultaría en principio posible. No obstante lo anterior y tomando en cuenta que el referido autor se adhiere a una postura eminentemente *funcionalista sistémica o normativista*, el concepto de acción –para éste- debe estar definido en razón de las funciones del Derecho Penal a nivel reparativo de defraudaciones normativas; en otras palabras, la acción jurídico-penal estará definida como la comunicación de un ciudadano defraudatoria de una expectativa normativa de conducta esencial. Sobre éste particular, cabe afirmar que el concepto de acción visto desde ésta postura científica, además de desontologizarlo, deja por sentado que al momento de definírsele, no se le haga tomando en consideración aspectos que no le son propias a la ciencia del Derecho y más aún a la ciencia del Derecho Penal, puesto que el mismo debe partir sobre concepciones eminentemente normativas.

atribuible a la voluntad humana cuando resulta de un movimiento corporal de un hombre, querido o, lo que es lo mismo, arbitrario⁸⁹.

En definitiva, la teoría causalista de la acción sufrió innumerables críticas, no sólo por el contenido material que ofrecía la misma, sino, por su aplicabilidad en la resolución de casos; puesto que, la esencia de dicho concepto, además de que no versaba sobre cuestiones netamente normativas o jurídicas, el mismo se apoyaba en estructuras empíricas, provenientes de otras ramas científicas, ajenas en demasía al método jurídico, como las ciencias naturales o ciencias físicas.

Es así que entre 1930 y 1931 aproximadamente, H. Welzel, propone con su trabajo científico, un estadio de superación respecto de los postulados que edificaron en su momento a la teoría causal de la acción y del naturalismo⁹⁰ que envolvía a la dogmática penal. En su obra, Welzel menciona que el concepto de acción jurídico-penal está compuesto por estructuras ontológicas que se configuraban, como el ejercicio de una actividad final; agregando – además- de forma satírica y gráfica, que la causalidad es ciega y la finalidad es vidente⁹¹.

⁸⁹ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho Penal: Parte General*, 402. El autor respecto de F. von Liszt, refiere que el concepto de acción edificado en su obra, se divide en dos grandes partes: la primera constituida por el movimiento corporal; y la segunda, determinada por el resultado, pero ambos, unidos por la relación automatizada de causa y efecto. Este concepto de acción se presentaba como natural, aunque el propio von Liszt le planteaba dificultades que ponían en duda éste carácter: el movimiento corporal arbitrario se realiza mediante representaciones. Mediante la contracción muscular resultante de la inervación de los nervios motores. No era, pues, el que resultaba de cualquier inervación, sino de la que estaba regida, por representaciones o imágenes. Liszt reparaba artificialmente el contenido de la imagen y se quedaba con imágenes sin contenido: es esto a lo que doctrinariamente se le llamó: El causalismo jurídico-penal o la teoría causal de la acción.

⁹⁰ Sólo como aclaración, se afirma que recibió el nombre de acción *natural*, ya que incorporaba las leyes causales de las ciencias naturales al ámbito del Derecho penal y, además, a causa de que su contenido es *prejurídico*, es decir, un contenido *a priori* desde el punto de vista jurídico, en otras palabras el análisis recaía sobre consideraciones puramente ontológicas.

⁹¹ Cfr. Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán*, Trad., al castellano por Juan Bustos Ramírez y Santiago Yáñez Pérez, 11ª Ed. Alemana y 2ª Ed. Castellana, (Chile: Editorial jurídica de Chile,

Respecto de lo anterior, Welzel consideraba que un concepto finalista de la acción era coincidente con la idea del Estado de Derecho, en razón de que, sus postulados devenían, por un lado de una causa psicológica-filosófica; y por otro, de circunstancias propias de la ciencia del Derecho Penal o dogmática jurídico-penal.⁹²

Sobre el particular argumentaba C. Roxin en recensión a los pensamientos científicos formulados por H. Welzel y sus discípulos, así como de aquellos que seguían pretendiendo un concepto causal y natural de acción; que lo ideal –y más conveniente- para la ciencia del Derecho Penal, era consolidar un concepto *persona*⁹³ de acción jurídico-penal, entendiendo por dicha postura:

1976). 33, 53 y ss. El autor alemán argumentaba, que el hombre gracias a su saber causal puede prever en cierta medida las posibles consecuencias de su actuación, fijarse, por ello, objetivos y dirigir planificadamente, su actuación a la consecución de esos objetivos. Por lo tanto, actividad final, es una producción consciente de efectos partiendo de un objetivo. Por otra parte y en recensión a la teoría causal, Welzel sostenía que la metodología normativista utilizada en el causalismo, hacía que los objetos de regulación jurídica fueran intolerablemente manipulables e impedía una sistemática del Derecho Penal que respondiera a las exigencias científicas. Por ello, Welzel acentuó posteriormente que el principio metodológico del finalismo como corriente *ius-filosófica* hace posible la creación, en la dogmática del Derecho Penal (especialmente para la Parte General), de un ámbito ideológicamente neutral y logra una comprensión que, debido a su validez general, puede ser transferida a otros ordenamientos jurídicos. Tal concepción significa, con seguridad, una ventaja para el respeto de un derecho penal adecuado al Estado de Derecho, cuestión que todavía se sigue sosteniendo y manteniendo.

⁹² Las raíces filosóficas del trabajo ejercido por Welzel para la consolidación del finalismo, se obtienen –consideran algunos autores, como Maurach- a partir del pensamiento de Höningwald en su obra *Bases de la Filosofía del Pensamiento*, y en Nicolai Hartmann, en su trabajo: *El problema del ser espiritual 4ª Edición*. Con más detalle, puede verse Reinhart Maurach, *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I (Argentina, Editorial Astrea, 1994), 255.

⁹³ Con esto, el Autor Alemán –también- pretendía ofrecer un contenido distinto a la conceptualización que la *teoría social de la acción* de los treinta estaba germinando en el mundo jurídico-penal, y en donde la misma basaba sus argumentaciones en el sentido de considerar que la acción jurídico-penal debe tener un sentido o efecto social; en otras palabras, se considerará acción, aquella conducta humana que genere una relevancia social. Véase sólo en éste punto a Rafael Márquez Piñero, *Teoría de la antijuridicidad*, (Ciudad de México, Universidad Autónoma de México, 2003) 70 y ss. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/549-teoria-de-la-antijuridicidad>.

lo que se produce por un humano como centro de acción anímico-espiritual o, más brevemente, como exteriorización de la personalidad⁹⁴.

Por su parte Jescheck, se presenta en su obra con un estadio de superación, respecto del concepto finalista de la acción y de la causalidad que –también– definió a tal concepto. Éste entendía que a través de un concepto social de acción se podría configurar un concepto de acción común a los delitos dolosos, los culposos y los delitos de omisión; edificando con su postura una perspectiva social, en tanto que, será acción todo comportamiento humano socialmente relevante⁹⁵.

Bajo esa sintonía, se vuelve imperioso destacar que la ciencia jurídico-penal además de las concepciones anteriormente expuestas, ha venido desarrollando otras argumentaciones –actuales– en relación con el concepto de acción jurídico-penal. Se habla acá por tanto, del *concepto negativo de acción*, que concibe a la misma, como una no evitación evitable del hecho, o, por lo menos, considera la evitabilidad como la nota esencial de la acción.

En recensión con el concepto originario negativo de la acción, encontramos la postura propuesta por el autor alemán G. Jakobs –Funcionalista recalcitrante–

⁹⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho Penal: Parte General*, 412. Sobre esta premisa, el autor argentino afirma con mucha objetividad, que, aunque es claro que Roxin intenta construir un concepto jurídico-penal de acción que pretípicamente cumpla la función limitativa o selectiva que exige el principio *nullum crimen sine conducta*, cuestión que merece un acierto contundente. Sin embargo, su base es peligrosamente amplia, por el mismo contenido indefinido del concepto de *exteriorización de la personalidad*.

⁹⁵ Santiago Mir Puig, *Derecho Penal: Parte General*, 8ª Ed. (España: Editorial Reppertor, 2006). 182 y ss; en el mismo sentido véase Gonzalo Rodríguez Mourullo, *Derecho Penal: Parte General*, (España, Editorial Civitas, 1978). 220. Este autor establece, que a diferencia de la doctrina causal y final, lo social se presentó en condiciones de comprender todas las clases de comportamientos humanos relevantes para el Derecho Penal y representar por tanto la más alta unidad respecto a todos los fenómenos punitivos. En efecto, un comportamiento humano desde la óptica de un sentido social, puede proceder tanto del ejercicio de la actividad final, como del desarrollo de un curso causal, precisamente en la medida en que se dejó escapar a la sobredeterminación final, tanto en la posición de causas, como de la no interrupción de una cadena causal ya en marcha.

quien considera que sobre la acción jurídico-penal debe estructurarse un argumento abarcativo de la conducta – o que abarque la concepción de conducta en sentido general o amplio- bajo el fundamento que en la respectiva evitación de un resultado diferente se abarca lo común de la acción y la omisión, definiendo a la acción como evitable causación y el correspondiente concepto de omisión como evitable no impedimento de un resultado⁹⁶.

Es preciso destacar, según lo señala Zaffaroni, que en uno de los avances científicos desarrollados siempre por el autor alemán – G. Jakobs – éste logra concretar aún más su construcción exclusivamente jurídico-penal de la acción, sosteniendo que todo concepto de acción previo a la culpabilidad es provisional, pues sólo puede afirmarse que hay una acción para el derecho penal una vez afirmada la culpabilidad⁹⁷.

Se torna evidente entonces con las líneas previamente detalladas, que el concepto jurídico-penal de acción, como parte substancial de la ciencia del Derecho Penal, fue pensado, desarrollado, edificado y configurado sólo sobre la base del concepto de persona individual como único sujeto al cual se dirige ésta rama científica; nótese –entonces- y así se verá, que el concepto de

⁹⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho Penal: Parte General*, 411. El autor argentino respecto de Jakobs considera que al concebir de forma separada la acción y la omisión, construye con la evitabilidad el concepto abarcativo de conducta. Continúa argumentando el autor que mientras la concepción negativa originaria de los años setenta tomaba como modelo la omisión, Jakobs toma como modelo la culpa; y sobre éste particular realiza la crítica siguiente: en toda esta variable se repite el mismo problema que en la teoría negativa, en cuanto a que el concepto de acción que se ensaya es típico y no pretípico. Especialmente en el caso de la omisión, toda referencia pretípica al resultado requiere una previa individualización del mismo, que es típica. *La individualmente no evitable causación de un resultado* no sería una acción atípica, sino que directamente no sería una acción. En rigor, la evitabilidad tiene importantes funciones en la teoría del delito, pero especialmente en la teoría del injusto y no precisamente en el concepto mismo de acción.

⁹⁷ *Ibíd.* 412. Zaffaroni explica, que Según Jakobs, la acción como evitabilidad le da pie para separar la antijuridicidad –imputación objetiva– de la culpabilidad –imputación subjetiva–: con la primera se juzga la evitabilidad desde el parámetro de las expectativas conforme a roles sociales de la persona; con la segunda, como evitabilidad individual. Esto de manera inminente, sugiere una escisión o división del dolo en componentes cognoscitivos que pertenecen al injusto y volitivos que pasan a la culpabilidad.

acción para ser utilizado de forma opulenta no sólo en la práctica resolutoria de casos, sino también en la dogmática jurídico-penal, necesita con demasiada contundencia de una estrecha relación con la idea de un sujeto, al cual concibe solo en su seno individual; esto es así, porque se le ha definido a la acción sólo como comportamiento *humano*⁹⁸, negando por ende, cualquier otro accionar relevante para el derecho penal que devenga –precisamente- de un ente diferente a la concepción tradicional previamente enunciada, llámese entes ideales, morales o fictos.

Sobre el estado de la cuestión, ya Zugaldía Espinar explicaba con mucha razón, que lo anterior fue entendido de ésta manera, porque el Derecho Penal que se nos fue dado o entregado en su momento, es un Derecho Penal clásico, de una delincuencia clásica, contra bienes jurídicos clásicos y que se lleva a cabo – por supuesto- por delincuentes clásicos, capaces de realizar acciones humanas con una culpabilidad susceptible de ser captada en términos bio-psicológicos⁹⁹.

Es evidente, que actualmente existe una necesidad cuantiosa por redefinir las categorías básicas del Derecho Penal de épocas anteriores, con el objeto de

⁹⁸ Véase solo sobre el concepto de acción psicológico, Luis Gracia Martín, *Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas*, citado en <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-05.pdf>. El doctrinante de corte finalista establece, que la capacidad de acción, de culpabilidad y de pena presupone la existencia de una voluntad en términos psicológicos-naturalísticos, que, por definición es patrimonio exclusivo de las personas individuales; el mismo, en *La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*, en Santiago Mir Puig y Diego-Manuel Luzón Peña, Coords., *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, (España: Editorial J.M Bosch Editor, 1996).

⁹⁹ José Miguel Zugaldía Espinar, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal. Colección Delitos*, (España: Editorial Tirant lo Blanch, 2013), citado en: Jacinto Pérez Arias, *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, (España: Editorial Dykinson, 2014). 176. En relación con ello, cabe agregar, que es en este Derecho Penal ético moralizante, propio del “homo humanístico” que es sensible a la pena –y que procede en su inmensa mayoría de la marginación y la pobreza- es en el que rige la fórmula “societas delinquere non potest”.

que la ciencia jurídico-penal se encuentre en condiciones óptimas de responder a los cambios sociales que se han generado en esta coyuntura globalizadora de alto contenido expansivo¹⁰⁰ e industrializado¹⁰¹.

Bajo tales premisas no es aventurado decir, que el Derecho Penal de esta época y el de –tan sólo- un par de décadas atrás, ha sufrido una poderosa transformación de tipo objetiva-valorativa en la manera de afrontar los cambios sociales; esto es así, porque actualmente está surgiendo un nuevo o moderno Derecho Penal, el que en palabras de Zugaldía Espinar, puede definirse como: *“El Derecho Penal de la sociedad del riesgo, de la sociedad postindustrial, de la globalización o de las nuevas tecnologías, con nuevas formas de delincuencia, contra nuevos bienes jurídicos (orden socioeconómico, derechos de los consumidores, derecho de los trabajadores, medio ambiente, ordenación urbanística, dignidad humana, buen funcionamiento societario, en general, y de las entidades de crédito, en particular, delitos informáticos, blanqueo de capitales, delito fiscal, tráfico de personas, corrupción, grandes defraudaciones, etcétera)”*.¹⁰²

¹⁰⁰ Véase sobre este punto, Jesús-María Silva Sánchez, *La Expansión del Derecho Penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª Ed., revisada y ampliada, (España: Editorial Civitas, 2001). 27 y ss. En efecto, la sociedad actual aparece caracterizada, básicamente, por un marco económico rápidamente cambiante y por la aparición de avances tecnológicos sin parangón en toda la historia de la humanidad. El extraordinario desarrollo de la técnica ha tenido y sigue teniendo, obviamente, repercusiones directas en un incremento del bienestar individual. Como también las tiene la dinamicidad de los fenómenos económicos. Sin embargo, conviene no ignorar sus consecuencias negativas. De entre ellas, la que aquí interesa resaltar es la configuración del riesgo de procedencia humana como fenómeno social estructural. Ello, por el hecho de que buena parte de las amenazas a que los ciudadanos estamos expuestos provienen precisamente de decisiones que otros conciudadanos adoptan en el manejo de los avances técnicos: riesgos más o menos directos para los ciudadanos (como consumidores, usuarios, beneficiarios de prestaciones públicas, de tinte ambiental, etc.) que derivan de las aplicaciones técnicas de los desarrollos en la industria, la biología, la genética, la energía nuclear, la informática, las comunicaciones, etcétera.

¹⁰¹ Jacinto Pérez Arias, *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 251 y 252.

¹⁰² *Ibidem*.

Véase entonces, que en este Derecho Penal dirigido al “*homo economicus*”, la persona física –o individuo- ocupa un papel muy secundario, supletorio o subsidiario; adquiriendo el papel de protagonistas: las empresas, las sociedades mercantiles, las fundaciones o las asociaciones, en definitiva, las personas jurídicas. Es que – como asegura J.M. Zugaldía Espinar- ellas son, las auténticas actrices de la criminalidad económica organizada nacional y transnacional, y de la criminalidad de los “*poderosos sin fronteras*”.

Partiendo de las aseveraciones hechas por el doctrinante español, no es apurado afirmar y determinar que la concepción del sujeto que englobó los contenidos del Derecho Penal de la criminalidad clásica, han debido mutar –y es que así ha ocurrido, con independencia de que haya sido pacífico o no el debate- para adaptarse a los nuevos retos sociales que ofrecen conductas relevantes para este nuevo Derecho Penal.

Una vez dilucidado lo anterior, cabe aclarar en este momento de desarrollo temático, que nadie niega –y al menos ese es el consenso mayoritario en la doctrina- que la persona física, digno acreedor del comportamiento humano, siga siendo el *sujeto* principal del Derecho Penal y al cual deba dirigirse una omnipotente atención; pero eso no es óbice para pensar, que los contenidos de éste *sujeto clásico*, estén en condiciones óptimas de asumir un papel fundamental o protagónico en la criminalidad organizada y económica¹⁰³ de este tiempo.

¹⁰³ De nuevo, José Miguel Zugaldía Espinar, “Aproximación Teórica y Práctica al Sistema de Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas en el Derecho Penal Español”, 7 y ss. En relación con ello, argumenta que una de las características fundamentales del Derecho penal del siglo XXI va a ser la ampliación del sujeto a las personas jurídicas, pues las formas sociales dañosas de la criminalidad económica tienen su origen en empresas grandes y poderosas y no pueden afrontarse eficazmente sus peligros pensando a una sola persona física que puede fácilmente ser reemplazada. Asimismo sostiene, que la tesis de la ficción, en la actualidad, cuando existen sociedades con más poder que los Estados, es de escaso poder de convicción. Ya no se puede mantener más la tesis de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas

Por otra parte y sin dejar de lado lo antes enunciado, Bacigalupo Saggese entiende que los argumentos tradicionales utilizados para negar rotundamente el discurso de una verdadera RPPJ encuentran su fundamento en la incompatibilidad de la persona jurídica con las categorías dogmáticas de la acción y la culpabilidad, así como con la función y la esencia misma de la pena¹⁰⁴.

Bajo tal argumento, continua manifestando Bacigalupo Saggese, que concebir de manera monótona la idea del *sujeto* en el Derecho Penal, condiciona los conceptos y las soluciones dogmáticas de la teoría del delito y en especial los de la acción y de culpabilidad; por lo tanto –continúa diciendo- la negación de la RPPJ amparados en la incapacidad de acción y de culpabilidad bajo la configuración de una teoría clásica del delito, adolece de una cierta circularidad, de no querer abandonar patologías dogmáticas que están siendo por demás superadas¹⁰⁵.

alegando que su existencia es puramente ficticia, como una construcción jurídica, como algo creado por la ley, sin mayor respaldo en la realidad.

¹⁰⁴ Vid. Silvina Bacigalupo Saggese, "La problemática del sujeto en el Derecho penal", *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales ICADE*, s/n (1997): 1 y ss. <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/36/40-08.pdf>. Al referirse a éste tópico, la autora colige que desde finales del siglo XIX no se ha puesto en duda que el único sujeto del derecho penal es el individuo. No obstante, argumenta, que esta concepción del sujeto que ha sido el punto de partida de toda la evolución de las categorías dogmáticas de la teoría del delito, especialmente el de la acción y la culpabilidad, parece -sin embargo- no ser suficiente para explicar numerosas conductas realizadas en la actualidad a partir de una empresa o una persona jurídica y que son percibidas en la sociedad como conductas merecedoras de pena.

¹⁰⁵ *Ibíd.* 1 y 2. Sólo como detalle de tipo histórico, la autora señala, que el debate doctrinal en la dogmática penal sobre el actuar ilícito de la persona jurídica, fue introducido de manera directa y categórica por v. Liszt., desde la primera edición de su manual, considerando que tal constructo es posible, amparándose en la clásica idea, que "*quien puede concluir contratos, también puede concluir contratos ilícitos o usurarios o incumplir los contratos concluidos*". No obstante tal afirmación, la aplicación de la misma no es muy feliz que se diga, puesto que si se sigue el pensamiento científico de Liszt en relación con su comprensión de la acción, como "cualquier movimiento corporal, es decir, como movimiento muscular puesta en marcha por un acto psíquico activado por la representación de su contenido" y su comprensión de la pena desde la prevención especial positivista, no permiten deducir una responsabilidad directa de las personas jurídicas.

Aunado a ésta premisa, se vuelve necesario manifestar que el obstáculo fundamental –aunado al de la *acción* y la *culpabilidad*- que la doctrina dominante tiene para aceptar, admitir y consentir a las personas jurídicas como verdaderos *sujetos* del Derecho Penal, se encuentra vinculado a una visión retributiva del delito y de ahí resulta su inadecuación, para fundamentar ésta situación¹⁰⁶, en tanto que, aducen los recensionistas a éste tema, que la persona jurídica no tiene –siquiera- capacidad de sentir o sufrir la imposición de una pena.

De forma paralela a la idea supra citada, no debe pasarse por alto el hecho que la admisión de la persona jurídica –o moral para algunos- como sujeto activo del delito, y por consiguiente como responsable penal, debe ser de carácter excepcional, circunscribiéndose a aquellos delitos, que tengan que ver única y exclusivamente con el tránsito empresarial, mercantil o económico, y por supuesto, sólo cuando la misma ley, y el principio de legalidad, así lo determinen¹⁰⁷.

Zugaldía al respecto se adelantaba y explicaba en su trabajo científico, que si una doctrina no ofrece solución a los problemas que surgen de la convivencia social, hay que revisar y rectificar los principios en los que se basa. La verdadera ciencia debe prestar oídos a los testimonios de la vida y no se asusta si la fuerza de esta abate fórmulas viejas que parecían indispensables.

¹⁰⁶ Véase con más detalle, el trabajo de José Miguel Zugaldía Espinar, *Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional Societas delinquere non potest*, (España: cuadernos de política criminal, 1980) 70 y ss. Frente a la problemática u obstáculo político-criminal suscitado, el jurista español responde contundentemente afirmando, que ante la realidad social de la participación de estos sujetos en la comisión de delitos, es preciso dar una nueva configuración a las categorías dogmáticas de la acción y la culpabilidad, así como, reorientar los fines del sistema penal o lo que sería lo mismo, los fines de la pena de corte retributiva.

¹⁰⁷ Así, sobre este punto, véase el trabajo de Luis Rodríguez Ramos, “Societas delinquere non potest: nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión”, *Revista de Derecho penal*, s/n, (2012): *passim*, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_08.pdf.

Es sobre ésta máxima de contenido valorativa, que se estudiará el estado actual de esta argumentación en torno a la capacidad de acción de estos entes *ficticios*.

Visto el escenario de ésta manera, cabe advertir que actualmente – y muy particularmente sobre la base de un juicio estadístico o de pronóstico- la doctrina mayoritaria, la jurisprudencia y la producción legislativa, ya sea a niveles domésticos como internacionales, entiende que las personas jurídicas no son *capaces de acción* y mucho menos capaces de culpabilidad; por consiguiente, el contenido dogmático y normativo de la idea del Sujeto del Derecho Penal, sigue estando constituido por las corrientes de pensamiento de un Derecho Penal nuclear o clásico.

Obviamente la razón de ésta afirmación es inevitable o inmutable –dice Bacigalupo Saggese- siempre que se tome como punto de partida un concepto de acción psicológico, tal y como se advirtió líneas *supra*. Es decir, aquel concepto único, valido e irrefutable según algunos, referido al comportamiento humano voluntario o al ejercicio de esa voluntad¹⁰⁸.

No obstante ello, es por demás aceptado en ésta coyuntura, que la persona jurídica ya no es sólo una ficción sino una realidad propia, distinta de las personas físicas. Sí bien la atribución de personalidad jurídica no es una cuestión que pueda fundamentarse en la esfera ontológica, sino únicamente en la *normativa*, lo cierto es que los modos de organización y el proceso de la actividad de la persona jurídica, muy particularmente el de la empresa económica constituyen datos previamente dados a la regulación jurídica, en

¹⁰⁸ Nuevamente, Luis Gracia Martín, *La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Propias Personas Jurídicas*, en Silvina Bacigalupo Saggese, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, p. 149. La autora es incisiva, y afirma que como se ha argumentado a lo largo de su trabajo científico, respecto del concepto de *acción* jurídico-penal, no puede haber fundamento distinto, siempre que se tome como punto de partida conceptos de acción y de culpabilidad, a partir del seno individual.

consecuencia, los elementos estructurales de dicha realidad previamente dada, traza ya algunos límites a la posibilidad de su valoración y por tanto al establecimiento de posibles consecuencias jurídicas¹⁰⁹.

Siguiendo con el panorama anterior se puede advertir desde ya, que el problema de la *acción* de la persona jurídica ha sido la cuestión que, con mayor facilidad se ha logrado comprender, con independencia de cuál sea la definición de acción que defiendan los diferentes autores en cada sector o punto de encuentro doctrinario. La capacidad de *acción* de estos entes se ha reconocido, bien entendiendo que la *acción* de los órganos de la misma constituyen en realidad una *acción* propia de la persona jurídica, o bien entendiendo que aunque la *acción* solo puede ser propia del individuo que la ha realizado, una *acción* realizada en nombre de la persona jurídica debe ser considerada como *acción* propia de la misma¹¹⁰.

Bajo este argumento, el hecho de reconocer a la persona jurídica como destinataria de una norma penal, supone –entonces- haber aceptado los

¹⁰⁹ Santiago Mir Puig y Diego-Manuel Luzón Peña, *Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto*, (España: José M. 1996), 38. En consonancia con ésta opinión los autores agregan, que la cuestión referida a éste fenómeno jurídico estriba en determinar si entre las posibles respuestas que la doctrina pueda brindar para el establecimiento y, en su caso, imposición de penas a la propia persona jurídica, sea con carácter independiente o acumulado a la pena prevista para las personas físicas que hayan realizado efectivamente el hecho punible.

¹¹⁰ Silvina Bacigalupo Saggese, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 150. Sobre ésta línea de pensamiento afirma ésta autora, y haciendo aplicación de los principios de la coautoría y autoría mediata, se puede afirmar técnicamente –y desde un punto de vista jurídico penal- la capacidad de acción de las personas jurídicas; *de nuevo*, Silvina Bacigalupo Saggese, “La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: un problema del sujeto del Derecho Penal”, en: Santiago Mir Puig, Juan Luis Modolell González, José-Ignacio Gallego Soler, Carlos Simón Bello Rengifo, Coords., *Estudios de Derecho penal económico*, (Caracas, Livrosca, 2002) 153 y ss. Según la autora, en relación con la acción se entiende de forma mayoritaria que en el caso de las personas jurídicas la acción penalmente relevante la debe constituir la acción realizada por el órgano de la persona jurídica en el marco de sus competencias y por tanto, ostentando la representación de la misma. Esto en razón de que, las acciones del órgano vinculan a la persona jurídica, por ende, éstas deben serle imputadas a la misma como acciones propias.

principios de imputación de una norma penal y ello es, precisamente lo que no está aceptado de forma unánime en la dogmática jurídico-penal. Cabe mencionar sobre este particular que así como el ordenamiento jurídico le reconoce a las personas de existencia ideal la capacidad para celebrar contratos por medio de la voluntad de sus representantes, a los efectos civiles es tenida en cuenta como la propia voluntad de la persona jurídica, sin que por ello pueda afirmarse la atipicidad de las conductas ilícitas o la ausencia de culpabilidad del ente ideal¹¹¹.

En este sentido, se pronuncia D. Baigún y asegura que lo que sucede en el seno de una persona Jurídica es una *acción institucional*. Esta como tal, al ser el producto del órgano, no genera la voluntad social dolosa a partir de la acumulación o suma de los conocimientos individuales, ni tampoco requiere que cada miembro del órgano aporte necesariamente su conocimiento, el producto de la decisión en su proceso de elaboración puede recurrir a una o varias individualidades, escoger una u otra de sus manifestaciones, pero el resultado se obtiene en un nivel diferente: *información construida*. Explicada así la voluntad de los entes ideales surge la posibilidad de sostener, asimilar, digerir y aceptar en términos jurídico-penales que los mismos actúen con dolo al cometer determinados actos reprochables penalmente¹¹².

Asimismo, no parece imposible pensar –dice Silvina Bacigalupo- que la acción del órgano de una persona jurídica que actúa solo en nombre de la misma pueda ser considerada como una acción de la persona jurídica, ya que esas

¹¹¹ Karina Rosario Perilli de Cozzi, *Nociones sobre los Entes Ideales como Sujetos de Imputación Criminal*, en *Derecho Penal Económico*, Tomo I, Coords. Ramiro M. Rubinska y Daniel Schurji, (Argentina, Editorial Marcial Pons, 2010), 596.

¹¹² David Baigún, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, (Argentina: Editorial Depalma, 2000), 80. El autor en su trabajo, ha diseñado un concepto moderno de la acción jurídico-penal: éste la denominado *acción institucional* de la persona jurídica. Entendiendo como tal, a aquella actividad deliberativa del órgano de decisión o aquel proceso de selección y análisis sobre el accionar de la sociedad en la explotación de su rubro.

acciones solo vinculan a la persona jurídica y no a la persona física que en su nombre las realizó. Por lo tanto –se insiste-, la acción de un órgano o de una persona con funciones directivas de una persona jurídica, puede ser considerada como una acción propia de la misma¹¹³.

Sobre ésta línea de pensamiento jurídico, la fundamentación del concepto de *acción* que parece más convincente para explicar con relación a la acción de una persona jurídica, es la expuesta por el autor alemán G. Jakobs. Dicho tratadista, basándose en la estructura de un *funcionalismo sistémico*, entiende que en la determinación del concepto de *acción* no solo se trata de imputar una acción a un sujeto, sino que el concepto de *acción* define a su vez al sujeto. Según este autor, la acción viene a ser por tanto, una categoría de la imputación y la finalidad de la imputación en el ámbito jurídico-penal, depende de la finalidad de la pena; entendiéndose por esta última el *restablecimiento de la vigencia de la norma*¹¹⁴.

Es preciso advertir en ésta línea de desarrollo temático, que la solución que el tratadista alemán –G. Jakobs- plantea referente al concepto de acción y a la determinación del sujeto en el discurso jurídico penal con relación a la RPPJ, se retoma de su *primer* postura, la cual por cuestiones de interés y selectividad

¹¹³ Silvina Bacigalupo Saggese, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 151.

¹¹⁴ Al respecto, Cfr., Günther Jakobs, *Sobre la Teoría de la Pena*, (Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1998), 32 y ss.; El mismo, *Derecho Penal, Parte General: Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2ª ed., (España: Editorial Marcial Pons, 1997), 11. El referido autor alemán entiende que la pena le hace cargar al comportamiento infractor de la norma con consecuencias costosas –es un mal, legalmente necesario– aumentado la posibilidad de que ese comportamiento se aprenda en general a considerarlo como una alternativa de comportamiento para no tener en cuenta. En esa medida, la pena se despliega, para ejercitar la *fideliad del derecho*.

en éste trabajo investigativo, es a la que nos vamos a referir y sobre la cual descansa éste particular¹¹⁵⁻¹¹⁶.

Siguiendo con el renglón *supra* citado, la postura que se retoma del pensamiento de G. Jakobs, es la relativa a la *teoría de los sistemas*, elaborada por el Sociólogo alemán N. Luhmann¹¹⁷. Dicha corriente de pensamiento, permite dar un verdadero giro a las categorías clásicas o nucleares del Derecho Penal y a las categorías dogmáticas de la teoría del delito; principalmente lo concerniente a la acción y a la culpabilidad, con relación al sujeto que determina o germina un resultado penalmente relevante. Jakobs, por tanto, influenciado por el *Funcionalismo Sistémico* elaborado por N. Luhmann, pone de manifiesto, una verdadera *teoría sobre el sujeto*¹¹⁸.

¹¹⁵ Ibíd. 183. Günther Jakobs, planteaba en un primer momento que tanto para la *acción como para la culpabilidad*, son idénticas las formas dogmáticas –y no sólo los nombres– tanto en la persona física, como en la persona jurídica o entes ideales.

¹¹⁶ Sólo, sobre el cambio de postura, o más bien dicho, sobre el cambio de paradigma que realiza el autor alemán puede consultarse, Günther Jakobs, “Punibilidad de las personas jurídicas”, en: Percy García Cavero, *La responsabilidad de las personas jurídicas, órganos y representantes*, (Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004), 63.

¹¹⁷ Niklas Luhmann, “El Derecho como sistema social”, en: Carlos Gómez-Jara Diez, Coord. *Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y Posibilidad de Aplicación*, (Perú, Editorial Ara Editores, 2007), 103 y ss; sobre el mismo punto, véase Bernardo José Feijóo Sánchez, “La Normativización del Derecho Penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de comunicación?”, también en: Carlos Gómez-Jara Diez, Coord. *Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y Posibilidad de Aplicación*, 241 y ss.; en iguales sentidos, Cfr. Estuardo L. Montero Cruz, *El Funcionalismo Penal (Una Introducción a la Teoría de Günther Jakobs)*, (Perú, sin editorial, 2008), 23, 29 y ss. Es preciso mencionar que Jakobs representa un cambio de paradigma al establecer que las categorías dogmáticas no pueden hacerse con base a una fundamentación ontológica del Derecho. En la configuración de su sistema [jurídico-penal], entiende que deben relacionarse tres elementos de forma imprescindible: sociedad-norma-persona; y muy particularmente sobre éste último elementos considera, que la *persona* no es algo natural, sino, una construcción social, distinta al individuo, es un concepto autorreferente, autopoietico y funcional, integrante y constitutivo de la sociedad, que expresa un sentido comunicativamente relevante. Agrega –además- que la persona se define por la función que ésta desempeña en la sociedad, es decir por el rol social que le está encomendado y que asume en la vida de interrelación; por consiguiente, persona es, quien en el seno de un grupo social debe cumplir su rol de competencia, y mostrar fidelidad a la norma –y al derecho–, consecuentemente.

¹¹⁸ Ramiro M. Rubinska y Daniel Schurji, Coords, *Derecho Penal Económico Tomo I.*, 631. Jakobs entiende, que a partir de la idea del Sujeto se han elaborado y se siguen elaborando

Según Jakobs, el Derecho Penal actual establece que el único sujeto con capacidad de acción y de generar un resultado lesivo a una norma previamente dada, es el individuo. Lo anterior se argumenta de esa manera por tener siempre como punto de partida para definir a la acción propiamente tal, la constitución psicológica del individuo. Pero debe recordarse que tal afirmación no es una cuestión que se encuentra predeterminada; obviamente es una circunstancia que la dogmática jurídico-penal ha querido desarrollar de manera monótona a lo largo de la historia¹¹⁹.

Bajo tal sintonía, es preciso afirmar, que tanto para el concepto causal de *acción* como para el concepto final de *acción* lo esencial fue y aún se sostiene: *el acto de voluntad*, claro, con los argumentos y particularidades que cada una de estas corrientes de pensamientos conlleva inmersas. Si bien para Jakobs la voluntad también es relevante, lo que importa señalar es que la acción no depende en dichas concepciones teóricas de como se ha producido la formación de la voluntad. Para este autor la dirigibilidad de la voluntad carece de toda influencia respecto del concepto de *acción*¹²⁰.

El resultado o conclusión al que el autor alemán arriba, es a concebir un concepto de *acción* que elimina de él la dirigibilidad de los impulsos; pues este entiende que solo de esta manera la expresión del sentido de la acción, sea la expresión del sentido de un determinado sujeto. En ese orden de ideas, la acción se define según Jakobs como la evitabilidad individual de la producción

los conceptos jurídicos dogmáticos, y por tanto el cuestionamiento de las categorías de acción y culpabilidad en relación con la RPPJ, se encuentra vinculado en realidad, al problema del sujeto mismo, en vez de considerarlo un problema dogmático de la acción o de la culpabilidad, en sí mismas.

¹¹⁹ Silvina Bacigalupo Saggese, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 152.

¹²⁰ *Ibidem*.

de un resultado, por parte de un sujeto que presenta un rol de previamente determinado por la norma, en sociedad¹²¹.

Con todo ello, Jakobs entiende que desde un punto de vista normativo, no es necesario que el sujeto de imputación tenga que estar siempre compuesto o estructurado por un sistema de psique y cuerpo, es decir de los elementos de los cuales se compone una persona física, bajo esta premisa, entonces, el sistema de un sujeto de imputación también puede estar determinado por otros elementos tales como: el estatuto, el pacto social o escritura de constitución, el o los reglamentos internos y los órganos de una persona jurídica¹²², donde dicho sea de paso, tales elementos realizan actos de comunicación, a partir de su rol – o competencia- que desempeñan en sociedad.

Partiendo de esta argumentación, debe concebirse *normativamente* y no de forma *ontológica*, que las acciones de un órgano de una persona jurídica, realizadas de acuerdo a su estatuto, a su pacto social o escritura de constitución y a su reglamento, sean acciones *propias de la persona jurídica*.

En ese mismo sentido se pronuncia De La Gándara Vallejo, quien retomando ciertas posiciones del profesor alemán G. Jakobs, establece que las personas jurídicas son capaces de actuar en sentido penal, ya que lo esencial es determinar el *sujeto de imputación*, o sea, de qué sistema puede y debe ser

¹²¹ *Ibíd.* 153.

¹²² *Ibíd.* 154. La autora entiende, que bajo el sistema formulado por G. Jakobs, si se traslada éste modelo de acción a la persona jurídica, entonces debemos afirmar la posibilidad de que el órgano de una persona jurídica realice una acción, como acción propia de la persona jurídica, que tenga las características de una producción de un resultado evitable individualmente; esto en razón de lo siguiente: a) En primer lugar, se acepta la posibilidad de que la persona jurídica sea un sujeto de imputación válido para el Derecho Penal, puesto que se trata de un sujeto que constituye un sistema compuesto por *su estatuto y sus órganos*; b) Éste sujeto puede realizar una acción penalmente relevante, en el sentido de que podía evitar individualmente (el órgano competente), es decir, de acuerdo con sus capacidades, producir un resultado. En consecuencia, concluye la autora, las acciones del órgano de una persona jurídica, llevadas a cabo de acuerdo a las competencias que le confiere el estatuto, son acciones propias de la misma.

juzgado por sus efectos exteriores. Nos aclara esta autora, que el determinar que el *sujeto de la imputación* consiste en un sistema que sólo puede estar compuesto de las substancias de una persona física – mente y cuerpo- y no de los propios de una persona jurídica –constitución y órganos- es algo erróneo.

La autora entiende que el anterior fundamento es erróneo, puesto que, en realidad también la manera de constituirse de las personas jurídicas- integradas por un contrato, por estatutos o por otra disposición constitutiva- y los órganos de las personas jurídicas, pueden ser definidos por un sistema donde no interesa lo interno – v.gr. el ponerse de acuerdo entre dos órganos de la persona jurídica para cometer un delito, aún no constituye una acción propia de la persona jurídica- pero si el *output*. De tal forma, que las acciones de los órganos realizadas con arreglo a la constitución, a los estatutos, al reglamento o a cualquier otro elemento que determine las facultades de la misma, se convierten de este modo, en acciones de la propia persona jurídica¹²³.

Siempre tomando como punto de referencia el rol de persona propuesto por la teoría de los Sistemas Funcionales de Jakobs, García Cavero sostiene, que la persona jurídica puede quebrantar su rol y realizar una acción jurídico penal relevante en la medida que, por la infracción de su rol, defrauda expectativas normativas de conducta esenciales¹²⁴.

¹²³ Véase, B. De La Gándara Vallejo, *El Sujeto del Derecho Penal Económico y la Responsabilidad Penal y Sancionatoria de las Personas Jurídicas. Derecho Vigente y Consideraciones de Lege Ferenda.*, en *Curso de Derecho Penal Económico*, Enrique Bacigalupo Zapater., Dir., (España: Editorial Marcial Pons, 1998), 61 y 62. El trabajo científico de ésta autora, lo hace tomando como puntos de reflexión, las propuestas ofertadas por los profesores alemanes: G. Jakobs y K. Tiedemann.

¹²⁴ Percy García Cavero, *La Persona Jurídica en el Derecho Penal*, (Perú, Editorial Grijley, 2008), 61 y ss. Este autor es partidario de la idea, que a la persona jurídica se le puede atribuir el estatus de ciudadano en sentido jurídico-penal, puesto que por el rol individual de competencias que ésta asume, puede defraudar expectativas sociales esenciales; a criterio

La infracción de un rol por parte de las personas jurídicas, se puede expresar al igual que en las personas naturales, como delitos de dominio o delitos de infracción de un deber. Así con respecto a los delitos de dominio señala este autor, que la persona jurídica en tanto ciudadano, es poseedora y acreedora de un rol general que le permite configurar libremente su esfera de organización; pero la contrapartida de esta libertad de organización, genera un deber de evitar que su esfera de organización perjudique a otras personas en sociedad y dañe la expectativa social propuesta por la norma¹²⁵.

Por su parte, con relación a los delitos de infracción de un deber, el autor concibe, que también la persona jurídica puede ser portadora de un rol especial, debido a una vinculación de índole institucional que le obliga a cumplir con deberes positivos y mantener una situación social deseable¹²⁶.

Con todo ello, y tratando de tomar en consideración las posturas previamente citadas – N. Luhmann, G. Jakobs, S. Bacigalupo, P. García Caveró, J.M. Zugaldía Espinar, De La Gándara Vallejo-, se puede afirmar que el problema de la acción jurídico-penal tiene que ver con la concepción del Sujeto, por una parte, y por otra, con el mundo exterior. Por tanto, G. Jakobs sostiene, que la distinta caracterización del concepto de acción, dependerá de cómo se

propio, se trataría de fundamentar una *capacidad de acción* de las personas jurídicas, sobre la base de un concepto *análogo de acción*, funcionalmente equivalente, con relación a la persona física; esto, en razón del *estatus de ciudadano* que se le hace incorporar al substrato de la persona jurídica.

¹²⁵ *Ibíd.* Si la persona jurídica infringe ese deber negativo, será responsable por las consecuencias que su acción ha generado, lo cual se castiga mediante los denominados delitos de dominio.

¹²⁶ *Ibíd.* 66. En relación a esta clase de delitos se aclara que la configuración de la autoría en los delitos de infracción de un deber no dependerá de la competencia por el dominio del hecho sino por la infracción de una competencia institucional y el obligado institucional deberá responder por no haber contribuido a la configuración de una situación socialmente deseable.

construya el *sujeto* y su mundo exterior, es decir, del *sistema del sujeto* frente al mundo exterior¹²⁷.

Así, entonces, el punto de partida para estos autores que se adhieren a la postura construida por Jakobs, no son, por lo tanto, acciones en sentido *naturalístico*, sino, *sujetos* de responsabilidad, es decir, sistemas cuyo *input*, puede estar determinado, bien por psique y cuerpo, o por estatuto y órganos, como ya se ha enunciado en líneas arriba¹²⁸; mismos, que forman un sistema de comunicación, y que dicha comunicación la ejercen sobre la base de la determinación de su rol como persona, vista ésta última, desde la prisma de la normatividad, y como elemento a concebirse de forma ontológica¹²⁹.

Por tanto, interesa a los objetivos de la presente investigación, dejar por sentado en este punto en particular -como aspecto concluyente- que la acción de la persona jurídica como tal, deberá ser entendida en términos generales, como aquel aumento del riesgo propio de la actividad de la empresa manifestado a través de la realización por parte de una persona física –

¹²⁷ De nuevo, Silvina Bacigalupo Saggese, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 155. La autora sostiene en éste punto, que éste razonamiento, no sólo está vinculado fundamentalmente con una reformulación del concepto de acción – a la luz de un Normativismo-, sino, con un replanteamiento general de los presupuestos del Derecho Penal y de la legitimación de la pena.

¹²⁸ *Ibíd.* La tratadista sobre éste particular, se remite al trabajo de Zugaldía y advierte que la solución sobre la RPPJ, debe buscarse en la reformulación de los conceptos de *acción* y de *culpabilidad penal*, a partir de una nueva consideración de la pena. En consecuencia, sostiene, que una distinta consideración de la pena, sólo puede tener lugar –entonces- si se ésta tomando en consideración una idea renovadora de la idea del *sujeto*.

¹²⁹ Sobre ésta lógica de pensamiento, Cfr. Tomás Salvador Vives Antón, *Fundamentos del Sistema Penal*, (España, Editorial Tirant Lo Blanch, 1996), 205. El aludido autor, con su trabajo científico formuló o edificó, lo que actualmente se conoce como: “concepción significativa de la acción”, definiendo a la misma, no *como sustrato* conductual susceptible de recibir un sentido, sino *como sentido* que, conforme a un sistema de normas, puede atribuirse a determinados comportamientos humanos; circunstancia, que en términos más aprehensibles determina: el hecho de que el movimiento tenga una significación no lo convierte *per se* en acción; simplemente la acción se manifiesta a través del movimiento; el significado se manifiesta a través del movimiento o de su ausencia, que han dejado de ser acciones para convertirse en meros soportes físicos –posiblemente prescindibles- de un significado social.

administrador, empleado, órgano de decisión, subordinado, etcétera- de un hecho típico de conexión que, por la forma de llevarse a cabo, sea al mismo tiempo jurídica, sociológica y criminológicamente expresión del específico actuar corporativo¹³⁰.

2.1.2. La Persona Jurídica como destinataria de la norma de conducta: una necesidad de política criminal en las sociedades modernas

Es preciso advertir, que, aunque el debate en torno a esta necesidad político criminal no es pacífico, varias son las razones de naturaleza jurídica, que obligan a considerar de forma positiva este argumento. Ya Nieto Marín establecía de manera muy significativa, que la propia existencia de las Sociedades justifica la necesidad de su consideración como sujetos activos en Derecho Penal.

Efectivamente, una vez se reconocen las sociedades como Sujetos de Derecho, y se le otorga la correspondiente capacidad para ostentar facultades y obligaciones, su intervención en el tráfico jurídico es obvia. Hasta el punto en que hoy es absolutamente inconcebible el mundo del Derecho –no sólo en el ámbito de la economía, sino en cualquiera que se suscite- sin el protagonismo absoluto de sociedades, fundaciones y demás Personas Jurídicas. Y resulta –sigue argumentando- absolutamente obvia la necesidad de su riguroso sometimiento a la ley y al Derecho. Puede afirmarse entonces, que si las sociedades no estuvieran sometidas al Ordenamiento Jurídico, éste no regiría; o en otras palabras, no habría Estado de Derecho¹³¹.

¹³⁰ A este respecto, puede consultarse, José Miguel Zugaldía Espinar, “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015, del 30 de marzo)”, en: Marín De Espinosa Ceballos, E. B, y José Miguel Zugaldía, directores, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y en España*, (Cizur menor: Aranzadi, 2015), 224.

¹³¹ Juan Carlos Carbonell Mateu, “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010 del C.P. Español”, en

Para evidenciar lo anterior, Klaus Tiedemann pone de manifiesto que los diferentes puntos de vista de la política criminal actual parten de una realidad delictiva casi idéntica en muchos países, sobre todo tratándose de países industrializados, pero también en buena parte de países en vía de desarrollo. El Autor alemán entiende, que la desde hace tiempo conocida y creciente división del trabajo conduce, de un lado, a un debilitamiento de la responsabilidad individual y, de otro lado, a que las entidades colectivas sean consideradas, en base a diversos fundamentos, responsables, en lugar de las personas individuales¹³².

En este sentido, al auxiliarse de la Sociología, el referido jurista nos dice, que la agrupación crea un ambiente o un clima que facilita e incita a los autores físicos -o materiales- a cometer delitos en beneficio de la agrupación. De ahí la idea de no sancionar solamente a estos autores materiales -que pueden cambiar y ser reemplazados-, sino también y, sobre todo, a la agrupación misma¹³³.

De otra parte, nuevas formas de criminalidad como los delitos en los negocios -comprendidos aquéllos contra el consumidor-, los atentados al *medio ambiente* y el crimen organizado, colocan a los sistemas y medios tradicionales del Derecho penal frente a dificultades tan grandes que resulta

Las Consecuencias Jurídicas Derivadas del Delito y una Mirada a la Persona Jurídica desde Cuba y España, Coord. Mayda Goite Pierre (España: Editorial Tirant lo Blanch, 2012), 187 y ss. El autor para fundamentar ésta postura, trae a colación un Reciente Estudio realizado por el Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht [Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional] donde se pone en alto relieve que más del ochenta por ciento de los delitos económicos son cometidos a través de las empresas o bajo la actuación de una persona jurídica.

¹³² Klaus Tiedemann, "Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas", *Anuario de Derecho Penal*, n.96 (1997): 3 y ss. https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf. Ya con esta postura, no es aventurado ni apurado pensar, que la *colectivización* de la vida económica y social sitúa al Derecho penal ante problemas novedosos de difícil solución, en estas Sociedades del Riesgo, Sociedades Modernas o Postindustriales.

¹³³ *Ibidem*.

indispensable una nueva manera de abordar los problemas y una nueva manera o configuración legal de afrontarlos¹³⁴.

Pues bien, de los anteriores razonamientos, resulta factible advertir dos mociones fundamentales: la primera de ellas referida a indicar que el Ordenamiento Jurídico –como tal- ha de ser entendido como un sistema completo, y en razón de su completez, este se ve necesitado de un aparato sancionador que haga efectivo el sometimiento al Derecho, del cual, no es extraña o ajena la concepción de una persona jurídica, puesto que ésta se encuentra, totalmente sometida al mismo¹³⁵.

La segunda moción, por su parte, de forma palmaria nos afirma que dentro de ese sistema completo y perfecto yacen de manera latente las relaciones sociales, es decir, se encuentra la vida en común, la que no puede funcionar si no existe una sumisión igualitaria de todos a las normas; o en palabras más sencillas, si no existe la razonable expectativa de que cualquier abuso de una posición determinada va a comportar una reacción del propio sistema que asegure la posición que a cada cual le corresponde. Y que no se van a establecer diferencias significativas en la naturaleza e intensidad de dicha reacción en función de quien haya producido tal abuso; véase sobre éste último particular, que acá lo que importa, no es la configuración o caracterización de un Sujeto –de Derecho- determinado, sino, la expectativa, bajo condiciones de igualdad –sea un individuo o una persona jurídica- de que

¹³⁴ *Ibíd.*

¹³⁵ Véase, de nuevo Juan Carlos Carbonell Mateu, “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010 del C.P. Español”, 187 y ss. Sobre el particular, el referido autor indica, que todos los sujetos que intervienen en el ámbito vital regulado por el Derecho –es decir, que intervienen en las relaciones sociales y en el correspondiente sistema comunicativo- han de estar sometidos a las consecuencias jurídicas que implican los incumplimientos o, si se prefiere, la generación de los quebrantos de expectativas que corresponden al resto de los sujetos que también operan en el sistema.

tal Sujeto se va a comportar en atención al enunciado normativo previamente determinado por el legislador.

Tomando en consideración la óptica dimensional del sujeto, debe advertirse – desde ya- que la presencia real de las personas colectivas¹³⁶, en sociedades altamente complejas y tecnificadas como las actuales, hace bastante comprensible que se plantee la cuestión de la responsabilidad ética y social de la empresa o su reproche legal como tal. Su marcada influencia, tanto en el desarrollo técnico como económico, es determinante en la creación de situaciones y relaciones riesgosas –como ya se ha dicho, en el mercado financiero o el *medio ambiente*, por mencionar algunos- y constituye un hecho fundamental para delimitar el papel social que desempeñan. Los esfuerzos para determinar la responsabilidad social de la empresa, persona colectiva o de la persona jurídica –cualquiera que sea su nominación-, suponen concebirla normativamente como una persona diferente a la de sus miembros individuales. El objetivo de la dogmática penal, de la jurisprudencia y de las legislaciones correspondientes, estriba entonces, en fijar bajo qué condiciones se considera a la persona jurídica responsable socialmente y en qué consiste esta responsabilidad¹³⁷; y es que –valga decir- que este detalle en particular,

¹³⁶ Puntualmente, Pedro Donaires Sánchez, “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Derecho Comparado”, *Revista Derecho y Cambio Social*, s/n (2013): 19 y ss. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5490744.pdf>.

¹³⁷ Véase, el trabajo realizado por José Hurtado Pozo, “Responsabilidad Penal de la Empresa en el Derecho Penal Suizo”, *Revista Derecho penal y Criminología*, n. 86-87 (2008): 8 y ss. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_12.pdf. El aludido autor entiende, que si existe una opinión afirmativa en la manera de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, debe preguntarse –entonces- de qué manera y con qué amplitud hacerlo. Agrega al respecto, que tal y como lo muestra la evolución del derecho comparado, estas cuestiones corresponden al ámbito de la *política criminal* y, de manera más amplia, a la política general del Estado. Si se tiene en cuenta que desde hace decenios, en el derecho anglosajón, se responsabiliza penalmente a las personas jurídicas, resulta difícil sostener que el dogma de la responsabilidad penal individual constituye un obstáculo insuperable.

constituye un punto medular, al que la ciencia jurídico-penal le está prestando demasiada atención.

En ese sentido, el Sujeto de derecho en materia penal, tanto como sujeto activo del delito como sujeto pasivo de las sanciones penales, es igualmente determinado por la manera de cómo el legislador establece las condiciones de punibilidad y cómo define los comportamientos delictuosos en particular, esto, por su facultad inherente de generar las políticas criminales que estime convenientes, en cada momento o coyuntura respectiva¹³⁸.

De suyo se sabe, que actualmente el fenómeno de la globalización –con todo lo que ella trae- aunado al vertiginoso aumento de la criminalidad organizada, genera como consecuencia lógica irrefutable, que los sujetos protagonistas de esos riesgos o resultados lesivos a bienes jurídicos supraindividuales, abstractos, colectivos o sociales, son las personas jurídicas¹³⁹, en todo el sentido de la palabra.

El autor alemán B. Schünemann afirmó hace ya algún tiempo, que el Derecho Penal está obligado a dar una respuesta preventiva adecuada a la existencia e importancia de éstos entes colectivos, dejando a un lado los posibles problemas técnico-dogmáticos que la implantación de dicha respuesta le pudiese plantear, ya que existiría un verdadero estado de necesidad político-criminal que justificaría tal sacrificio¹⁴⁰.

¹³⁸ Véase de nuevo, Pedro Donaires Sánchez, *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Derecho Comparado*.

¹³⁹ José Daniel Cesano, *Estudios Sobre la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica*, (Editorial Dykinson, Argentina, 2006), 17. El referido autor expresa de forma objetiva, que es un hecho notorio, que no exige mayor justificación –a nivel de prueba–, el de que las principales actividades que conforman la dinámica económica del mundo moderno encuentran, como sujetos centrales, a las personas jurídicas; encarnadas en distintas figuras societarias.

¹⁴⁰ En concreto, véase Bernd Schünemann, “La Punibilidad de las Personas Jurídicas, desde la Perspectiva Europea”, en: *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Coord., por

El mismo autor entiende, que el Derecho penal no puede permanecer de espaldas a una realidad como la de la existencia de las personas jurídicas que podía llegar a actuar como factor criminógeno de primer orden, ya que, por una parte, podría servir para establecer verdaderas estructuras organizadas de irresponsabilidad penal individual, donde la distribución y dispersión de las funciones y toma de decisiones entre las personas físicas integradas en su núcleo harían que nunca se pudiese llegar a encontrar a uno en el que se diesen todos los elementos objetivos y subjetivos que permitirían considerarle responsable penal del daño producido por la empresa; mientras que, por otra, también podría ser utilizada como paraguas impermeabilizador frente a la motivación de las normas penales que servirían para neutralizar la capacidad de influencia que éstas tratan de ejercer sobre tales individuos, gracias a la implantación de una cultura empresarial que, directa o indirectamente, les alentaría a cometer delitos o actividades arriesgadas y peligrosas, premiando incluso su realización por considerarlas como muestras del espíritu emprendedor y atrevido que se requiere para conquistar el éxito económico¹⁴¹.

Ahora bien, no debe pasarse por alto, que sobre este tópico en particular se produce un claro enfrentamiento entre las exigencias político-criminales de la sociedad actual y los rígidos criterios delimitadores de la tradicional teoría

Universidad Autónoma de Madrid, Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann (España: Boletín Oficial del Estado –BOE-, 1995), 589 y ss.; él mismo, “Responsabilidad Penal en el Marco de la Empresa. Dificultades Relativas a la Individualización de la Imputación”, Coord. por *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales –ADPCP-*, Vol. LV., Ponencia Presentada al Seminario Internacional Complutense Sobre Responsabilidad por el Producto, (España: Universidad Complutense de Madrid, 2003), 22 y ss.; de forma más reciente, consúltese, “La Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos Directivos en la Unión Europea”, en: *Constitución Europea y Derecho Penal Económico. Mesas redondas Derecho y Economía.*, (España, Editorial Ramón Areces, 2006), 151.

¹⁴¹ Una vez más, Bernd Schünemann, “La Punibilidad de las Personas Jurídicas, desde la Perspectiva Europea”, 573 y 580.

general del delito que se ha ido desarrollando como sistema de imputación de responsabilidad penal específicamente dirigido hacia las personas físicas.

Obviamente, dicha teoría, como ha sido abordada en líneas *supra*, se desarrolló atendiendo a las características y peculiaridades de la persona física; por lo tanto, no puede responder a las características, cualidades y particularidades que definen a las personas jurídicas como entes colectivos diferentes de aquéllas¹⁴²; hecho mismo que ha llevado, a que la mayor parte de quienes propugnan la necesidad de atribuirles una verdadera responsabilidad penal, propongan que se cree un nuevo sistema de imputación, distinto del aplicable a las personas físicas y que atienda específicamente a las “características y peculiaridades” propias de estos nuevos sujetos activos del Derecho Penal, para que se les pueda imputar dicha clase de responsabilidad sin sacrificar en el intento los principios y garantías que la caracterizan e incluso la diferencian de otras que ya se le atribuyen sin mayores dificultades¹⁴³.

Y esto último, sólo es posible a través de un decidido acto legislativo de política criminal, que tome como suyo, considerar en un texto normativo, que la persona jurídica es –fehacientemente- una destinataria de la norma jurídico-penal, por recaer en ella, la concepción de un verdadero Sujeto de Derecho, que se adscribe o adhiere en todo su seno, al tráfico legal de un Estado determinado.

Con todo ello debe quedar claro – o al menos esa es la intención del discurso- que la instauración de un sistema de responsabilidad [penal] de las personas

¹⁴² Alfonso Galán Muñoz, “La Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica tras la Reforma de la Ley Orgánica 5/2010: Entre la Hetero y la Autorresponsabilidad”. *Revista de estudios jurídicos. Conferencias Impartidas en las Universidades de Las Palmas de Gran Canaria y La Laguna.*, n. 15, (2011): 6 y ss.

¹⁴³ *Ibidem*.

jurídicas, se hace con el objeto de buscar soluciones para enfrentar los nuevos desafíos, surgidos de las constantes y profundas transformaciones tecnológicas que afectan las relaciones sociales y laborales, los cuales no son superados por medio de criterios clásicos de imputación, válidos exclusivamente para el individuo. Surge entonces, por lo tanto, necesidades de modificar las estructuras básicas de imputación y la de creación de nuevas reglas específicas para los entes colectivos, creadores de riesgos jurídico-penalmente relevantes¹⁴⁴.

2.2. De la Culpabilidad Penal de la Persona Jurídica

Previo al desarrollo que ofrece la posterior argumentación, es preciso advertir sobre esta cuestión, que las objeciones en torno a ésta temática –por demás complejas en la literatura penal- son mucho más cerriles y escabrosas que las líneas que preceden a este tópico, en dónde se hizo énfasis a la capacidad de acción de los entes colectivos o ficticios.

Al respecto cabe resaltar, que para algún sector de la doctrina, la idea de la categoría de la culpabilidad es la que reviste mayor importancia sobre este debate, pues realmente es acá donde se plantea el mayor inconveniente para poder resolver la responsabilidad penal de la persona jurídica, tomando en cuenta que el reproche estatal o la culpabilidad misma, se desarrolló única y exclusivamente sobre la base de una concepción individual.

¹⁴⁴ Marlus H. Arns de Oliveira, “Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica en el Ámbito del Derecho Penal Económico”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, vol. IX., n. 35., (2015): 186. <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293242147010.pdf>. En suma entiende el autor, que en el actual modelo de Estado, el Derecho Penal debe estar asentado no solamente en la defensa de los tradicionales bienes jurídicos individuales, sino también en la tutela de bienes jurídicos supraindividuales, que representan el eslabón de ligación entre la dogmática penal y la actual orientación político-criminal. Negar esta realidad es ignorar la forma de actuación de este nuevo modelo de sociedad e impedir que el sistema penal sea represivo de manera uniforme a todas las personas, físicas o jurídicas.

2.2.1. Nociones generales de la culpabilidad en la dogmática penal

El desarrollo científico que esta categoría jurídica ha experimentado en la evolución del pensamiento jurídico penal, permite extraer de forma muy general que la misma ha de entenderse como el fundamento para poder responsabilizar personalmente al autor por la acción típica y antijurídica que ha cometido mediante una pena estatal. Es al mismo tiempo un requisito esencial de la punibilidad y un criterio para la determinación de la pena a imponer¹⁴⁵.

Sobre ese último punto, pone de manifiesto C. Roxin que *ninguna categoría penal es tan discutida como la de la culpabilidad, y ninguna es tan imprescindible, hasta el punto de afirmar que ningún Derecho penal moderno puede subsistir sin el principio de culpabilidad*¹⁴⁶.

Esta concepción de la culpabilidad, como se dijo en líneas anteriores, ha sido una de las instituciones que mayor evolución ha sufrido en la dogmática penal; en ese sentido, se vuelve necesario exponer las diversas teorías o formulaciones que han surgido en torno a la misma y que han servido, conforme a la época que las ha desarrollado, como instrumento teórico eficaz

¹⁴⁵ Hans-Heinrich Jescheck, “Evolución del Concepto Jurídico Penal de Culpabilidad en Alemania y Austria”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Trad., al castellano por Patricia Esquinas Valverde, (2003): 3 y ss. <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-01.pdf>. El autor se encarga con éste trabajo, de ofrecer a la comunidad jurídica –mundial- un abordaje sintetizado del desarrollo histórico que tuvo ésta categoría científica en la dogmática jurídico penal, iniciando por el concepto *psicológico* de culpabilidad, luego encargándose de mostrar una segunda etapa que constata el alejamiento del *positivismo científico* y el viraje hacia el *neokantismo* y culminando la misma, con la fundamentación ontológica propuesta por el *finalismo* en Alemania a mediados del Siglo XX, la cual concibió a la culpabilidad, como la parte de responsabilidad del autor, por su determinación antijurídica, basando éste concepto en la existencia de la libertad de decisión del ser humano, entendida como una realidad; *al respecto*, Cfr. H. Welzel, *Derecho penal alemán*, 11ª Ed., (Alemania, s/editorial, 1969), 138.

¹⁴⁶ Claus Roxin, citado por Miguel Bajo Fernández, Bernardo José Feijóo Sánchez y Carlos Gómez-Jara Díez, en *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, (España: Editorial Civitas, 2012), 154. El ecuménico autor alemán continúa argumentando, que la Culpabilidad como pieza imprescindible del Derecho Penal, resulta ser incuestionable.

para la resolución de los casos, esencialmente en el Derecho Penal Europeo, y en el Latinoamericano, el que por razones obvias se ha visto influenciado.

En ese orden de ideas, encontramos en el seno del positivismo científico del siglo XIX, la construcción de la *teoría psicológica de la culpabilidad*, cuyo autor más representativo es el jurista alemán Von Liszt, quién entendía que entre la voluntad y el resultado hay dos tipos de relaciones, una objetiva, cuando el resultado es causado por la conducta, y otra subjetiva, cuando culpablemente se ha causado o no se ha impedido el resultado. Por lo tanto, la culpabilidad es precisamente esta segunda relación subjetiva entre el acto y el actor, relación que solo puede ser de carácter psicológico¹⁴⁷.

Von Liszt expresaba en su teoría causalista, que la relación psicológica que existe entre el actor y el resultado del mundo exterior admite dos gados o formas: el dolo y la culpa. Este autor argumentaba que el dolo implicaba la voluntad del autor tendiente a realizar un resultado prohibido por la ley, y este comprende, por un lado el conocimiento de los hechos descritos en el tipo legal, que no es más que la antijuridicidad, y por otro, el querer esos hechos o al menos aceptarlos¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Cfr. Franz Vos Liszt, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II., 3ª Ed., Trad., al castellano por Luis Jiménez de Asúa, 20ª ed. alemana, (España: Editorial Reus, s/año), 300-302 y 387; en iguales sentidos, véase, Ernest Von Beling, *Esquema de Derecho Penal*, Trad., por Sebastián Soler, (Argentina, Editorial Depalma, 1944), 30-31. Quien muy particularmente sostenía que la antijuridicidad se relaciona con la fase externa, o sea con el comportamiento corporal, mientras que la culpabilidad se relaciona con la fase interna o subjetiva de la acción, o sea con el estilo anímico del sujeto al tiempo de la acción.

¹⁴⁸ *Ibíd.* 387 y ss. El tratadista alemán agregaba, que una tercera forma o grado de culpabilidad –además del dolo y la culpa– es introducido cuando el sujeto queriendo causar un daño menor causa uno mayor. Se hablaba por lo tanto en esta época de la aplicabilidad de la preterintencionalidad del sujeto activo respecto de su resultado. Vid., igualmente, Reinhart Maurach, “La Teoría de la Culpabilidad en el Derecho Penal Alemán”, *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, Vol. 6, n.3 (1965): 432, 357-60. Este autor planteaba, que el conocimiento de la antijuridicidad como contenido del dolo, es lo que se ha llamado dolo malo. Respecto de esto último se exige que el conocimiento sobre la misma debe ser actual, o sea, que el sujeto tiene que percibir efectivamente que tales hechos son ilícitos.

Por su parte, el estado de culpa resulta cuando el autor no quiere el resultado antijurídico, y a su vez se requiere: por una parte, la falta de precaución, y por otra, la falta de previsión. Aunado a lo anterior, un aspecto importante que no debe pasar inadvertido es que, la imputabilidad, como estado psíquico que garantiza al sujeto la posibilidad de conducirse socialmente, es un requisito para poder ser culpable y por lo tanto es un presupuesto de la culpabilidad¹⁴⁹.

No obstante lo anterior, a dicha teoría se le hicieron fuertes y duras críticas en su momento. La primera, orientada esencialmente al escaso desarrollo dedicado a la culpa o imprudencia; y la segunda, referida con las causas de exclusión de la culpabilidad. En cuanto a la primera, la literatura penal en términos generales la concebía como una conexión psíquica imperfecta con el hecho y se definía en función de la previsibilidad. Evidentemente, el problema se presentó con la culpa inconsciente, puesto que la misma se caracteriza por la falta de conexión psíquica entre el autor y el hecho, lo cual la hacía difícilmente explicable desde esta perspectiva¹⁵⁰.

El otro inconveniente que presentaba esta formulación teórica, es la falta de respuesta coherente a determinados supuestos en los que si bien el sujeto actúa dolosamente, y por lo tanto concurre la relación psicológica con el resultado, es posible la culpabilidad si concurren determinadas circunstancias como las del miedo insuperable o las del estado de necesidad exculpante¹⁵¹.

¹⁴⁹ De nuevo, Franz Von Liszt., *Tratado de Derecho Penal.*, 388.; en iguales sentidos Cfr. Moisés Moreno Hernández, "Consideraciones Dogmáticas y Políticas Criminales en Torno a la Culpabilidad", *Boletín Informativo*, n.7, (1984): 61 y ss. Quien muy atinadamente establece en su trabajo, que la culpabilidad se excluye por el error –desplaza el elemento intelectual– y por la coacción –desplaza el elemento volitivo–.

¹⁵⁰ Juan Bustos Ramírez, *Derecho Penal, Parte General.*, 4ª ed., aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormazabal Malarée, (España: sin editorial, 1994), 460. El autor, citando a E. Kolrausch afirma, que la culpa inconsciente no representa a la culpabilidad, mientras que la culpa consciente la asimila al dolo, y asevera que solo hay una forma de culpabilidad que es idéntica con la que se llama dolo.

¹⁵¹ Cfr., por todos, Reinhart Maurach., *Tratado de Derecho Penal.*, Tomo II., Traducción de la 7ª ed. alemana., (Argentina: sin editorial, 1995), 19., Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de*

Las anteriores recensiones, que dicho sea de paso, devastaron las propuestas acuñadas por Von Liszt, provocaron una renovación en el pensamiento jurídico penal, trayendo como consecuencia dos formulaciones teóricas inspiradas en el más recalcitrante normativismo de principios del siglo XX. La primera entendida como *Teoría Normativa Mixta* y la segunda desarrollada a partir de una *Teoría Normativa Pura*.

Respecto de la primera, surge a partir de la influencia del neokantismo en la teoría del delito. La culpabilidad deja de ser entendida bajo tópicos psicológicos y pasa a analizarse normativamente como reprochabilidad. Por tanto, habrá culpabilidad, no cuando el sujeto sabe una cosa que ocurre en el mundo externo, sino cuando ese saber le es reprochable¹⁵².

El juicio de reproche al que se hace referencia en esta concepción, tiene como elementos esenciales: la imputabilidad, el dolo, la culpa y el estado normal de las circunstancias en las que obra un agente. En ese sentido, la gravedad de la culpabilidad dependerá de la medida de libertad del autor, la que no influirá para la graduación de la pena¹⁵³.

James Goldschmidt, sostiene que el reproche se le hace al autor, por no haberse dejado motivar por la representación del deber. Por su parte, Freudenthal, es el que se encarga de añadir el requisito de la exigibilidad, quien argumenta, que la culpabilidad es la desaprobación de que el autor se

Derecho penal, Tomo I., Traducción y adiciones de Francisco Muñoz Conde y Santiago Mir Puig, (España: s/editorial, 1981), 578 y ss.

¹⁵² Sebastián Soler, "La Naturaleza de la Culpabilidad", citado en: *Derecho Penal Contemporáneo*, n.10 (México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1965), 88. Sobre el particular, este autor entiende, que la culpabilidad se conceptualiza, entonces, a través de un elemento normativo unitario, la reprochabilidad.

¹⁵³ En este sentido se pronuncia, Alicia Beatriz Azzolini Bincaz, "La Culpabilidad", disponible en: <https://docplayer.es/55344678-La-culpabilidad-alicia-beatriz-azzolini-bincaz-i-el-concepto-de-culpabilidad-en-la-dogmatica-juridico-penal.html>.

haya comportado así cuando hubiera podido y debido comportarse en forma diferente¹⁵⁴.

Sin embargo, es Edmund Mezger el autor que sintetizó en mayor medida el desarrollo dogmático de esta teoría y quien se encargó de difundirla, esencialmente en la doctrina española. Este tratadista alemán concebía a la culpabilidad como un determinado contenido y, a la vez, como un juicio de valor sobre ese contenido. En otras palabras, como un juicio de reproche de lo injusto típico a su autor¹⁵⁵.

Basaba la reprochabilidad, en que el sujeto, en virtud de su libre albedrío, ha actuado de manera contraria a Derecho, cuando podía haber actuado conforme a él. Finalmente, este autor destacaba que los contenidos de la culpabilidad eran: la imputabilidad y la relación psicológica entre el hecho y el autor, ya sea por dolo o culpa¹⁵⁶.

Como puede apreciarse, esta teoría tiene una rotunda ventaja respecto de la anteriormente expuesta; sin embargo, se le criticó –y aún están vigentes tales objeciones- que uno de sus elementos, el dolo, es parte del juicio de reproche y a la vez, es objeto del mismo. Esto sucede, en razón que los componentes mixtos de este concepto de culpabilidad, se forman con elementos psicológicos como el dolo y valorativos como el reproche.

¹⁵⁴ De nuevo, Moisés Moreno Hernández, “Consideraciones Dogmáticas y Políticas Criminales en torno a la Culpabilidad”, 62.

¹⁵⁵ Vid. Edmund Mezger., *Tratado de Derecho Penal.*, Tomo II., Traducción de la segunda ed. alemana y notas de Derecho Español por Arturo Rodríguez Muñoz, (España: sin editorial, 1957) 35 y ss.

¹⁵⁶ *Ibíd.* Como puede desprenderse del anterior análisis realizado por el autor alemán, tanto el dolo o la culpa, ya no son clases, sino modalidades en las que la realización de un hecho puede reprochársele a su autor. Finalmente entiende, que la ausencia de causas de exclusión, necesita para su corroboración, que el autor haya tenido un comportamiento adecuado a Derecho.

En razón de tales recensiones, surge entonces en la línea evolutiva planteada, una *teoría puramente normativa* elaborada por H. Welzel, quien, en contraposición con las posturas *supra* indicadas, se encargó de depurar los elementos psicológicos del concepto normativo de culpabilidad, construyendo con ello: la teoría final de la acción, logrando así, una reestructuración total de la teoría jurídica del delito, que desplaza el dolo y la imprudencia –culpa- de la culpabilidad, a la acción final, como objetivo de la persona humana¹⁵⁷.

La culpabilidad, entonces, según este autor, se concibe como la pura, simple y llana reprochabilidad, lo que presupone que el autor del ilícito podía haber actuado de otro modo, esto es, podía haberse motivado de acuerdo a la norma¹⁵⁸. Por su parte, el tipo queda formado por una parte subjetiva –componente final- y por una parte objetiva –su componente causal-¹⁵⁹.

Así las cosas, la culpabilidad hace al autor el reproche personal por no haber omitido la acción antijurídica a pesar de haberla podido omitir. Resulta entonces, que esta doble relación del no deber ser antijurídico frente al poder ser adecuado al derecho, constituye el carácter específico de la culpabilidad, según esta posición científica¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Con más detalle, véase, Hans Welzel., *Derecho Penal, Parte General.*, Trad. por Carlos Fontán Balestra., (Argentina, Editorial Depalma, 1956), 147 y ss. Este esfuerzo científico, lo logra el autor, definiendo a la acción, como actividad final humana. En ese sentido, la acción deja de ser considerada como relación causal externa y pasa a ser entendida como una conducta dirigida hacia un determinado fin.

¹⁵⁸ De nuevo, Hans Welzel., *Derecho Penal Alemán.*, Trad. de la 11ª Ed., alemana, por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez., 4ª ed., (Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993), 195 y ss. El autor manifiesta, que la culpa tiene una naturaleza distinta al dolo y requiere por lo tanto, un tipo diferente.

¹⁵⁹ Cfr. Reinhart Maurach, “El Concepto Final de Acción y sus Efectos Sobre la Teoría de la Estructura del Delito”, *Revista de la Universidad Externado de Colombia* Vol. VI., n.3, (1965): 330. Según el tratadista alemán, la voluntad final de la que habla esta teoría, es el dolo en los tipos dolosos. El solo se extiende y limita al tipo objetivo del delito en cuestión, pero no comprende la conciencia de la antijuridicidad, por tanto, este no es un *dolus malus*, sino, *dolus naturalis*.

¹⁶⁰ Nuevamente, Hans Welzel, *Derecho Penal, Parte General*, 147. Para esta formulación, los elementos constitutivos de la culpabilidad son: a) la exigibilidad de una conducta conforme a

En estricto sentido, esta formulación teórica nos expresa que la culpabilidad es solamente reprochabilidad, o sea, la calidad específica de disvalor en la voluntad de acción. Pero, desde un punto de vista más complejo, la culpabilidad también significa la voluntad de acción misma, junto con su cualidad de disvalor como una totalidad: es decir, la voluntad culpable¹⁶¹.

Brevemente y sin intención de hacer exagero el desarrollo de este acápite, pero atendiendo a la importancia de esta teoría, se vuelve necesario señalar, que las causas que excluyen la culpabilidad en la misma son: la no exigibilidad de otra conducta, la inimputabilidad de otra conducta –excluye la capacidad de culpa-, y el error de prohibición invencible –que excluye el conocimiento de la ilicitud-, en tanto que el error vencible, simplemente disminuye el grado de culpabilidad¹⁶².

Ahora bien, alejándonos de esta posición doctrinal, encontramos dos corrientes de pensamiento que no pueden dejar de tratarse en este espacio – aunque sólo sea de forma genérica o sencilla-; nos referimos, por un lado, a la propuesta planteada por el tratadista alemán G. Jakobs, y por otro, a la postura desarrollada por C. Roxin en sus primeros trabajos; teorías que, aunque con diferencias en su contenido y en su método de estudio, convergen en un mismo punto: el distanciamiento y la constante crítica a la teoría final de la acción estructurada por H. Welzel; ello, a partir de un funcionalismo sistémico y radical, particularmente el de G. Jakobs, y la implementación de la política

la ley, es decir, la posibilidad de determinarse conforme a derecho; b) la imputabilidad del autor, y c) la posibilidad concreta de reconocer el carácter ilícito del hecho realizado.

¹⁶¹ *Ibíd.* 149 y ss.

¹⁶² *Ibíd.* 173-175. El autor alemán sostiene que el error de prohibición, es error acerca del carácter antijurídico del acto; con la teoría finalista, el conocimiento del injusto es parte de la culpabilidad y no del dolo, por lo tanto, un error sobre la prohibición deja intacto el dolo, o la culpa en su caso, pero excluye la culpabilidad o la atenúa. El error de tipo, es el que excluye el dolo y si es invencible, también excluye la culpa.

criminal en el desarrollo dogmático de la culpabilidad, esencialmente establecida por C. Roxin.

G. Jakobs afirma en su obra, que la culpabilidad está determinada por la pena, la cual debe ser eficaz para el mantenimiento del orden social. En consecuencia, la utilidad de la pena, es pues, el fin de la misma, y solo este es el que da contenido al concepto¹⁶³.

El tratadista alemán establece que la finalidad de la culpabilidad es la estabilización de la norma débil; por ello la existencia de un sistema de imputación culpabilística y de la pena son una prueba de que un ordenamiento conoce sus puntos débiles. Con lo anterior, se trata de construir por tanto, un sistema de prevención general a través de la práctica de la fidelidad a la norma¹⁶⁴.

La imputación culpabilística¹⁶⁵ para este autor, no es más que la imputación de un defecto volitivo, el cual deberá entenderse –siempre- como déficit de voluntad y concretamente como déficit de motivación fiel al derecho. Pero dentro de la configuración de este sistema, también se extraen los llamados

¹⁶³ Vid. Günther Jakobs., “El Principio de Culpabilidad”, Texto ampliado de la conferencia pronunciada por el Profesor Jakobs el día 13-05-1992, en la Universidad Complutense de Madrid., Trad. por Manuel Cancio Meliá, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (España: Universidad Autónoma de Madrid, 1992), 1052 y ss. Para el profesor emérito de la Universidad de Bonn, la utilidad de la pena, no debe ser orientada a la instrumentalización de la persona por medio de su imposición; dicho de otra manera, no debe regirse exclusivamente por la utilidad pública que se espera de ella, sino que debe mantenerse dentro del marco de la culpabilidad del autor; por ello –sigue argumentando- el Tribunal Federal Alemán, deriva el principio de culpabilidad, no sólo de los principios generales del Estado de Derecho Material, sino además, específicamente de la obligación de respetar la dignidad humana. Dicho en otros términos: la prohibición de vulnerar la dignidad humana, debe limitar necesariamente, la optimización de la utilidad de la pena.

¹⁶⁴ *Ibíd.* 1072. Para este autor, la finalidad de *establecer* que persigue la pena, o más exactamente la de restablecer la fidelidad de la norma, descansa en aquella finalidad de la pena que ya aparecía en el caso de responsabilidad por el hecho: en la *manifestación* de una defraudación.

¹⁶⁵ *Ibíd.*em.

defectos cognitivos¹⁶⁶, también denominados por el autor como falta de dolo y desconocimiento de la norma; que puede explicarse en términos de literatura penal, como un error de tipo cuando se habla de una falta de dolo y como error de prohibición, cuando se habla del error sobre la existencia de una norma o error en el mandato.

En definitiva, la concepción de la culpabilidad y del sistema de imputación penal propuesto por G. Jakobs, descansa substancialmente en la utilización de esta categoría dogmática –culpabilidad- para sustentar la idea de una prevención general positiva como fin de la pena; prevención *general* porque pretende producirse un efecto en todos los ciudadanos y *positiva*, porque este efecto no pretende concebirse como un miedo ante la pena, sino en una tranquilización en el sentido de que la norma está vigente, de que la vigencia de la norma que se ha visto afectada por el hecho del sujeto dañoso, ha vuelto a ser fortalecida por la pena, bajo parámetros normativos y no bajo estándares o criterios naturalísticos o psicologistas.

Sobre tal construcción teórica, C. Roxin entiende, que una instrumentalización de la persona con el propósito de legitimar la estabilización de la confianza en

¹⁶⁶ Ibíd. 1058, 1060. Con relación a los defectos cognitivos, que afectan de tal manera al estado o al curso del mundo exterior, en donde el autor desconoce los efectos que genera, se trata en términos jurídico-penales, de un error sobre los elementos del tipo; agrega además, que un comportamiento con defectos cognitivos, lleva consigo el peligro de una *poena naturalis*, en razón de que, no se sabe con anterioridad lo que un comportamiento defectuoso puede llegar a causar. En consecuencia –dice el autor- todo ser humano que quiera organizarse racionalmente intentará no hacer cálculos erróneos, y lo hará de dos maneras distintas: por un lado fijándose lo mejor posible en qué es lo que ocurre, y por otro, intentando seguir aprendiendo para reducir el ámbito de lo que para él resulta inevitable. Por su parte, y con relación al error acerca de la existencia de una norma o error de prohibición propiamente tal, Jakobs entiende que nos ocupamos en este estadio de un sujeto cuyo error no afecta ni al *status quo* ni al desarrollo de la realidad, sino a la norma que requiere de él un comportamiento determinado. Se trata de un error que no se refiere en lo más mínimo al tipo, sino a la situación concurrente en cuanto a la existencia de determinados deberes. Por tanto, lo específico de este tipo de errores, es que la auto comprensión del derecho se ve cuestionada, por ende la culpabilidad como reproche, puede ser disminuida o en su caso excluida.

el Ordenamiento Jurídico, puede en ciertos escenarios generar tropiezos de índole constitucional; esto en razón, de que se vería a la persona como objeto de la función punitiva y no como Sujeto de Derechos. Y desde luego no puede perderse de vista –continúa Roxin afirmando- que la interpretación del Derecho Penal en sede exclusivamente preventivo-general hace que el principio de culpabilidad se desprenda de una de sus máximas garantías, que no es más que la de limitar el poder punitivo del Estado.

En ese sentido, los trabajos de C. Roxin, cuando del principio de culpabilidad tratan, sus esfuerzos siempre han sido destinados a lograr un punto de confluencia o concurrencia entre la política criminal y el derecho penal; a la vez que, en su trabajo es por demás observable el distanciamiento teórico que este mantiene respecto del método científico utilizado por la doctrina finalista, a la cual critica de forma permanente¹⁶⁷.

La propuesta científica de C. Roxin pretende, encaminar el Derecho Penal a las necesidades de la política criminal con una particularidad que subyace explícita o implícitamente en todos sus trabajos; es decir, los valores y garantías del ciudadano, propias de un Estado de Derecho, a diferencia de G. Jakobs, que ha construido o configurado su pensamiento jurídico-penal, en función de las necesidades sistémicas a partir de las cuales debe articularse el sistema del Derecho Penal.

Para C. Roxin, el concepto de culpabilidad ha venido cumpliendo dos funciones prácticas diversas que deben separarse estrictamente y valorarse

¹⁶⁷ Claus Roxin, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, 2ª ed., Trad. por Francisco Muñoz Conde, (Argentina: Editoriales Hammurabi, 2002), 18 y ss. Dicho autor en un primer momento, realiza una crítica al análisis lógico-abstracto del finalismo, situación que viene a significar el punto de partida del funcionalismo de fono general. Y por otra parte, trata de construir una orientación político criminal hacia el Derecho Penal, circunstancia que se puede constatar a lo largo de toda su obra y que es, precisamente, una de las diferenciales metodológicas esenciales con la tesis de Jakobs.

de un modo absolutamente distinto¹⁶⁸. La primera función sirvió para justificar la teoría que veía el fin de la pena en la retribución. Una retribución, entendida como imposición de un mal adecuado a la culpabilidad, que suponía lógicamente la existencia de una culpabilidad que puede ser compensada, anulada o expiada. De este modo la culpabilidad tiene un efecto perjudicial para el acusado, legitimando el mal que se le impone. La segunda función que cumple el concepto de culpabilidad tiene un carácter opuesto. La culpabilidad en tanto que es límite de la pena, limita también el poder de intervención estatal, pues el grado de culpabilidad señala el límite máximo de la pena¹⁶⁹.

En esa sintonía, el concepto de culpabilidad que C. Roxin ha desarrollado con su obra establece, que la retribución¹⁷⁰ como fundamento de dicha categoría dogmática es insuficiente y debe ser abandonado, pero el concepto de culpabilidad como principio limitador de la pena debe seguir manteniéndose y puede fundamentarse también teóricamente en esta segunda función¹⁷¹.

¹⁶⁸ De nuevo, Claus Roxin, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal.*, Trad. por Francisco Muñoz Conde, (España: Editorial Reus, 1981), 42 y ss.

¹⁶⁹ Claus Roxin, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal.*, 30 y ss. En ese orden de ideas, es común por tanto encontrar en las obras de Roxin, los siguientes planteamientos: "Que el principio de culpabilidad en su función limitadora solo tiene efectos favorables para el delincuente; que deben permanecer intactos los principios del Estado de Derecho que informan el Derecho penal; que debe existir de forma ineludible una vinculación del principio de culpabilidad con el Estado de Derecho; que la pena debe entenderse como una institución humana para proteger la sociedad; que el principio de culpabilidad debe basarse en el contenido dogmático de la función limitadora de la pena, etcétera".

¹⁷⁰ Roxin entiende, que la teoría de la retribución es científicamente insostenible y desde un punto de vista político-criminal, es perjudicial. Su falta de solidez científica radica, en que no puede fundamentarse la culpabilidad, en la hipótesis empíricamente incierta de que el delincuente o acusado, pudo actuar de un modo distinto.

¹⁷¹ Véase, Claus Roxin, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal.*, 43. Al analizar el concepto acuñado por este autor, se puede inferir de inmediato, que la primer función que esta categoría cumple, fue utilizada por este –el autor- únicamente para crítica o recensión del principio de culpabilidad que siguen algunos autores –V.gr. Maurach-; mientras que la segunda función, fue utilizada para definir sólidamente su concepto y para afirmar el rumbo que el Derecho Penal debe tomar, con relación al desarrollo teórico de tal construcción dogmática.

En tal sentido y concluyendo esta temática, C. Roxin termina afirmando que con su esfuerzo científico, pretende, por tanto, separar el concepto de culpabilidad del principio retributivo, con el cual se considera muchas veces está indisolublemente unido, y emplearlo únicamente en tanto sirva para limitar el poder de intervención estatal¹⁷².

Debe dejarse claro, que lo que se pretende dejar por establecido con los párrafos anteriores, no es construir un nuevo concepto de culpabilidad en sentido general, sino, revisar algunas posiciones doctrinales –que quizá constituyen las más relevantes del pensamiento jurídico-penal- a nivel histórico y tratar de destacar o resaltar los elementos valorativos y normativos que configuran a cada una de las propuestas debidamente sintetizadas en el desarrollo de éste acápite y con ello advertir, si tales concepciones son o no compatibles con la idea de la persona jurídica, cuando concurre una actuación ilícita que comporta su involucramiento o si por el contrario es necesaria una reformulación o replanteamiento del contenido dogmático de dicha categoría científica. Así el enfoque, entonces, se tratará de dar respuesta con los enunciados siguientes, a la manera de concebir el injusto personal del accionar de una persona jurídica, y a la manera de fundamentar la culpabilidad de estos entes en particular.

2.2.2. El injusto personal de la persona jurídica y su capacidad de culpabilidad

Al analizar el estado de la cuestión, se advierte de inmediato que la culpabilidad es el concepto por excelencia o de más alto rango en el Derecho Penal moderno y el que, dicho sea de paso, está sufriendo una fuerte crítica

¹⁷² Solo como ampliación de este abordaje, Cfr. Claus Roxin, “Sentido y Límites de la Pena Estatal”, en *Problemas Básicos del Derecho Penal*, Trad. por Diego Manuel Luzón Peña, (España: Editorial Reus, 1976); el mismo, *¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal?*, en Cuadernos de Política Criminal, (España: Sin Editorial, 1986), 671-692.

doctrinal, máxime, cuando se quiere trasladar su contenido científico al seno de un colectivo empresarial o dicho de otro modo, a la fisionomía propia de una persona jurídica¹⁷³.

La dificultad que entraña lo anterior, es desde un punto de vista teórico considerable y así lo expresa Gómez-Jara, en tanto que se trata de explicar, cómo debe entenderse la categoría que conforma la piedra angular del Derecho penal teniendo en cuenta que, en *primer lugar*, la misma fue configurada en los inicios de la teoría del delito para un sujeto cuyas características parecen distar en gran medida, del núcleo que demuestra una persona jurídica y que, en *segundo lugar*, se encuentra actualmente en una profunda crisis. Sin embargo, pese a dicha dificultad, se entiende que si se pretende hablar de un auténtico Derecho penal de personas jurídicas no hay otro camino que el de proceder a una fundamentación suficiente de la culpabilidad en un sentido empresarial¹⁷⁴.

Ahora bien, sobre la base de un Derecho penal moderno surge la necesidad de otorgar protección a los bienes jurídicos sociales que la persona jurídica puede lesionar con motivo de su actividad corporativa o colectiva, la que se ha expandido notablemente a través de la globalización comercial existente, al absorber áreas que ya no se restringen exclusivamente al ámbito privado, y

¹⁷³ Vid. Carlos Gómez-Jara Diez, *La Culpabilidad Penal de la Empresa*, (España: Editorial Marcial Pons, 2005), 66 y ss. Muy atinadamente expresa, que la culpabilidad es la piedra angular del Derecho penal, y en efecto entiende, que ninguna frase se encuentra tan firmemente anclada en la conciencia jurídico-penal moderna, como la de “no hay pena sin culpabilidad”. Sin embargo –agrega- la circunstancia de constituir la clave para poder descifrar el Derecho Penal moderno no implica que este principio no sea objeto de una fuerte controversia.

¹⁷⁴ *Ibíd.* 80. En su obra, Gómez-Jara ha tratado de construir un concepto de culpabilidad jurídico-penal que, por un lado, satisface -o al menos esa es la intención científica- los requisitos del Derecho penal nuclear, pero que, por otro lado, abarca a un tipo de sujetos para el cual no están diseñadas las categorías jurídico-penales. Asimismo afirma, que en el futuro las sanciones a los entes colectivos jugarán un papel importante, y en ese sentido, resulta necesario elaborar para las personas jurídicas, reglas especiales de imputación y de atribución de responsabilidad penal.

que incide en sectores estratégicos de naturaleza pública; en ese sentido, el reconocimiento objetivo de esa extensa acción empresarial ha conducido a intentar superar la noción de culpabilidad como elemento ordinario del ilícito penal, ya que el referido ente participa y puede ser instrumento para la comisión de una conducta ilícita, como el lavado de activos, los actos de corrupción estatal y el daño medioambiental¹⁷⁵.

Siguiendo este hilo explicativo, se debe tomar en cuenta, que previo a otorgar responsabilidad penal – o culpabilidad *stricto sensu*- a un agente colectivo, es necesario – como condición *sine qua non*- dilucidar qué se debe entender cómo *injusto personal* -tipicidad y antijuridicidad- en el seno de una persona jurídica¹⁷⁶.

Así, Percy García Caverro sostiene que la discusión sobre el injusto típico de las personas jurídicas, puede resumirse a partir del siguiente baremo: por una parte, nos encontramos con la *doctrina de la identificación*, la cual proviene del mundo anglosajón y entiende que el injusto de la persona jurídica es el realizado por el órgano o representante que es un alter ego – o segundo yo- de la persona jurídica. A su vez, los elementos objetivos y subjetivos del delito se deberán de dar en la persona natural representante u órgano de la empresa, por tanto, lo subjetivo no sería necesario si se admite *strict liability* – responsabilidad objetiva– como en Estados Unidos¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Daniel Francisco Cabeza de Vaca Hernández, “Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica”, en: Elvia Arcelia Quintana Adriano, Coord., *La vigencia del código de comercio de 1890*, (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2018), 129.

¹⁷⁶ Al respecto es importante mencionar, que en la literatura concerniente a esta temática no existe una línea uniforme de pensamiento científico de cómo debe analizarse e interpretarse el injusto personal de la persona jurídica, mucho menos qué deberá entenderse sobre tal categoría; sin embargo, en las líneas que preceden se tratará de dilucidar lo que según la doctrina mayoritaria está recibiendo mayor aceptación.

¹⁷⁷ Así, con relación a este punto, Percy García Caverro, “La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, *Ponencia pronunciada en las XXVII jornadas internacionales de Derecho penal*, (2005): <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5319474.pdf>. No obstante la anterior

Debe tomarse en cuenta, que lo importante en esta teoría será determinar en qué casos el representante actúa como tal – y así permitir una imputación del injusto de resultado a la persona jurídica- y cuando no, de manera que en este evento responderá solo a título personal.

Por otra parte, y continuando con esta discusión, el referido autor también desarrolla una segunda doctrina, a la cual se refiere como *teoría del defecto de organización*¹⁷⁸. Establece que se trata de una doctrina desarrollada por Tiedemann, a partir de la OWiG Alemana –Ley de Contravenciones e Infracciones Administrativas de 1986–, en la que se sanciona a la empresa por la comisión de delitos realizados por sus miembros o subordinados. Según esta corriente de pensamiento alemana, el injusto ya no es el injusto de resultado cometido por el representante o miembro de la empresa, sino un injusto propio de la persona jurídica: el haberse organizado defectuosamente durante el desarrollo de sus actividades, de manera que se ha favorecido la

argumentación, el autor afirma que el principal problema de este planteamiento es que impediría atribuir una responsabilidad conjunta a los órganos de la persona jurídica y a la persona jurídica misma, en el sentido de que, si el órgano ha actuado como la persona jurídica, entonces no podrá imputársele ninguna responsabilidad penal al órgano, pues quien ha actuado en todo momento ha sido la persona jurídica. Asimismo -continúa diciendo- el uso abusivo de las formas jurídicas podría llevar a utilizar la persona jurídica de las corporaciones para liberar de responsabilidad penal a los sujetos individuales actuantes.

¹⁷⁸ Véase sobre este aspecto, Silvana Bacigalupo Saggese, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, nota al pie 83., p. 169 y ss. Según la autora, la exposición de motivos dicha ley – es decir, de la OWiG– hacía referencia a la flexibilización de la nueva redacción del artículo treinta del referido cuerpo normativo. El hecho de que tal disposición previera la aplicación directa a la persona jurídica de una multa, puso de manifiesto que las asociaciones mencionadas en dicha disposición –§ 30 de la OWiG– son las destinatarias de la norma. Esta primera constatación es la que le permite afirmar a Tiedemann que se ha abierto la posibilidad de imputar la acción de una persona física como *acción propia de la persona jurídica*. Es decir –refiere Saggese– la existencia de una norma de imputación permite aceptar la existencia de una acción de la persona jurídica, aunque esta tenga que ser realizada, en efecto, por un órgano –u otra persona– en nombre de la misma, es decir, aunque se trate de la imputación de una acción ajena.

comisión de un hecho delictivo. Se trata –por ende– de un injusto de organización, que no dependerá, en principio, de ningún resultado¹⁷⁹.

Respecto de lo anterior, la manera en que Tiedemann fundamenta un concepto de culpabilidad diferente del habitual, está basado en la exclusión de un reproche ético de forma general; en otras palabras, se puede considerar un concepto de culpabilidad orientado por categorías sociales y jurídicas. En ese sentido -afirma-, el reproche social que fundamenta la responsabilidad de la persona jurídica es la *culpabilidad de organización*. Por tanto, la persona jurídica es responsable por los hechos realizados por individuos, como hecho de conexión, porque esta y sus órganos o representantes no han tomado las suficientes medidas de cuidado que son necesarias para garantizar un negocio ordenado y no delictivo¹⁸⁰.

¹⁷⁹ De nuevo, Percy García Cavero, “La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”. Este planteamiento presenta ciertas particularidades –afirma el autor–, así se tiene: a) que podría castigarse a las personas jurídicas sin la lesión efectiva de un bien jurídico, afectándose así el principio de subsidiariedad del Derecho penal. La única forma de salir al frente ante esta crítica objetiva, sería considerar la producción de un injusto de resultado del miembro de la persona jurídica como una condición objetiva de punibilidad; b) que el delito de la persona jurídica sería siempre el mismo: su organización defectuosa. Esta consecuencia no es negativa -dice el autor- pero podría presentar problemas de proporcionalidad, en la medida que se castigaría a la persona jurídica con la misma pena por los delitos leves y graves cometidos por sus miembros. Por su parte –continúa argumentando– la propuesta alternativa para solventar esta falta de equidad, sería vincular la pena de la persona jurídica al delito cometido por los órganos o representantes.

¹⁸⁰ Con más detalle, Silvina Bacigalupo Saggese, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, nota al pie 91., p. 171 y ss. Sobre este argumento, Tiedemann sostiene, que en el marco de la empresa o de la persona jurídica, todo delito o infracción administrativa de los órganos o representantes surge como un error de la misma, siempre y cuando, no estemos en presencia de un exceso en la representación; *sobre el mismo punto, véase*, Carlos Gómez-Jara Díez, *La Culpabilidad Penal de la Empresa*, 307. Particularmente sostiene que, el argumento principal de la construcción de Tiedemann radica, en aducir que la empresa tiene una *posición de garante* sobre las acciones y omisiones de sus empleados, estando obligada por dicha posición de garante a una organización correcta que, caso de no producirse o ejecutarse, desencadena su propia responsabilidad penal. En ese sentido, manifiesta el autor, que en el marco de esta organización se produce, no obstante, una ruptura temporal entre el hecho delictivo concreto de la persona física, y la configuración organizativa que ha llevado a cabo la empresa. Ahora bien –para superar esta crítica– Tiedemann acude a una conocida formulación teórica del Derecho Penal: *La actio libera in causa*. En efecto, de la mano de esta construcción, señala que el comportamiento previo es precisamente el que fundamenta la

Por su parte, Percy García Caverro en la propuesta que realiza de un modelo de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas por el hecho propio, sostiene que la culpabilidad de la persona jurídica solamente puede alcanzarse mediante un concepto de culpabilidad analógico¹⁸¹. En tal sentido explica, que en la medida que la culpabilidad jurídico-penal se estructura en la individualidad y socialidad de la persona natural, resulta necesario encontrar los equivalentes funcionales de estos aspectos en la persona jurídica. Así, siguiendo los desarrollos de la teoría de los sistemas, puede llegarse a la conclusión de que el ente colectivo llega a alcanzar una individualidad cuando su complejidad organizativa permite una autorreferencialidad¹⁸² importante de la propia persona jurídica y el desarrollo de intereses societarios ajenos a los de sus órganos, representantes y socios. Por eso, resulta una posición sumamente interesante, en esta línea de pensamiento, la vinculación de la categoría de la imputabilidad penal en el caso de las personas jurídicas a la complejidad organizativa¹⁸³.

culpabilidad antecedente de la persona jurídica, mientras que la persona física responde por la culpabilidad en el momento de ejecución del hecho.

¹⁸¹ Véase, Percy García Caverro, “Esbozo de un Modelo de Atribución de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n.16, (2012): 65 y ss. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20131208_01.pdf.

¹⁸² Sobre la determinación terminológica del concepto de *autorreferencialidad*, véase, Carlos Gómez-Jara Diez, “¿Responsabilidad Penal de Todas las Personas Jurídicas? Una Antecrítica al Símil de la Ameba Acuñado por Alex Van Weezel”. *Revista de Política Criminal*, Vol. 5, n.10 (2010): 457 y ss. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v5n10/art05.pdf>. Sobre tal categoría de imputabilidad empresarial, este autor sostiene literalmente que, al igual que el niño no es imputable en Derecho penal individual hasta que su sistema psíquico no es suficientemente complejo, esto es, hasta que no ha alcanzado un determinado nivel interno de autorreferencialidad –autoconciencia–, tampoco la empresa puede considerarse imputable en el Derecho penal empresarial hasta que su sistema organizativo no es suficientemente complejo, esto es, hasta que no ha alcanzado un determinado nivel interno de autorreferencialidad –autoorganización–. Por tanto, las empresas deben también superar ese umbral de complejidad interna suficiente y de autorreferencialidad bastante para poder ser consideradas personas en Derecho penal. Dicho umbral, por lo demás, se establece, tanto en el ámbito del Derecho penal individual como en el del Derecho penal empresarial, normativamente.

¹⁸³ Así, con detalle y amplitud, consúltese Carlos Gómez-Jara Diez, “¿Imputabilidad de las Personas Jurídicas?”, en: Miguel Bajo Fernández, Agustín Jorge Barreiro, Carlos Suarez González, Editores, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, (España: Editorial

El referido autor concluye esta tesis afirmando, que la persona jurídica es titular de una esfera de organización propia y puede, por ello, hacérsele responsable directamente por los defectos de configuración negativos o positivos de su esfera de organización –*organizada irresponsabilidad*-. Asimismo asegura, que no se trata, por tanto, de una infracción de sus órganos o representantes que simplemente se le imputa a la persona jurídica, sino de una infracción propia de la persona jurídica.

Advierte finalmente que, el defecto por organización no es un injusto, sino lo que la hace organizativamente competente por el hecho que defrauda la norma. A su vez, los miembros de la empresa responderán por la competencia que surge de sus propios aportes en la actuación de la empresa¹⁸⁴.

En similares términos al *supra* referido, se encuentra el planteamiento de Hans Joachim Hirsch – aunque con matices un tanto distintos por la forma de concebir la categoría jurídica de la culpabilidad- quien al momento de fundamentar, no sólo el injusto típico de la persona jurídica, sino también la capacidad de culpabilidad de estos entes, lo hace de la siguiente manera: *en primer lugar*, debe existir una acción llevada a cabo por un órgano o representante, pero dicha acción no debe ser realizada por cualquier persona vinculada a la actividad empresarial, sino, aquellas personas con capacidad

Civitas, 2005). 425 y ss, citado por: Percy García Caveró, en: “Esbozo de un Modelo de Atribución de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”.

¹⁸⁴ Una vez más, Percy García Caveró, “Esbozo de un Modelo de Atribución de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”; el mismo, *Derecho Penal Económico: Parte General.*, 662 y ss., de igual forma, “Seminario Internacional: Los Delitos Imprudentes en el Ámbito Empresarial”, *Revista de Estudios de la Justicia* n.10, (2008): <http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej10/GARCIA.pdf>. De lo expuesto por el autor, puede advertirse -prima facie- que su planteamiento científico circunda sobre el escenario de la teoría de los Sistemas Sociales o más concretamente, sobre la base de un Funcionalismo Sistémico y esto se puede apreciar cuando sostiene, que la culpabilidad jurídico-penal de las personas jurídicas – o imputación personal- significa tener la capacidad de manifestar socialmente su organización en infracción de los roles que socialmente le corresponde por su participación en el tráfico económico-patrimonial.

directiva que actúen en nombre del ente colectivo; y en *segundo lugar*, la acción en concreto debe tener también una relación funcional con la actividad de la empresa y no se debe tratar de cualquier acción posible dentro de la empresa¹⁸⁵.

Respecto de la culpabilidad de la persona jurídica *-stricto sensu-*, este autor expresa que la misma se determina a partir de la culpabilidad del órgano que realizó la acción; en otros términos, se trata de la acción del órgano como hecho de conexión; así mismo exige *-para fundamentar el reproche-*, que el hecho delictivo pudiese haber sido evitado por la persona jurídica y con ello poder obtener a través de este argumento, una responsabilidad colectiva por el hecho cometido, tanto de la persona jurídica como de la persona física interviniente¹⁸⁶.

Ahora bien, alejado de estas posiciones teóricas, se encuentran los planteamientos de Günter Heine, quién a través de su trabajo ha tratado de elaborar o construir un concepto de culpabilidad empresarial análogo-funcional

¹⁸⁵ Hans Joachim Hirsch, "*Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbände*", Trad., al castellano por Patricia S. Ziffer, "La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Asociaciones de Personas", (Argentina: Universidad de Buenos Aires) de la conferencia dictada por el autor en la sesión del 17/3/1993, en la Academia de Ciencias Penales de Renania-Westfalia., citado en: Silvina Bacigalupo Saggese, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. 175 y ss. Dentro del trabajo del autor alemán, también se puede evidenciar, que incluye la responsabilidad de la persona concreta que actuó, sin que ello vulnere el principio constitucional de *ne bis in ídem*, ya que se trata de una responsabilidad acumulativa y no de una doble punibilidad.

¹⁸⁶ *Ibíd.* 176. Sobre este punto, Silvina Bacigalupo Saggese afirma *-críticamente-*, que la solución planteada por Hirsch, se puede decir, que no es más que una solución pragmática y, casi, de compromiso ante las exigencias de la realidad político-criminal, sin que se aborde el problema centra. Lo único que pone de manifiesto es que, en realidad, no se ha abordado el problema de la culpabilidad de la persona jurídica, sino que lo ha obviado llevando el problema al terreno de una supuesta responsabilidad solidaria de la persona jurídica con el órgano que en todo caso, no sería sino una responsabilidad sin culpabilidad, sin configurar, por lo tanto, una verdadera responsabilidad de la persona jurídica. Por lo tanto *-agrega-* no parece convincente decir que la culpabilidad del órgano sea la que constituye la culpabilidad de la propia persona jurídica, pues al igual que al partícipe no se le puede trasladar la culpabilidad del autor, tampoco se explica que aquí sí se tenga que hacer una excepción a ese principio de contenido dogmático.

al derecho penal individual. Entiende el autor alemán, que a la empresa se le asigna el deber de administrar adecuadamente los riesgos, por lo que su responsabilidad penal se deriva de una defectuosa administración de los riesgos que, a través de una elevación del riesgo específico, lleva a la realización externa de un riesgo típico de la empresa¹⁸⁷. Esta estructuración de la imputación tiene como aspecto resaltable, una visión del injusto centrada en la organización -defectuosa- de los riesgos, pero construye la culpabilidad de la empresa en atención no al hecho defectuoso concretamente realizado, sino a la conducción de la actividad empresarial.

No obstante lo anterior, considera Günter Heine, que el primer requisito que habrá de comprobar¹⁸⁸ -al momento de construir el injusto de la persona jurídica- sería el de la existencia de una *posición de garante de control*; tomando en cuenta que dicha posición de garante, debe reunir -a su vez- otros dos requisitos: Por un lado, debe haberse dado una actividad de riesgo defectuosa, y por otro, la realización del riesgo típico del ámbito de la empresa.

Siguiendo con el desarrollo de este análisis, Günter Heine plantea -además- que el segundo requisito a determinar de forma obligatoria para fundamentar el injusto típico de la persona jurídica y la consecuente culpabilidad de estos entes, lo constituye el siguiente argumento: “Corroborar que la empresa, en

¹⁸⁷ Así, con profundidad, únicamente Günter Heine, “La Responsabilidad Penal de las Empresas: Evolución Internacional y Consecuencias Nacionales”, *Anuario de Derecho Penal*, s/n (1997): *Passim*, https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_04.pdf. Este autor con su trabajo, ha tratado de edificar de forma paralela a la teoría del dominio del hecho, una categoría científica que en puridad dogmática satisfaga valorativamente lo que el *dominio del hecho* aporta a la persona física; así se tiene, que en lugar de tal construcción teórica, este autor optó por establecer fundamentalmente una teoría del *dominio de organización funcional-sistémico* -para la vida empresarial-, y a partir de ello, construir una verdadera culpabilidad de la persona jurídica, según su posicionamiento.

¹⁸⁸ Vid. Günter Heine, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung*, citado en: Silvina Bacigalupo Saggese, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. 180 y ss. Con dicho planteamiento teórico, Heine denomina a la autoría de la persona jurídica, como: *Dominio de Organización Funcional-Sistémico*, en contraposición al dominio del hecho, tal y como se ha dejado claro, en líneas *supra*.

atención al dominio de organización defectuoso acaecido en el seno empresarial, no toma en consideración la posibilidad de adoptar medidas a tiempo para evitar riesgos o en su caso desatiende los programas de inversión”¹⁸⁹.

Con lo anterior, Günter Heine argumenta, que las categorías jurídico-penales como el dolo, la culpa o la conciencia de antijuridicidad de la persona jurídica, se deben determinar de forma funcional según el tipo de empresa. En tal sentido, la cuestión de si la persona jurídica puede tener o no dolo en su actuación riesgosa -responde Günter Heine-, que tampoco los elementos subjetivos se determinan en el Derecho penal individual en función de un conocimiento real del autor, sino, en función de consideraciones sociales¹⁹⁰.

Así, Günter Heine concluye, que el desarrollo de un *management*¹⁹¹ de riesgo defectuoso a lo largo del tiempo fundamenta una culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial, teniendo con ello, un equivalente funcional a la culpabilidad por el hecho propio del Derecho penal individual¹⁹².

¹⁸⁹ *Ibíd.* 180. El referido autor alemán sostiene, que la realización de un riesgo típico de la actividad empresarial, es decir, de un resultado, se debe entender como *condición objetiva de sanción*. Esto se entiende de esta forma, porque en Derecho penal el resultado cometido por una empresa, no se presenta como una acción dominada por la voluntad de un autor, sino como consecuencia de un proceso de acumulación de un *management defectuoso*.

¹⁹⁰ *Ibíd.* 181. Al respecto debe considerarse, que el trabajo científico elaborado por Günter Heine, contiene -en mi modesta opinión- avances muy notables en la redefinición de las categorías dogmáticas tradicionales del Derecho penal individual; advirtiendo de forma clara que no es posible fundamentar un estado de culpabilidad y mucho menos la atribución de responsabilidad penal a los entes colectivos, si la doctrina se empeña en realizar tal labor, tomando en consideración teorías que fueron diseñadas para otro tipo de sujeto, con características totalmente diferenciadas, al de una persona jurídica como tal. En síntesis, el esfuerzo científico de este autor alemán se traduce en configurar una verdadera RPPJ por el hecho propio; tanto así, que dentro de sus formulaciones, presenta una propuesta de *lege ferenda*, fundamentando la punibilidad de las personas jurídicas. *Sobre esto último, véase, Günter Heine., Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen., 316., trad., por Silvana Bacigalupo Saggese, La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas., 182.*

¹⁹¹ Solo como aclaración terminológica, tal concepción hace referencia a la administración o gestión de todas las actividades empresariales en el seno de una persona jurídica.

¹⁹² Puntualmente, Cfr., Carlos Gómez-Jara Diez, *La Culpabilidad Penal de la Empresa*, 231, 309. Al margen de la anterior propuesta, en una de las últimas contribuciones o aportaciones

Por otra parte –y atendiendo siempre a estas consideraciones que fundamentan la categoría jurídico-penal de la culpabilidad en seno empresarial–, cabe destacar –quizá de forma reciente– la propuesta científica de Gómez-Jara, quien partiendo de la teoría de los sistemas sociales autopoieticos, plantea un cambio de paradigma¹⁹³ en los conocimientos básicos del Derecho penal nuclear y elabora un concepto de culpabilidad *constructivista-operativo*¹⁹⁴.

En la exposición de su trabajo, Gómez-Jara manifiesta, tomando como referencia la *teoría de los sistemas sociales autopoieticos*¹⁹⁵ de corte

científicas de Heine, el autor advierte que para establecer los fundamentos de legitimación de la responsabilidad originaria de la empresa, acude a la dogmática de la omisión y a la división entre el garante de protección y el garante de supervisión.

¹⁹³ *Ibíd.* 202. El referido tratadista sostiene, que el motivo por el que debe producirse un cambio de paradigma, es porque la teoría de los sistemas *permite* una descripción del sistema jurídico basado en la distinción de sistemas sociales y sistemas psíquicos, permitiendo de esta manera una descripción del sistema jurídico en el que el punto de partida no sea precisamente un sujeto individual autoconsciente.

¹⁹⁴ Véase ampliamente, sobre el *constructivismo operativo*, Carlos Gómez-Jara Diez., “Distinciones teóricas en la observación del sistema jurídico penal: breves apuntes sobre la teoría de reflexión del derecho penal”., Miguel Polaino-Orts., “Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto”., *ambos* en: *El Funcionalismo en Derecho Penal, Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs.*, Coord., por Eduardo Montealegre Lynett., Tomo II., (Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2003), 15 y ss., 85 y ss. Este autor afirma, que N. Luhmann escoge con precisión la nomenclatura de la epistemología por él fundada, puesto que con esta quiere poner el acento en el término "operación". Desde luego, la revolución que supone su concepción en el seno del constructivismo viene dada de la mano del hecho de considerar que la comunicación es la operación autopoietica propia de los sistemas sociales. El derecho -dice Luhmann- no es sino lo que el derecho diga que es derecho. De acuerdo con la teoría sistémica, el derecho -al igual que la sociedad en la que se integra- es un sistema autorreferencial y autopoietico que se integra de expresiones de sentido, de comunicaciones. Que el Derecho sea un sistema social significa que se caracteriza por el modo operativo de autorreproducción -esto es, autopoietico- que adopta: la comunicación, la expresión de sentido.

¹⁹⁵ Siempre, sobre el paradigma sociológico funcional, puntualmente véase la obra del autor español, Carlos Gómez-Jara Diez, *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial*, (Perú, Ara Editores, 2009), 310 y ss., citado por, Javier Cigüela, “Culpabilidad, identidad y organización colectiva”, *Revista de Política Criminal*, Vol. 12, n.24 (2017): 910 y ss. http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A7.pdf. En el paradigma sociológico, el argumento a favor de la culpabilidad colectiva es que las empresas tienen un protagonismo social cada vez mayor, superior incluso al de los individuos, y en esa medida una “defectuosa organización colectiva” cuestiona el orden social –comunica la falta de fidelidad al derecho– tanto como si se tratase de un defectuoso comportamiento individual.

funcionalista, que tanto empresa –o persona jurídica-, el individuo, como también el Derecho son conceptos autorreferenciales suficientes como para ser considerados sistemas autopoieticos, es decir, sistemas que se producen a sí mismos.

En ese sentido, explica Gómez-Jara, que previo a construir un concepto de culpabilidad jurídico-penal aplicable al colectivo empresarial, resulta indispensable establecer cómo concibe la teoría de los sistemas sociales autopoieticos al Derecho como sistema comunicacional. Así establece, que el Derecho se concibe como un sistema compuesto por comunicaciones jurídicas, que crea una determinada visión de su entorno¹⁹⁶.

A partir de esta posición, Gómez-Jara sostiene que la autonomía del sistema jurídico conlleva que genere sus propios artefactos comunicativos, a los cuales se imputan las correspondientes comunicaciones jurídicas: dichos artefactos comunicativos, son sin lugar a dudas, en este planteamiento científico, las personas; y detrás de este artefacto, es decir, detrás de las personas, se encuentran tanto sistemas psíquicos -personas físicas- como sistemas organizativos, es decir, empresas o puntualmente, personas jurídicas¹⁹⁷.

Asimismo el autor refiere, que los parámetros de la teoría de los sistemas sociales autopoieticos como pilar fundamental de su trabajo, han sido incorporados al ámbito del Derecho penal, en parte, por la teoría jurídico-penal de Günther JAKOBS –normativismo funcionalista-. Es por ello que en la

¹⁹⁶ De nuevo, Carlos Gómez-Jara Diez, *La Culpabilidad Penal de la Empresa.*, 310.

¹⁹⁷ *Ibíd.* 310 y 311. El autor afirma, que particularmente, respecto de este último tipo de sistemas, están constituidos sobre la base de decisiones organizativas orientadas en función de ciertas estructuras organizativas, generando un determinado entorno, tanto interno como externo. Agrega el autor, que dichos sistemas tienen la capacidad de autoorganizarse y de generar una determinada cultura empresarial, a la cual define, como el conjunto de premisas de decisión no decidibles, que posee una vigencia que puede cuestionar la vigencia del Derecho en el seno de dicha organización.

elaboración del concepto de culpabilidad empresarial que dicho autor configura, toma como referencia el concepto de culpabilidad funcional-personal de JAKOBS; en ese sentido, se acuña una teoría conforme a la epistemología que funda la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos: el concepto *constructivista* de culpabilidad basado en un *constructivismo operativo*¹⁹⁸.

Ahora bien, Gómez-Jara es categórico al afirmar, que para estructurar o edificar la concepción de culpabilidad antes referida, tiene que partirse de un concepto determinante que subyace en la esencia misma de la teoría de los sistemas sociales: “el concepto de persona”. En ese orden de ideas, fundamental resulta la afirmación de que la persona, es un constructo del sistema jurídico al cual se imputan una serie de comunicaciones, lo que en el caso del Derecho penal serían, comunicaciones jurídico-penales¹⁹⁹.

En esa misma línea de pensamiento, importante se vuelve destacar que los presupuestos para que el sistema jurídico-penal atribuya la condición de persona a un determinado sistema no son aleatorios o antojadizos, por el contrario, vienen dados a través del entendimiento que la sociedad moderna tiene de ciertos sistemas. Así, una circunstancia fundamental, que sirve para distinguir aquellas organizaciones empresariales imputables de las inimputables, es el desarrollo de una complejidad interna suficiente^{200 201}.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

²⁰⁰ *Ibidem*. Al respecto, el autor sostiene que una vez establecidos dichos presupuestos, su trabajo intenta determinar cómo deben entenderse los mismos en el seno del Derecho penal empresarial. Así, manifiesta, que en el análisis a las críticas de la culpabilidad empresarial, la incapacidad de acción es un elemento que, si bien pareciera que no debe o no debió nunca incidir en este análisis de la culpabilidad, finalmente fue introducido por varios autores, bajo el supuesto, que si no puede actuar no se le puede reprochar que no haya actuado.

²⁰¹ A este respecto particularmente, véase de forma amplia –y como ya se mencionó–, la recensión de Carlos Gómez-Jara Diez, “¿Responsabilidad Penal de Todas las Personas Jurídicas? Una Antecrítica al símil de la Ameba Acuñado por Alex Van Weezel”., quien asevera que al igual que el *niño* no es imputable en Derecho penal individual hasta que su sistema

Sobre este aspecto, Gómez-Jara entiende que para construir o edificar un concepto de culpabilidad empresarial era y es, por tanto, necesario establecer algún equivalente funcional en este punto. A este respecto, el autor consideró a través de su planteamiento científico, que la capacidad de acción del Derecho penal individual, es equivalente a la capacidad de organización²⁰² en el Derecho penal empresarial, situación similar debe ocurrir –también- en el campo de culpabilidad.

A partir de lo anterior, la elaboración del concepto de culpabilidad empresarial propuesto por Gómez-Jara, sobre la base de un constructivismo operativo²⁰³,

psíquico no es suficientemente complejo, esto es, hasta que no ha alcanzado un determinado nivel interno de autorreferencialidad –autoconciencia–, tampoco la *empresa* puede considerarse imputable en el Derecho penal empresarial hasta que su sistema organizativo no es suficientemente complejo, esto es, hasta que no ha alcanzado un determinado nivel interno de autorreferencialidad – autoorganización –. Por tanto, las empresas deben también superar ese umbral de complejidad interna suficiente y de autorreferencialidad bastante para poder ser consideradas personas en Derecho penal. Dicho umbral, por lo demás, se establece, tanto en el ámbito del Derecho penal individual como en el del Derecho penal empresarial, normativamente.

²⁰² *Ibidem*. Sobre este tópico el tratadista sostiene que existen ciertos posicionamientos dogmáticos contemporáneos que abogan por considerar que la capacidad de organización es la clave para atribuir, tanto a personas físicas como a jurídicas, la competencia necesaria para exigirles a continuación responsabilidad por el uso de esa capacidad organizativa. Sin embargo, la capacidad autoorganizativa suficiente no se puede predicar de toda persona física ni de toda persona jurídica. En efecto, existen algunas personas que son consideradas heterónomas y no autónomas por el ordenamiento jurídico-penal. Estas no presentan una complejidad interna suficiente, por lo que no se les puede imponer una pena, pero sí otro tipo de sanciones o intervenciones.

²⁰³ Sobre la corriente de pensamiento adoptada por Gómez-Jara, véase Pedro Martín Giordano, “Hacia una definición de constructivismo operativo a partir de la dimensión temporal de sentido”, *VI Jornadas de Jóvenes Investigadores*. Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, (2011): *passim*, <https://www.aacademica.org/000-093/277.pdf>. Con este esfuerzo académico, el autor le permite al lector entender que el *constructivismo operativo*, como postulado epistemológico de la ciencia Luhmanniana, centra su atención en tres concepciones sociales de extrema relevancia: la autorreferencialidad, la autopoiesis y la autoorganización; en otras palabras, estamos hablando de: operación, observación, elementos y estructuras de los sistemas sociales. Así entonces, una vez que se comprende la interrelación de estos tres conceptos, se puede llegar a la conclusión de que estamos en presencia de *sistemas clausurados operativamente* a su entorno. Ahora bien, para aclarar lo anterior, debe partirse de la idea que las *operaciones* –autorreferencialidad- que llevan a la producción de elementos nuevos –autopoiesis- de un sistema dependen de las operaciones anteriores a las que ha llegado y constituyen el presupuesto de operaciones futuras, por ello es que los sistemas se encuentran *clausurados operacionalmente* y es gracia

pasa por dimensionar y consolidar tres fundamentos substanciales relacionados íntimamente entre sí, a los que el autor denomina categóricamente como equivalentes funcionales²⁰⁴: a) la fidelidad al derecho como condición de vigencia de la norma, b) la igualdad objetiva entre las personas, y c) la posibilidad de cuestionar jurídicamente la norma participando en la producción común de sentido o dicho de otro modo, en la capacidad de participar en los asuntos públicos.

El primer equivalente funcional se fundamenta en el hecho de que, en la sociedad moderna, la vigencia de determinadas normas depende en gran medida de la creación y mantenimiento de una cultura empresarial de fidelidad al Derecho. A la vista de esta situación –totalmente corroborable, por cierto– resulta necesario y adecuado imponer a dichas organizaciones empresariales la obligación primordial que afecta a toda persona jurídico-penal: la obligación de fidelidad al Derecho, lo cual se concreta en la institucionalización de una cultura empresarial de fidelidad al Derecho, pues el equivalente funcional del individuo, naturalmente, se configura en el contexto de una persona jurídica.

a ello como logran su autonomía. Sobre el particular, y centrando la atención en el *seno empresarial*, no es aventurado pensar que la persona jurídica –como sistema organizativo– 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 empresa cierta competencia sobre su ámbito de organización; en otras palabras, el *constructivismo operativo* de Luhmann es utilizado por Gómez-Jara en su trabajo científico, pues este advirtió que la persona jurídica es un sistema autorreferente, que se produce así mismo, es decir, es autopoietico y que en su esencia constituye un artefacto comunicativo, al que se le imputan comunicaciones jurídicas, pues tiene la capacidad de emitir decisiones organizativas y de cuestionar la vigencia del Derecho en el seno de dicha organización. En conclusión, se habla de un *concepto constructivista de culpabilidad*, porque Gómez-Jara abarcó en su posición científica cada uno de los elementos que configuran a la corriente de pensamiento desarrollada por el sociólogo alemán N. Luhmann y los trasladó al ámbito de actuación y de responsabilidad del entorno empresarial, argumentando que la Persona Jurídica en su esencia constituye un sistema operacional, es decir con autorreferencialidad, que a la vez presenta elementos autopoieticos y que, llegado un determinado nivel de complejidad interna, la persona jurídica comienza a organizarse a sí misma, es decir, a autoorganizarse.

²⁰⁴ Vid. el desarrollo de cada equivalente funcional en: Carlos Gómez-Jara Diez, *La Culpabilidad Penal de la Empresa.*, 258 y ss., 274 y ss., 286 y ss.

Bajo ese orden de ideas, dice el autor, el reconocimiento de una esfera de autonomía a la empresa con la consiguiente obligación de fidelidad al Derecho provoca, al igual que lo hizo en el individuo, el nacimiento del ciudadano -corporativo- fiel al Derecho. Por tanto, el rol que garantiza el Derecho penal –empresarial- es el del rol del ciudadano -corporativo- fiel al Derecho y, en consecuencia, la no institucionalización de esa cultura empresarial de fidelidad al Derecho constituye el quebrantamiento del rol del ciudadano (corporativo) fiel al Derecho; es decir, la manifestación de la culpabilidad jurídico-penal empresarial, como tal²⁰⁵.

En definitiva, desde esta perspectiva o equivalente funcional, la culpabilidad consiste en un déficit o falta de fidelidad al Derecho simbolizado mediante el cuestionamiento de la vigencia de la norma; por tanto –refiere Gómez-Jara- la culpabilidad empresarial consistirá en un déficit de fidelidad empresarial al Derecho, lo que deberá entenderse como el establecimiento de una cultura empresarial por parte de la persona jurídica de no cumplimiento con el Derecho. Es por ello, concluye el referido autor sobre este tópico, que no parece descabellado o atrevido pensar que la existencia de una cultura empresarial de no cumplimiento del Derecho, supone el cuestionamiento de la

²⁰⁵ Como diría Gómez-Jara en: “¿Responsabilidad Penal de Todas las Personas Jurídicas? Una Antecrítica al Símil de la Ameba Acuñado por Alex Van Weezel”. El nacimiento de rol del ciudadano corporativo fiel al Derecho conlleva el reconocimiento de un mínimo de igualdad a las empresas con el individuo. Sobre el particular no puede pasarse por alto que desde el S. XX estamos inmersos en una sociedad del riesgo y es precisamente a esta idea de la sociedad –moderna y postindustrial– a la que el autor destina parte de sus argumentaciones en este equivalente funcional, pues entiende que son las grandes empresas –personas jurídicas- las que desarrollan nuevos productos, nuevos métodos de producción y tecnologías procedimentales; las que se encargan de llevar a cabo investigaciones tecnológicas y capacitaciones procedimentales, y las que disponen de sus propios departamentos jurídicos y de investigaciones de mercado; es decir, como corolario de esta situación, el Estado se ve absolutamente incapaz de cumplir con la multitud de tareas asignadas al “estado de bienestar”, pues el riesgo de la sociedad que enfrenta ya le desborda completamente. En consecuencia, la línea a seguir consiste en la determinación de una autorregulación empresarial, que se traduce en una autorresponsabilidad empresarial o lo que es lo mismo, una regulación Estatal de la autorregulación privada que comporta una persona jurídica.

vigencia del ordenamiento jurídico, mucho mayor, aún, de la que puede expresar cualquier individuo de forma concreta²⁰⁶.

En lo que respecta al segundo equivalente funcional, el que corresponde a la igualdad objetiva entre las personas, -también nominado por Gomez-Jara como el sinalagma básico del Derecho penal- parte de la idea de dos fundamentos: a) referido a la libertad de que posee la empresa o persona jurídica de configurar su esfera de organización, y b) el deber que surge, como sinalagma -es decir, sé persona y respeta al otro como persona- de mantener la esfera de organización dentro de los límites del riesgo permitido²⁰⁷.

Así se tiene entonces, que a partir de tales premisas vemos por una parte una libertad de autoorganización –empresarial-, y por otra una responsabilidad por las consecuencias de esa actividad empresarial. De esta manera se acentúa la autorresponsabilidad empresarial, pues lo anterior significa que toda empresa o persona jurídica debe comportarse –organizarse- autorresponsablemente de tal manera que nadie resulte dañado, es decir, que el riesgo permanezca dentro del ámbito empresarial; solo así, la persona jurídica pasaría de ser un simple sujeto económico basado en la lógica racional de los costes y beneficios a convertirse en una persona jurídico-penal orientada por el esquema de derechos y deberes; o dicho en otras palabras, Gómez-Jara entiende que al concedérsele a una persona jurídica una libertad de autoorganización, cuyo reverso como sinalagma básico será la responsabilidad por las consecuencias, solo así comienza a reconocérsele

²⁰⁶ Nuevamente, Carlos Gómez-Jara Díez, *La Culpabilidad Penal de la Empresa.*, 273. Sobre el particular, el referido autor concluye afirmando que las organizaciones empresariales modernas se constituyen en verdaderos garantes de la vigencia del ordenamiento jurídico, de tal manera, solo en la medida en que se le impone a las mismas el procurarse la suficiente fidelidad al Derecho, puede confiarse plenamente en la vigencia efectiva de la norma.

²⁰⁷ *Ibíd.* 279. Por lo tanto, dice el autor, a la persona física como a la jurídica se le impone la responsabilidad por su autoadministración.

como un igual en la comunicación jurídico-penal, lo que conllevaría al otorgamiento de una cierta ciudadanía bajo los presupuestos de una sociedad moderna²⁰⁸.

Ahora bien, es precisamente el reconocimiento de cierta ciudadanía a la persona jurídica y al seno empresarial como tal, lo que fundamenta el tercer y último equivalente funcional propuesto por Gómez-Jara en la configuración de un concepto constructivista de culpabilidad. Se habla acá por tanto de la capacidad de la persona jurídica de cuestionar la vigencia de la norma y de la posibilidad de participar en los asuntos públicos.

Así Gómez-Jara a este respecto, orienta sus reflexiones a considerar que la atribución de culpabilidad a la persona jurídica, tiene mucho que ver con el reconocimiento mínimo de ciudadanía a la organización empresarial²⁰⁹; dicho de otro modo, supone el reconocimiento de un status de ciudadano corporativo fiel al derecho, pues el autor entiende que las corporaciones como tal participan activamente en la producción de normas sociales y jurídicas –entre ellas las penales- en el seno de una sociedad moderna. En ese sentido,

²⁰⁸ Véase sobre esta posición del autor, Klaus Tiedemann, “Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en derecho comparado”, en *La Reforma de la Justicia Penal (Estudios en homenaje al Profesor Klaus Tiedemann)*, Coord. Por Juan Luis Gómez Colomer y José Luis González Cussac., (España: Publicaciones de la Universitat Jaume I, 1997), 41. En efecto, Gómez-Jara sostiene que su posición presenta en este punto cierta similitud con la del K. Tiedemann, pues este último señala que reconocer en Derecho penal tal culpabilidad –social- de la empresa no hace sino exponer las consecuencias de su realidad social por una parte, y las obligaciones correspondientes a los derechos de la empresa, por otra, es decir, derecho y obligaciones abiertamente constituidos en el seno empresarial, fundamentando una responsabilidad –social, en términos del autor- cuando concurra una extralimitación del riesgo permitido.

²⁰⁹ A este respecto, Vid. Gómez-Jara, *La Culpabilidad Penal de la Empresa.*, 290, cita al pie n° 409, quien citando la obra ecuménica de Silvina Bacigalupo Saggese, manifiesta, que desde un punto de vista constitucional, existe un reconocimiento, en ocasiones expreso y en ocasiones implícito, de la titularidad de las personas jurídicas a determinados derechos fundamentales. Así, se les ha reconocido el derecho de igualdad, el derecho a la tutela judicial efectiva –vinculado precisamente a la capacidad procesal-, el derecho al honor, y el derecho a la libertad de expresión, entre otros.

expresa el autor, solo en la manera en que a las organizaciones empresariales –de la naturaleza que sean- se les permita la participación indirecta en el proceso formal y material de creación de normas jurídicas, se les otorga la oportunidad y posibilidad de cuestionar jurídicamente la misma, es decir, sin recurrir de forma directa a la comisión de un hecho delictivo para tener por superada esa participación en el quehacer normativo y social²¹⁰.

Sobre el particular, se vuelve imperioso traer a colación, que las anteriores reflexiones en torno a este último equivalente funcional, fueron construidas por Gómez-Jara tomando como punto de partida la argumentación que el jurista estadounidense Lawrence Friedman²¹¹ realizó como parte de sus intentos científicos de querer fundamentar y desarrollar la RPPJ en un ambiente anglosajón.

Así, partiendo de la teoría expresiva de la pena²¹² desarrollada por Lawrence Friedman, Gómez-Jara advierte que una corporación, empresa o persona jurídica –como quiera llamársele- está situada en la misma posición que un individuo, siempre y cuando tenga, una identidad independiente con un potencial expresivo dentro de la sociedad.

Respecto de lo anterior, Gómez-Jara siguiendo el planteamiento de Friedman, entiende y concluye que la corporación en esta coyuntura posee al menos dos atributos que verifican su identidad independiente dentro de la sociedad, mediante una distinción substancial con respecto a sus dueños, gerentes y

²¹⁰ *Ibíd.* 313.

²¹¹ Lawrence Friedman, *En defensa de la responsabilidad penal corporativa*, (H. J. L. & Pub. Pol., 23, 2000), 841, 848, 850, 851 y ss., citado por, Gómez-Jara, *La Culpabilidad Penal de la Empresa*, 292 y ss.

²¹² Conforme a esta teoría, el concepto de Autor en Derecho penal, es aquella persona en la comunidad que, a través de su conducta puede expresar actitudes con respecto a determinadas personas o bienes, actitudes que pueden ser con, o en oposición a, las valoraciones adecuadas de estas personas tal y como se establecen en el Derecho.

empleados: i) Una personalidad identificable, y ii) Una capacidad para expresar juicios morales en el discurso del foro público, lo que se traduce categóricamente, en la manera de participar por parte de las organizaciones empresariales en los asuntos públicos o de interés general²¹³.

Así entonces, sobre este equivalente funcional puede decirse finalmente, que por una parte el principio de culpabilidad en términos generales garantiza que la persona –individuo- es competente para intervenir en asuntos públicos; y por otra, al otorgársele a la persona jurídica un mínimo de ciudadanía y legitimidad, esta puede cuestionar la vigencia de la norma y participar en el proceso de creación de las mismas, - v.gr., emitiendo una opinión, en algún contexto social relacionado con su entorno empresarial-, en otras palabras, al adscribirse a la misma un plus de ciudadanía esta se encuentra en capacidad de participar activamente en el discurso del foro público, pues debe tenerse en cuenta que la culpabilidad empresarial supone ese reconocimiento a la organización, tomando como punto de partida, claro, la argumentación defendida por Friedman y sostenida por Gómez-Jara en la consolidación de su concepto *constructivista* de culpabilidad.

Ahora bien, una vez desarrollados los fundamentos del concepto de culpabilidad que ha expuesto Gómez-Jara en su trabajo, cabe concluir que este autor, además de que dirige su atención a la función de prevención

²¹³ Véase siempre, Gómez-Jara, *La Culpabilidad Penal de la Empresa*, 293, Cita al pie n° 421. Sobre este punto, expresa el autor, que es aquí donde el trabajo científico de Friedman resulta ser más significativo para este equivalente funcional, pues sostiene que la corporación en este tipo de sociedades modernas, tiene una capacidad suficiente de expresar juicios morales independientes en el discurso de foro público, es decir, de participar en el proceso de creación y definición de las normas sociales. Este argumento, fue ampliamente sostenido por Friedman a partir de la Sentencia de la Corte Suprema estadounidense en el caso *First National Bank of Boston Vs. Bellotti*; con esta Resolución Judicial, se le reconoció a las corporaciones en general, el Derecho a expresarse con respecto a un proyecto de ley en materia de impuestos; en otras palabras, se le concedió a las organizaciones empresariales, el *Derecho a expresarse respecto de ciertas políticas impositivas del Estado*, es decir, a manifestar o expresar un juicio respecto de un asunto público.

general positiva de la pena²¹⁴, sostiene que la empresa, alcanzada cierta complejidad organizativa, se autoorganiza de forma penalmente relevante, siendo posible imputarle responsabilidad penal; esto es así, pues la empresa, al contar con una libertad organizativa, así como con una participación en la configuración de la sociedad –moderna-, le permite cuestionar la vigencia de la norma. Sin embargo, puede advertirse, que no obstante, el encomiable esfuerzo conceptual de su propuesta, se le ha cuestionado y debatido duramente el hecho de ejecutar una línea de pensamiento científico mediante conceptos tan abstractos y genéricos que finalmente imprecisan aspectos irrenunciables de la persona individual.

A la vista de todo lo anteriormente expuesto y continuando con el desarrollo de este argumento, debe quedar claro que el tema del dolo o la imprudencia de la persona jurídica en un hecho en particular donde se cuestione su actuación, es el punto más débil de las construcciones y formulaciones teóricas de la RPPJ; esto es así, esencialmente porque no existe uniformidad o equilibrio actualmente en la dogmática jurídico-penal contemporánea. En ese sentido, cada sector o escenario que pretende desarrollar estas categorías penales, plantea su posición y dependerá del estudio de cada caso en particular la aplicabilidad o no de estas corrientes de pensamiento científico

²¹⁴ Precisamente, sobre este tópico, véase el estudio realizado por José Milton Peralta, “Prevención general Positiva como respeto por el orden jurídico”, *Revista para el análisis del Derecho*, n.2 (2008): *Passim*, <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/529.pdf>. Este autor expone de forma muy completa, los planteamientos realizados a nivel histórico en la ciencia jurídico-penal respecto de los fines que ha precisado la teoría de la pena en general y muy particularmente sobre la prevención general positiva, abordando los posicionamientos teóricos de H. Welzel, V. Hirsch, G. Jakobs, C. Roxin, W. Hassemer, Luzón Peña, Schünemann, S. Mir Puig, respectivamente. No obstante lo anterior, precisa destacar, que cuando los fines de la pena se orientan a una prevención general positiva, esta entraña dos aspectos: el primero, se dice que es *general* porque pretende producirse un efecto en *todos* los ciudadanos; y segundo, es *positivo* porque este efecto no se pretende que consista en miedo ante la pena, sino, en una tranquilización en el sentido de que la norma está vigente, de que la vigencia de la norma que se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser fortalecida por la pena, lo que en el siglo pasado debía entenderse como: eliminación del daño intelectual del delito.

para su consecuente resolución. Obviamente, el Derecho penal económico es el único substrato capaz de resolver esta pugna.

En ese baremo, encontramos, pues, otras posturas científicas que aunque guardan relación con las anteriormente descritas, presentan ciertas particularidades que las hacen diferentes. Al respecto, Pablo González Sierra, dentro de su construcción científica –reciente, por cierto- también se ha encargado de abordar estas categorías jurídico-penales, es decir, el injusto personal de la persona jurídica y la culpabilidad empresarial²¹⁵. Elementos que dicho sea de paso, son estrictamente analizados en este punto en particular.

Este modelo de imputación penal, expuesto por Pablo González Sierra, pretende en términos generales, dar explicación tanto a la vertiente objetiva y subjetiva del injusto personal de la persona jurídica, así como de la manera de cómo debe entenderse la culpabilidad en seno empresarial.

Liminarmente habría que advertir que el desarrollo de la teoría jurídica del delito ha sostenido, en sentido amplio, que existen dos sistemas de imputación debidamente diferenciados: el de la persona física, y el de la persona jurídica; y aunque cada categoría jurídico-penal se edifique de manera analógica para cada sujeto, las mismas expresan matices distintos²¹⁶.

²¹⁵ Pablo González Sierra, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, (Granada: 2012). Este esfuerzo científico, que constituyó la tesis doctoral del autor, se edificó posteriormente, en una obra verdaderamente estructurada, convirtiéndose así en su carta de presentación a la comunidad científica, en consecuencia, Cfr. de igual manera, Pablo González Sierra, *La imputación Penal de las Personas Jurídicas, análisis del art. 31 bis CP*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014).

²¹⁶ Así lo expone, Jesús María Silva Sánchez, “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto”, *Diario la Ley*, n. 7464 (2010): 4., citado por, Pablo González Sierra, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 262.

De este modo expone, Pablo González Sierra, que el injusto personal de la persona jurídica es el *defecto de organización*²¹⁷. Asimismo afirma, que tal constructo mantiene su sustento en la libertad de organización y en el uso legítimo de esa libertad por parte del colectivo empresarial²¹⁸.

A partir de lo anteriormente expuesto, González Sierra expresa –y de una forma más compleja y detallada- que un defecto organizativo, como injusto personal de la persona jurídica, debe referirse a la manera en cómo está configurada una empresa desde puntos de vista organizacionales, es decir, deben tomarse en cuenta, la misión, visión y valores de la empresa, la forma de llevarlos a cabo y la manera en que los permean o asimilan al personal, así

²¹⁷ A este respecto, Pablo González Sierra, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas.*, 262. Lo anterior se entiende de este modo –defecto de organización como injusto personal- si se considera que la persona jurídica es responsable, únicamente por el hecho propio, y no por el hecho ajeno de la persona jurídica, pues debe entenderse que el *hecho de conexión de la persona física*, no es, ni debe ser, el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica, ni tampoco es, ni debe ser, el injusto personal mismo de la persona jurídica, en consecuencia, solo constituyen un presupuesto objetivo de la RPPJ, pero no pueden considerarse su fundamento. Sobre esto último, también pueden verse –expresa González Sierra- las posiciones de Carlos Gómez-Jara Diez, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal”, *Diario la Ley*, n. 7534 (2010): 6., él mismo en: *Responsabilidad penal de la persona jurídica. Aspectos sustantivos y procesales* (Madrid, La Ley, 2011), 66., José Luis De La Cuesta Arzamendi, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español”, *Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal (ReAIDP)*, (2012): 15.

²¹⁸ Sobre este planteamiento, véanse, Laura Zúñiga Rodríguez, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, (Navarra, Aranzadi, 2003), 237., quien manifiesta, que el *injusto de organización* debe concebirse como una dañosidad social evitable; José Miguel Zugaldía Espinar, en *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal.*, 54., quien concibe al *defecto de organización*, como la comprobación de que la persona jurídica ha omitido de forma contraria al deber, la adopción de alguna de las medidas de precaución y control, que eran exigibles para garantizar el desarrollo legal en el seno empresarial; y por último, Gómez-Jara, en *Responsabilidad penal de la persona jurídica. Aspectos sustantivos y procesales.*, 77., quien lo considera como una defectuosa configuración de su ámbito de organización que supera el riesgo permitido, o un defecto de organización que supera el riesgo permitido. Evidentemente, estos autores, aunque se entiendan que describen de forma distinta la categoría del injusto personal de la persona jurídica, convergen en la idea de considerar al *defecto de organización*, como aquella acción u omisión causada por la persona jurídica, que superó el estándar del riesgo permitido, pudiendo haber sido evitado si alguna medida de control o prevención se hubiese adoptado oportunamente y de forma correcta en la actividad empresarial.

como las políticas internas en general; pero sobre todo, aquellas relativas a la consecución de sus fines y provechos económicos o de mercado, los sistemas de escalafón o de carrera interna de la empresa, los perfiles iniciales e ideales de los puestos, y esto implica también, los sistemas de contratación o elección de los solicitantes de ingreso y de ascenso en la empresa, lo relativo a modelos de premios y castigos, de comunicación interinstitucional, ya sea de forma interna o hacia el exterior, de vigilancia y revisión o auditorías inductivas y correctivas, y en la misma medida que todo lo anterior, los procedimientos, reglamentos y normativa interna para llevar a cabo todas las acciones o actividades operativas de la persona jurídica, a través de su empresa²¹⁹.

De igual forma nos dice González Sierra, que el defecto organizativo generado por la actividad de la empresa, debe presentar de forma cierta y objetiva un nexo causal de imputación, es decir, debe existir una relación normativa de atribución, en donde se estime que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, tuvo lugar en el riesgo no permitido creado por la persona jurídica, es decir, fue causa ineludible del defecto organizativo²²⁰.

²¹⁹ De nuevo, Pablo González Sierra, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 263. Un aspecto a tomar en cuenta, refiere el autor, es que en un sistema preventivo de riesgos, la contraparte de un defecto de organización, debe estar encaminado a la evitación razonable de los riesgos derivados de la actividad empresarial, aunque debe considerarse siempre, que nadie podrá exigir jamás el desarrollo de programas de cumplimiento que garanticen la evitación total y definitiva de riesgos, a lo mucho se logrará, una disminución razonable de los riesgos delictivos o lesivos que se desprendan de la actividad empresarial.

²²⁰ *Ibíd.* 264. Sobre el particular refiere el autor, que en un entorno procedimental, la parte acusadora debería de demostrar no solamente que la persona física cometió un delito, que es administrador, representante legal o empleado mal controlado, y que lo hizo por cuenta, en nombre, o en ejercicio de la actividad social de la empresa, es decir, en el provecho real y cierto de la explotación de su rubro; sino que además, deberá acreditar positivamente el defecto organizativo de la persona jurídica y que dicho defecto de organización produjo un riesgo no permitido al bien jurídico y que dicho riesgo se ha realizado en el resultado típico concreto. En otras palabras, es un binomio procesal debidamente concatenado el que la parte requirente debe acreditar y comprobar en juicio.

Aclarado lo anterior, el defecto organizativo bajo una definición precisa es entonces, el injusto personal de la persona jurídica, si se analiza desde una óptica objetiva. Habrá que analizar entonces el otro substrato del tipo de lo injusto, que estará compuesto, por razones obvias, del *elemento subjetivo* en la actividad empresarial.

Así pues, González Sierra nos dice, que el elemento subjetivo del injusto de la persona jurídica comporta la demostración del dolo o la culpa en la comisión de su ilícito. Esto toma relevancia, cuando se analiza el modo de actuación de la persona jurídica en la nomenclatura de tipos penales que la dogmática jurídica y la política criminal sobre este tópico han venido desarrollando, pues de suyo se advierte, que la mayoría de los ilícitos penales que están dirigidos a controlar la actividad empresarial, se configuran bajo una modalidad dolosa, y muy excepcionalmente bajo matices de imprudencia o de actuación culposa.

En consecuencia, por razones político-criminales y de concreción dogmática, es necesario construir el dolo o la culpa de la persona jurídica para entender la orientación de su actividad –si es lícita o no-, lo que se traduce científicamente en establecer, la manera de cómo debe concebirse el elemento subjetivo del injusto empresarial.

A este respecto, González Sierra, con su obra expone y detalla tres posturas que permiten deducir de forma normativa, la manera de cómo debe entenderse el injusto subjetivo a nivel colectivo, es decir en el seno de una persona jurídica. Así, *inicialmente* aborda la tesis de Adán Nieto Martín, quien manifiesta que el dolo o la culpa de la corporación, no son otra cosa que la falta de mecanismos de prevención, detección, reacción o la existencia de políticas de empresa que inciten o hagan más fáciles la realización de

comportamientos ilícitos por parte de personas naturales o en otros casos, la tolerancia o aquiescencia por parte de los superiores²²¹.

Posteriormente, González Sierra con su trabajo también expone posturas como la de Günter Heine y Gómez-Jara, quienes conciben esencialmente al dolo, como el *conocimiento organizativo del riesgo*, el cual, constituye un conocimiento de la empresa diferente al de las personas físicas que integran a la propia persona jurídica. Estos autores entienden, que el dolo organizativo, como parte del injusto subjetivo de la persona jurídica, puede descubrirse a partir de indicios objetivos, como podría ser, por ejemplo, si un grupo de personas físicas conocían el riesgo y esas personas físicas controlan un órgano decisor –es decir, son administradores-, entonces se puede atribuir a la organización ese conocimiento²²², como también podría entenderse, que se imputa a la organización la suma de los conocimientos de sus miembros.

Por último, González Sierra desarrolla el planteamiento científico sostenido por Zúñiga Rodríguez, quien sostiene que el dolo o imprudencia, como elementos integradores del injusto subjetivo de la corporación, debe interpretarse según el grado del defecto de organización, donde la actuación que denote mayor peligrosidad objetiva del riesgo no permitido para el bien jurídico dará lugar a la imputación dolosa, y la actuación que denote menor peligrosidad objetiva

²²¹ Véase, Adán Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, (Madrid, Iustel, 2008), 160., citado en: Pablo González Sierra, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 442. Para este autor, más allá de la constatación del dolo o la culpa en la comisión del ilícito empresarial, lo que interesa y presenta mayor relevancia, es la *gravedad del defecto de autoorganización*.

²²² *Ibid.* 443. González Sierra manifiesta, que las posturas de Günter Heine y Gómez-Jara, hacen referir al dolo o imprudencia al *riesgo* propiamente tal, esto es, a la posibilidad de afectación de bienes jurídicos individuales o colectivos, y por tanto, conectan el dolo o imprudencia al resultado final mismo, es decir, al riesgo no permitido desplegado por la persona jurídica, a partir del conocimiento de su órgano decisor. Lo anterior también encuentra gran similitud con la *teoría de la despartamentalización* en el Derecho Anglosajón, la cual sostiene que el conocimiento de la persona jurídica sobre un hecho en particular, es el conocimiento de todos los empleados. Sobre esto último, véase –dice González Sierra– la sentencia del caso *United States vs. Band of New England*, de la *Court First Circuit*.

del resultado-peligro para el bien jurídico, dará lugar a una imputación culposa²²³.

Expuesto lo anterior y analizando cada posicionamiento, no cabe duda que en lo que respecta a las fuentes de imputación de la actividad empresarial, es cada vez más notoria la dependencia material de la persona jurídica al ámbito de actuación de la persona física, pues es responsable en la medida en que determinadas personas físicas con poder de mando y competencia dentro de la estructura empresarial y que forman parte de sus órganos de gobierno, no hagan bien sus deberes, no asuman su rol o no cumplan con sus obligaciones preestablecidas, tanto a nivel legal como corporativo²²⁴.

En ese orden de ideas y pese a que se proclama la autonomía de la responsabilidad penal de la persona jurídica, existe un nexo de unión intangible al que podríamos denominar *principio de vinculación física*. En efecto, la persona jurídica no será responsable si su persona o personas físicas no realizan una falta de control o vigilancia de sus subordinados²²⁵, pero

²²³ *Ibíd.* 444.

²²⁴ Raquel Roso Cañadillas, “Las fuentes de imputación de la responsabilidad penal corporativa”, *Revista de Derecho*, n.17, (2014): 185 y ss.

²²⁵ Siempre, Raquel Roso Cañadillas, “Las fuentes de imputación de la responsabilidad penal corporativa”. A este respecto, la referida autora manifiesta que dentro del andamiaje que comporta la ejecución de una actividad ilícita empresarial, es necesario siempre analizar, la actuación de la persona física comprometedora y la actuación de la persona jurídica, como sujeto comprometido. En ese sentido, es necesario analizar la actuación típica diseñada y predefinida –político-criminalmente- en cada nivel de responsabilidad: subordinado, representante o administrador y persona jurídica, lo que permite hacer responsable a la persona jurídica, pese a que la persona física quede sin responsabilidad penal por falta de pena, que no por atipicidad. Asimismo agrega la autora, que la discusión resulta más interesante y a la vez más compleja, cuando se concluye, que la persona física ha actuado con dolo y la persona jurídica con imprudencia, o viceversa, si la persona comprometida – persona jurídica- con consentimiento doloso ha decidido realizar el acto típico, pudiendo preverlo internamente, y la persona física comprometedora –subordinado, representante, administrador, órgano de dirección y decisión- ha respetado su margen de actuación y no ha trascendido de su riesgo permitido cuando cumple con su función. Obviamente, sobre esto último, como forma de solución pragmática debe acudir a la génesis del defecto de organización empresarial.

lo anterior debe ser entendido únicamente como presupuesto de su culpabilidad, más no como fundamento –en sentido técnico-, pues este último, siempre lo constituirá el déficit organizacional²²⁶.

Así entonces, bajo tales premisas y muy puntualmente sobre la categoría jurídica de la culpabilidad, González Sierra concluye su planteamiento afirmando, que esta última debe concebirse como un *poder organizarse de otro modo*²²⁷, es decir, poder organizarse de forma distinta al defecto de organización pero que tenga relación con él; en otras palabras, algo del interior de la persona jurídica, que tenga la capacidad de poner en entredicho el contenido de las normas, su fuerza, sus alcances y su cumplimiento. Básicamente que sea capaz de manifestar una desaprobación del ordenamiento jurídico-penal correspondiente²²⁸.

²²⁶ Con relación al elemento subjetivo del injusto personal, y como una postura distinta a las anteriormente analizadas, Cfr., José Miguel Zugaldía Espinar, “Teorías Jurídicas del delito de las personas jurídicas (aportaciones doctrinales y jurisprudenciales). Especial consideración de la teoría del hecho de conexión”, *Cuadernos de Política Criminal, Época II, Sección de Estudios Penales*, n.121, (2017): 24. Allí el referido autor argumenta, que el carácter doloso o imprudente de la persona jurídica, debe tener como punto de referencia el carácter doloso o imprudente del hecho de conexión realizado por la persona física. Y es que –continúa argumentando este autor- la admisión de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en algunos delitos imprudentes apunta a la necesidad de ubicar el dolo o la imprudencia de la persona jurídica en el hecho de conexión, esto es el hecho típico de la persona física, puesto que, la imprudencia y el dolo son categorías dogmáticas ontológicamente incompatibles con las personas jurídicas.

²²⁷ Para el presente trabajo, *poder organizarse de otro modo*, se entiende –sólo y de forma exclusiva– con relación al elemento objetivo que describe la conducta del ilícito cometido en el hecho de conexión, es decir, poder actuar de forma distinta a la descripción del injusto personal que el delito presenta en su vertiente objetiva, que no es más que el *defecto de organización*. De ahí que el fundamento de la imputación –sea dolo o culpa- venga dado, ya sea por la magnitud del injusto organizativo, por el conocimiento del órgano decisor o en su caso, por la mayor o menor peligrosidad que despliegue el riesgo no permitido en la afectación del bien jurídico tutelado por la norma jurídico-penal.

²²⁸ A estas alturas, este esfuerzo investigo considera, que un concepto normativo de culpabilidad –propio de la persona jurídica-, sería en términos dogmáticos el idóneamente aceptado a nivel científico, pues los insumos orientados a configurar y construir así este eslabón de la teoría jurídica del delito, permitiría extirpar cualquier idea de atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica a la luz de un *derecho penal de autor*, es decir, bajo postulados que desarrollen la culpabilidad a partir de las cualidades –subjetivas- del sujeto corporativo en la conducción de su vida empresarial. En consecuencia, fijar un concepto

Así las cosas, bajo tal acopio de posturas, interesa a esta investigación dejar por sentado estas consideraciones: *por una parte*, la discusión en la dogmática penal contemporánea respecto de las categorías jurídicas del injusto empresarial y la culpabilidad de la corporación –de la empresa o de la persona jurídica- actualmente es muy turbulenta, pues no hay consenso y mucho menos uniformidad de criterios entre cada posicionamiento científico que se va germinando, sin que deba de entenderse tales esfuerzos como estériles; y *por otra*, estas herramientas de orden científico, es decir, el injusto empresarial y la culpabilidad en seno corporativo, aunque no estén debidamente acabados en su discusión teórica, han permitido paliar, atenuar y amortiguar -en los Estados que han decidido normar este tipo escenarios sociales y económicos- las actuaciones desmedidas que cometen las personas jurídicas en la explotación de su rubro, esencialmente cuando su accionar comporta la creación de un riesgo no permitido, ya sea en el mercado globalizado, en el orden socioeconómico, y muy particularmente, en el medioambiente, contextos donde con mucha más afluencia se observan a estos sujetos corporativos lindar factiblemente con la ilegalidad²²⁹.

De igual manera y como factor definitivo en el desarrollo de este apartado, es necesario manifestar, que si se habla de acción empresarial, de injusto típico y por ende, como consecuencia próxima, de culpabilidad corporativa, no se debe pasar por alto, que una verdadera construcción de un régimen de RPPJ, debe también contemplar en su formulación, aspectos reales, objetivos y

de culpabilidad a nivel normativo, permitiría consolidar la idea de un *derecho penal de acto* en la manera de operar por parte de un ente colectivo en la comisión de su ilícito.

²²⁹ Sobre el acápite en cuestión, puede consultarse, a manera de ilustración respecto de las tesis, posturas, teorías y posicionamientos planteados, a Juan Francisco Pozo Torres, *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador*, (Quito, corporación estudios y publicaciones, 2018), *passim*. Entre las propuestas doctrinales más importantes encontramos: culpabilidad por defecto de organización (Tiedemann), culpabilidad por carácter de empresa (Lampe), culpabilidad por conducción empresarial (Heine), y modelo constructivista (Gómez-Jara Díez).

certeros de la exención o dispensa de la responsabilidad criminal de estos entes, cuando concurran en la organización, la presencia de los *Programas de Cumplimiento Normativo*. Y es que resulta acertado afirmar que la implantación e institucionalización de un programa de cumplimiento normativo por parte de los administradores y responsables de cumplimiento tenga efectos beneficiosos para la persona jurídica, exonerándoles de la responsabilidad. También en este sentido hay que tener en cuenta que —tal y como ocurre con el fundamento de la RPPJ— la exención o exoneración de determinada sanción penal, no puede ser entendida sin el factor humano²³⁰.

2.2.3. El debate en torno a la heterorresponsabilidad o autorresponsabilidad de las personas jurídicas como modelos de imputación penal empresarial

Tal y como señala la doctrina —y como se ha resaltado en los pasajes de esta investigación- la importancia, trascendencia y relevancia de elaborar una teoría jurídica del delito para la persona jurídica, radica en poder determinar bajo qué condiciones un hecho es delito y si a su autor se le puede imponer una pena. Así entonces, la finalidad de un esquema que formule la responsabilidad de una organización, deberá garantizar fehacientemente, entre otras cosas, la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley en la aplicación del Derecho Penal, haciendo de dicha aplicación algo racional -no emotivo-, técnicamente aceptable -por su correcta fundamentación y argumentación legal-, controlable -a través de un sistema de recursos ante los Tribunales- y predecible -ya que todos los operadores jurídicos van a resolver el caso aplicando las mismas reglas, sin acudir a campos complejos de discrecionalidad aplicativa²³¹.

²³⁰ Sobre este punto, véase con profundidad, Bernardo Feijóo Sánchez, *El delito corporativo en el Código Penal Español*, (Cizur Menor: Civitas, 2016), 76.

²³¹ A este respecto, consúltese el estudio realizado por, Miguel Ángel Morales Hernández, “Los criterios jurisprudenciales para exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas en el delito

Así entonces, tomando como base científica la postura anterior, la RPPJ sólo puede declararse después de un proceso respetuoso de todas las garantías, en donde la imposición de cualquiera de las penas –previstas por un Estado– será el resultado exclusivo del desenlace de una actividad jurisdiccional sometida a los *principios y garantías* que legitiman la actuación del *ius puniendi*, mismos que por su propia naturaleza son irrenunciables en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho²³².

Aclarado lo anterior, la doctrina en esta materia ha definido, instaurado y centrado su atención en –al menos– dos sistemas de atribución de RPPJ cuando de su accionar se advierte la constatación de la comisión de un ilícito penal, los cuales en términos generales pueden definirse así: a) Responsabilidad por el hecho ajeno o heterorresponsabilidad, y b) Responsabilidad por el hecho propio, o sistema de autorresponsabilidad, mismos que serán aplicables a la organización, solo después de habersele respetado a esta última, un proceso constitucionalmente configurado.

Ahondando en la discusión, los modelos de responsabilidad criminal indirecta o de heterorresponsabilidad -sistema vicarial- implican que cuando un directivo o representante de una persona jurídica cometa un delito, este debe imputarse a la persona jurídica -responsabilidad por reflejo o de rebote- siempre que se haya actuado en el giro de la empresa y en beneficio de la misma. *Contrario sensu*, los modelos de autorresponsabilidad ofrecen un sistema de imputación *propio de la persona jurídica* en los que la persona jurídica responde de su propia acción y por su propia culpabilidad, respetándose así los principios de personalidad de las penas y de culpabilidad, es decir, no se responde por el hecho de otro, ni la responsabilidad es objetiva; en otras palabras, es

corporativo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, n.19, (2018): 36. <http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24420/19262>.

²³² *Ibíd.* 20

propriadamente el ente colectivo el que comete el delito y así deberá entenderse²³³.

En relación con el anterior posicionamiento, debe colegirse pues, que en el sistema de autorresponsabilidad, ambos sujetos, es decir, persona física y persona jurídica responden por los hechos que le son propios, en tanto que, la responsabilidad penal de estos está debidamente diferenciada e individualizada, por consiguiente no existe una atribución de responsabilidad penal por referencia o indirecta, que implique únicamente atender al resultado lesivo o a la puesta en peligro del bien jurídico tutelado ocasionado por un empleado subordinado, administrador o un órgano decisor, para hacerse la persona jurídica merecedora de una sanción penal.

Evidentemente, lo anterior se extrapola de forma rotunda con lo que pregona un sistema vicarial de atribución de responsabilidad penal, pues en este, el principio acusatorio *stricto sensu* se flexibiliza, y la persona jurídica como tal,

²³³ De nuevo, José Miguel Zugaldía Espinar, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal.*, 58. En su trabajo científico, también este autor ofrece un análisis de los diversos grupos de modelos existentes con teorías de imputación muy diferentes: la teoría del dominio de la organización funcional sistemática, la teoría de los sistemas sociales autopoieticos, la teoría de la acción comunicativa y la teoría del hecho de conexión, que es precisamente al planteamiento científico que esta investigación se adhiere; de igual forma y sobre la concepción de la heterorresponsabilidad, véase, Jesús María Silva Sánchez, “La evolución ideológica de la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 29, n. 86-87, (2008): 133. Allí, el referido autor afirma que el modelo de responsabilidad por atribución presupone la comisión de un hecho delictivo por parte de personas físicas integrada en el seno de la persona jurídica -órgano o representante-, de tal forma que la responsabilidad por ese hecho delictivo se transfiere a la persona jurídica, en la medida en que se considera que los actos de dichos órganos, en virtud de la relación funcional existente entre éstos y aquella, son, también, de esta última, quedando por resolver la cuestión del título por el cual se produce dicha transferencia de responsabilidad; por último, y respecto del modelo de autorresponsabilidad, *consúltese*, María Ángeles Villegas García, “Hacia un modelo de autorresponsabilidad de las personas jurídicas. La STS (Pleno de la Sala de lo Penal) 154/2016, de 29 de febrero”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, n. 8721, (2016): 1. La autora sostiene, que el modelo de autorresponsabilidad está amparado en la culpabilidad de la propia organización y no en la de la persona física que cometió la infracción, que derivaría de la ausencia de controles efectivos para evitar la comisión de delitos en su seno.

puede ser condenada en la comisión de un ilícito sin haber sido acusada, es decir, sin haber sido oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes y garantías procesales de corte constitucional; en otras palabras, por el desplazamiento que ocurre de la responsabilidad del hecho cometido por la persona física – efecto reflejo, cascada o dominó- la persona jurídica es destinataria de la sanción penal, sin haberse exigido y constatado en el seno de esta, la realización oportunamente individualizada de un hecho propio constitutivo de una lesión al bien jurídico o una puesta en peligro de este último por haber superado el riesgo permitido, circunstancia que se traduce, en atribuir a un sujeto –en este caso, sujeto empresarial- el resultado de un ilícito penal – llevado a cabo por otro sujeto- por simple aplicación de una *versari in re illicita*, que no es más que una responsabilidad anómala u objetiva²³⁴.

Ahora bien, estrictamente relacionado con la argumentación que antecede, no puede pasarse por alto y mucho menos obviarse en esta investigación, los elementos o requisitos esenciales que se deben valorar y evaluar siempre para tener por configurado el hecho de conexión de la persona física en la organización, pues por el *principio de dependencia física – o necesidad-*, esto constituye una condición objetiva de punibilidad –y procesabilidad también- si se pretende hacer responsable a la corporación de un ilícito penal

²³⁴ Sobre el respeto de los principios generales que inspiran al Derecho penal, véase, Santiago Carretero Sánchez, “El papel de los principios generales del Derecho en la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Diario La Ley, Sección doctrina*, n.8751, (2016): 2. Con relación a esta cuestión, el autor considera, que la responsabilidad jurídico penal de las personas jurídicas se debe plantear siempre con el respeto que sustenta el mayor principio del Derecho Penal: el de la culpabilidad. Agrega, además, que las bases ideológicas del Derecho, los principios generales, no pueden ser forzadas en la nueva doctrina. La contradicción y defensa existirá en todo proceso, la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, el juez predeterminado o juez natural, amparan a la persona jurídica de igual modo que la física, si conlleva obligaciones, la misma regulación deberá mantener y respetar los derechos como es normal. Así, entonces, un modelo de responsabilidad vicarial —en la que la entidad sería responsable penalmente porque lo es la persona física, sin ulteriores análisis sobre su propia culpabilidad— supondría que, para las personas jurídicas, no regirían principios básicos de enjuiciamiento penal, tales como la exclusión de la responsabilidad objetiva o automática y la no responsabilidad por el hecho ajeno.

previamente tipificado, en otras palabras, es la base para la atribución de la responsabilidad penal en este contexto. En tal sentido, se tiene: a) La actuación en nombre o por cuenta de la sociedad en el ejercicio de actividades sociales, b) El beneficio directo o indirecto, así como cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa -o referida a aspectos tales como la mejora de la posición respecto de otros competidores-, provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de representante, administrador o subordinado jerárquico, se comete, y c) Por último, el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control, del cual, se puede ir deduciendo desde ya, la existencia o al menos la idea de un *delito corporativo*, y esto es así, pues se parte del hecho de que, si se exige un hecho propio para generar responsabilidad penal de las personas físicas, también se ha de hacer lo propio para el caso de las personas jurídicas²³⁵.

Visto lo anterior, y aclarado que ha sido el fundamento sobre el que en términos generales puede descansar y encontrar solidez la RPPJ a través del hecho de conexión de la persona física, surge la necesidad de concluir este acápite indicando la manera de concebir en puridad científica, el *delito corporativo*²³⁶ -propio de la persona jurídica-, y sobre el que, sin lugar a dudas

²³⁵ De nuevo, Miguel Ángel Morales Hernández, “Los criterios jurisprudenciales para exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas en el delito corporativo”. 11-15. También en este trabajo, el autor hace un análisis referente a la práctica forense que el anterior planteamiento generaría, pues asevera que toda acusación penal bajo estos parámetros, se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, supervisiones o programas de cumplimiento, y obviamente a comprobar, no sólo el hecho realizado por la persona física, sino que, se exigiría en igual trascendencia, la constatación del hecho que verdaderamente le pertenece a la sociedad u organización.

²³⁶ *Ibíd.* 20. Al respecto, este autor afirma en su planteamiento, que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión del seno societario, constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo. Véase, entonces, que aquí el autor hace énfasis al defecto estructural, como defecto de organización en el accionar corporativo, mismo que ha sido anómalamente desplegado en la actividad empresarial.

va a recaer cualquier insumo de responsabilidad penal, una vez se haya acreditado esta última en un juicio con arreglo a las leyes.

Ahondando en la anterior premisa, la responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar –como ya se dijo- en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito – delito precedente o delito de referencia- por la persona física, pero que exige algo más: la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva. Esto es así, pues no puede pensarse positivamente en la creación real de un sistema de atribución de RPPJ, dejando de lado la construcción de un delito corporativo –o delito empresarial- propio y de la esencia del ente ficto, pues debe entenderse de una vez por todas, que no hay responsabilidad penal sin delito precedente, y es así como hasta ahora lo ha abordado y desarrollado la literatura jurídico-penal correspondiente, sin que deba de confundirse, que la culpabilidad y responsabilidad del ente colectivo se extrae de la propia responsabilidad de la persona física, pues, como se ha establecido en líneas anteriores, ambas son independientes, y únicamente están ligadas por el hecho de conexión²³⁷.

Por todo, entonces, el delito corporativo estará conformado por la suma de los siguientes factores o presupuestos: en primer lugar, una acción típica y antijurídica de la persona física que tenga una relación funcional con la persona jurídica siempre que de la acción delictiva deriven efectos beneficiosos para la entidad. En segundo lugar, un déficit grave de control,

²³⁷ *Ibíd.* 21. El referido autor afirma, que debe dejarse de lado o mantenerse al margen la tesis de que, una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física existiría una *presunción iuris tantum* de que ha existido un defecto organizativo; agrega también, que sea cual sea el criterio doctrinal mediante el que pretende explicarse la responsabilidad de los entes colectivos, esta no puede afirmarse a partir de la simple acreditación del hecho delictivo atribuido a la persona física, siendo necesario que la persona jurídica haya incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso.

vigilancia y supervisión por parte de terceras personas cuyo cumplimiento hubiera podido evitar el delito con una probabilidad rayana o limítrofe en la certeza. Y, en último lugar, la presencia de un defecto organizativo-estructural relacionado con políticas de cumplimiento de la legalidad²³⁸.

Así las cosas, no queda duda –al menos, en esta coyuntura o fase inicial de desarrollo de este sistema-, que el hecho de conexión ocupa una posición transcendental o dominante en la nueva teoría jurídica del delito empresarial y por tal razón no puede quedar relegado a un mero presupuesto o condición de imputabilidad; por el contrario, parece ser el fundamento mismo de la RPPJ, cuando es constatado y debidamente individualizado en el seno de la corporación²³⁹. De igual forma, advirtiendo la concurrencia del mismo en un supuesto de actuación criminal por parte del colectivo, permite factiblemente, evidenciar, no solo los participantes o sujetos comprometedores –órganos decisores, administradores o empleados mal gobernados- en el referido supuesto, sino que, conjuntamente, y aunque de forma independiente, también permite percibir, el hecho concreto que puede imputarse a la persona jurídica,

²³⁸ De nuevo, Bernardo Feijóo Sánchez, *El delito corporativo en el Código Penal Español*, 102 y ss. A este respecto, de modo general puede afirmarse entonces, que el delito corporativo se encuentra conformado por los elementos organizativos-estructurales que han posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión, con influencia decisiva en la relajación de los sistemas preventivos llamados a evitar la criminalidad en la empresa.

²³⁹ Sobre este último punto, consúltese, José Miguel Zugaldía Espinar, “Teorías Jurídicas del delito de las personas jurídicas (aportaciones doctrinales y jurisprudenciales). Especial consideración de la teoría del hecho de conexión”, 24 y ss. El referido tratadista, defiende que la actuación del sujeto individual y la responsabilidad de la persona jurídica se efectúa a través del denominado hecho de referencia o hecho de conexión, es decir, la realización por la persona física de un tipo penal en condiciones tales que permitan afirmar que constituye acción propia de la persona jurídica en cuyo provecho se actúa, y es expresión de su específico obrar corporativo; y *muy particularmente agregaría*, que es a partir de este hecho antecedente o de referencia, que el delito corporativo encuentra su concreción, y este último, sirve de base o fundamento para consolidar la consecuente atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica, en un hecho que le es propio. Véase, también, en este sentido, Silvana Bacigalupo Saggese, *La responsabilidad penal de los entes colectivos: el modelo de imputación del Código Penal*, en: *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Miguel Bajo*, (Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2017), 22 y ss.

y por el cual, precisamente, podría responder penalmente, que, como se dijo en otras líneas, es totalmente distinto al hecho realizado por la persona física.

2.3. La concepción jurídico penal que adopta el sistema penal salvadoreño, respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Especial referencia a la cláusula general de actuaciones en lugar de otro.

La orientación legal y teórica que ha pretendido seguir el legislador salvadoreño en este tema, permiten advertir de forma clara y cierta, que a partir de una formulación de la regla o cláusula de atribución penal de *“la actuación en nombre de otro o el actuar por otro”*, respectivamente, es el único intento o acercamiento punitivo por parte del Estado de El Salvador, de poder reprochar penalmente las actuaciones criminales que acaecen en el seno de una persona jurídica o en un contexto empresarial; por supuesto, con la aclaración, que por decisiones de política-criminal, será la persona física –que actúe en lugar de la persona jurídica- la que soporte la carga de la dosimetría penal, atendiendo las circunstancias de cada ilícito penal en particular.

Así entonces, el sistema penal salvadoreño ha instaurado dicha fórmula, producto de una renovación y transformación rotunda en la producción legislativa, precisamente a partir de la aprobación, promulgación y posterior entrada en vigencia del actual Código penal –en adelante CP–, que tuvo lugar en la década de los noventa –particularmente en el año de 1997-, contemplando en la parte general del mismo, específicamente en su art. 38, una regla clara de atribución penal –para determinados agentes-, la cual literalmente en la actualidad, establece:

“Actuar por otro”. Art. 38. El que ejecutare como directivo, representante legal, o administrador de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurra 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 dieran en la persona en cuyo nombre o representación obrare.

En todo caso, la persona jurídica incurrirá en responsabilidad civil subsidiaria especial. No obstante lo anterior, en el caso de los delitos de cohecho propio, cohecho impropio, cohecho activo y soborno transnacional, la persona jurídica será solidariamente responsable por los daños causados en los términos establecidos en el Art. 118 de este Código²⁴⁰.

Cabe mencionar, que la descripción del elemento normativo de la disposición previamente citada que interesa a esta investigación, es la concerniente a las *cualidades del agente* que realiza el supuesto de hecho en seno empresarial o bajo el contexto de un ente colectivo; pues por razones metodológicas y de contenido, no interesa a este esfuerzo investigativo, ni forma parte de sus objetivos trazados, la actuación en nombre de otro cuando el agente realiza actuaciones en representación de una persona natural, respectivamente.

Definido y advertido lo anterior, una cláusula de atribución penal como esta, busca colmar –en términos generales- una laguna de punibilidad que se presenta –o se presentaba- cuando quien actuaba no reunía determinados elementos especiales que requería el tipo del delito especial y, en consecuencia, no podía ser sancionado. Del mismo modo, la persona jurídica

²⁴⁰ Código Penal de la República de El Salvador, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1997). Sobre el referido precepto es de aclarar, que en la actualidad esa es la regulación legal que presenta, no obstante, dicha disposición jurídica sufrió dos reformas a su contenido, una en el año 2006 y la otra en 2011, en la que por razones de política criminal y de evitar vacíos legales o lagunas de punibilidad, el legislador penal salvadoreño optó por incluir a otros sujetos o agentes criminógenos, que no habían sido considerados desde su génesis al momento de crear y formular esta cláusula de atribución penal; sin embargo, no cabe dudas, que la regulación del “actuar por otro” en el Estado de El Salvador, es significativamente novedosa; a la vez hay que agregar, que en lo que respecta al segundo inciso del artículo en comento, se deberá estar a lo dispuesto en los arts. 118 al 125 del CP de la República, pues a partir de tales disposiciones jurídicas, se podrá determinar, ya sea que la persona jurídica responda de manera subsidiaria o en su caso, que la misma responda de forma solidaria, cuando así sea determinado por la autoridad judicial respectiva.

representada, no podía ser sancionada por reconocerse la incapacidad de los entes colectivos para delinquir, acarreando, en consecuencia, la impunidad de las personas naturales que en su lugar actuaban debido a la accesoriedad de la participación²⁴¹, habida cuenta de que el ente colectivo no puede ser considerado autor de un delito. Como se aprecia, es un precepto cuya aplicación está destinada, fundamentalmente, al campo del derecho penal de la empresa y así debe considerarse²⁴².

Apreciado lo antes expuesto, algún sector de la doctrina española –V.gr., Muñoz Conde-, expresaba que para solventar de forma positiva el estado de la cuestión tratada en este apartado, había que acudir a situaciones y propuestas de *lege ferenda*, destinadas a introducir cláusulas particulares en la Parte Especial –del cuerpo normativo- de aplicación directa a delitos individuales o a grupos de delitos semejantes; y con ello –afirmaba- que la respuesta del Estado consistiría, en solventar de forma específica cada problema en relación con cada delito o grupo de delitos en los que se plantea²⁴³.

A este respecto, el tratadista español Luis Gracia Martín, en su trabajo científico “*El actuar en lugar de otro en Derecho penal*”, que consistió en el

²⁴¹ Muy particularmente, la accesoriedad de la participación a la que se ha hecho referencia, implica, que la conducta del partícipe depende de la del autor. Al respecto, *con amplitud puede consultarse*, Gonzalo Quinteros Olivares, Fermín Morales Prats y Josep Miquel Prats Canut, *Manual de derecho penal, Parte general*, (Madrid: Aranzadi, 1999), 617; y Juan Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal, Parte general*, 3ª edición, (Barcelona, Ariel, 1989), 289.

²⁴² Iván Fabio Meini Méndez, El “actuar en lugar del otro” en el derecho penal peruano, *Revista de Derecho: Nuevo Foro Penal*, n.62 (1999): 128. De acuerdo con lo último apuntado, refiere este autor, que una cláusula de esta naturaleza, constituye a todas luces una especie de extensión de la autoría, misma que permite imputar responsabilidad penal a título de autor –o de participación, según sea el caso- a determinados órganos de gestión de una persona jurídica que realizan el supuesto de hecho de un delito especial, a pesar de que la cualificación que este exige no concurre en el órgano de gestión sino en la persona jurídica representada.

²⁴³ Véase, Francisco Muñoz Conde, La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles, *Cuadernos de Política Criminal*, n.3 (1977): 172 y 173.

tema de su tesis doctoral, expresó categóricamente, que no compartía esta legítima alternativa por la que optaba y propugnaba Muñoz Conde, y esto era así, por simples razones de economía legislativa, pues entendía, que son muchos los delitos en los que emergen problemas de actuaciones en lugar de otro y la introducción de cláusulas particulares daría lugar, sin duda, a olvidos del legislador para ciertos grupos de delitos, con el consiguiente riesgo de que los Tribunales aplicaran analógicamente la ley. Asimismo agregaba, que la estructura de las actuaciones en lugar de otro es idéntica para todos los delitos y, por ello, no hay dificultad alguna para abstraer un precepto genérico y llevarlo a la Parte General del Código de la nación; circunstancia argumentativa por la que también este investigador se inclina, la cual también es retomada por la técnica legislativa del legislador penal salvadoreño, pues este último dispuso, positivizar e incorporar una cláusula penal de esta naturaleza al articulado del referido cuerpo normativo, bajo los argumentos previamente planteados²⁴⁴.

Teniendo en cuenta la línea argumentativa prefijada en el párrafo que antecede, es importante dejar por sentado –también- que la fórmula del actuar en lugar de otro, positivada por el legislador salvadoreño en el art. 38 del CP, hace una explícita referencia –así lo advierto- a que la imputación que debe de hacerse y que puede recaer en el *directivo, representante legal, o administrador* de una persona jurídica²⁴⁵, versará única y exclusivamente bajo

²⁴⁴ Con amplitud, véase, Luis Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro en derecho penal II*, (Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1986), 10. Pese a que este tratadista no compartía el argumento de Muñoz Conde respecto de la forma de cómo debía el legislador penal positivizar una cláusula de esta naturaleza, era enfático en reconocer, la meritoria labor realizada por el profesor español en este campo, a quien sin titubeos le adjudicó –en su obra- el título de pionero de los estudios sobre las actuaciones en lugar de otro en la Ciencia del Derecho penal española.

²⁴⁵ A este respecto, Gonzalo Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código penal*, (Madrid, Editorial Civitas, 1997), 176, *citado por*, Iván Fabio Meini Méndez, El “actuar en lugar del otro” en el derecho penal peruano, 130., Quienes argumentan, que no resulta necesario invocar esta fórmula en caso de delitos comunes, ya que en estos, el tipo de lo injusto del delito, no

la comisión de un delito especial, y dentro de estos -muy particularmente- bajo la comisión de delitos especiales propios.

En ese sentido, puede decirse entonces, que de una forma tácita o implícita, el legislador salvadoreño descartó el recurso y la utilidad de la fórmula del actuar en lugar de otro, para los delitos comunes. Sin embargo, en el caso de delitos especiales el escenario parece ser distinto, y por esa razón, es necesario definir esta tipología de delitos, por resultar indispensable su comprensión y su conceptualización a nuestros intereses, y muy especialmente a la discusión planteada en este tópico. Así, entonces, son delitos especiales, aquellos que solo pueden ser cometidos por una determinada categoría de personas puesto que se produce una limitación -a veces explícita, a veces implícita- de la esfera de posibles autores en sede de tipicidad al requerirse una o algunas cualificaciones que no ostentan todos los seres humanos de un núcleo delictivo²⁴⁶.

Ahora bien, dentro de la categoría de delitos especiales cabe distinguir, por un lado, a los *delitos especiales propios*, y por otro, a los *delitos especiales impropios*. Los primeros hacen referencia a que la calidad especial del sujeto activo es determinante para la existencia del delito, de tal forma que faltando la misma, el hecho es atípico; por su parte, los delitos especiales impropios, están orientados a determinar, que la calidad especial del autor sirve para

exige elemento esencial alguno que fundamente la punibilidad, pues por la misma esencia que comporta la tipificación de los comportamientos comunes, no se le puede exigir al autor del ilícito, características específicas o cualidades especiales de autoría que fundamenten la punición; y es precisamente este argumento, el que se ve reflejado en el art. 38 del CP salvadoreño.

²⁴⁶ De nuevo, Gonzalo Quinteros Olivares, Fermin Morales Prats y Josep Miquel Prats Canut, *Manual de derecho penal, Parte general*, 628.

atenuar o agravar la pena dado que, a diferencia de los especiales propios, tienen un correlativo delito común²⁴⁷.

En esta línea de pensamiento, puede afirmarse entonces, que no resulta necesaria y mucho menos útil, la aplicación del actuar en lugar de otro cuando se trate de delitos especiales impropios, porque en estos supuestos no existe, ni existirá una laguna de punibilidad²⁴⁸, habida cuenta de que quien realiza la conducta puede ser sancionado mediante la imputación de responsabilidad por el delito común que sirve de base al delito especial impropio. A la vez hay que agregar, que, en los delitos especiales impropios, no existen elementos especiales que fundamenten la punición –en razón del autor, precisamente-, sino elementos especiales que agravan o disminuyen el margen de punibilidad en un delito común²⁴⁹.

²⁴⁷ Solo como ejemplo: a) Respecto de los delitos especiales propios, puede mencionarse el delito de *prevaricato*, sancionado en el art. 310 del CP salvadoreño, y esto es así, pues solo un Juez, Magistrado, Secretario o en su caso, también un Árbitro, pueden llevar adelante la conducta sancionada por el legislador penal, en otras palabras, dentro de todo un universo de sujetos, solo estos individuos, dotados de características y cualidades propias, pueden cometer un delito de esta naturaleza. En todo caso, de cometerse por algún individuo que no cumpla estas exigencias y connotaciones cualificativas, la conducta devendría en ser catalogada y considerada como atípica; y, b) Respecto de los delitos especiales impropios, puede mencionarse el delito de *peculado*, sancionado en el art. 325 del CP salvadoreño, en tanto que, si el sujeto que realiza la conducta y satisface el tipo penal predefinido, pero no concurren en él las exigencias o cualidades específicas de funcionario, empleado público o encargado de un servicio público, todavía puede ser sancionado por el delito de *Apropiación o retención indebidas* al amparo de lo que prescribe el art. 217 del CP; valga decir entonces, que ambas figuras delictivas –peculado y apropiación o retención indebidas- conservan en sus descripciones fácticas, una similitud bastante objetiva en la forma de llevar a cabo los comportamientos, diferenciándose únicamente, la cualidad requerida en el agente que lleva a cabo la conducta prohibitiva, de la cual dependerá, como se dijo *supra*, algún margen de atenuación o agravación de la dosimetría penal, según sea el caso.

²⁴⁸ Véase, de nuevo, Iván Fabio Meini Méndez, El “actuar en lugar del otro” en el derecho penal peruano., 132., quién afirma, que si bien no existe una laguna de punibilidad, sí existe una *laguna de agravación*, dado que la pena que por razones político-criminales merece el sujeto activo representante en un delito especial impropio no podrá ser impuesta por no ostentar la cualificación que requiere el delito, y se tendrá que derivar su sanción a la del delito común, con la correspondiente disminución de pena que ello conlleva.

²⁴⁹ *Ibidem*. El mencionado autor, categóricamente en su posicionamiento dispuso, que el actuar en lugar de otro, es de exclusiva utilización para los delitos especiales propios, pues solo estos exigen elementos especiales para fundamentar la punición; circunstancia que si se

Por su parte, otro elemento de suma importancia a tomar en cuenta, es que el art. 38 del CP, se ve fuertemente influenciado por la teoría de la escisión o disociación de los elementos del tipo del delito especial, con relación a los casos en que el hecho –comportamiento típico- es realizado por un sujeto representante, en quien no concurren los elementos especiales que exige el tipo especial propio, pero que sí concurren en el representado²⁵⁰.

Así, pues, retomando el argumento precitado, lo que se busca con la cláusula del actuar en lugar de otro, es superar la escisión de los elementos del tipo del delito especial, imputando al representante el elemento especial de la autoría, mediante un criterio eminentemente normativo, que se extrae precisamente de la lectura de esta cláusula de atribución penal. En esta línea de pensamiento, cree este investigador, que el campo de aplicación de la fórmula del actuar en lugar de otro, en la versión que propone el legislador salvadoreño, queda reducido a los supuestos de delitos especiales propios en que se produzca una situación de escisión de los elementos especiales –del tipo- entre el representante, persona natural, y el representado, persona jurídica²⁵¹.

aplica al Sistema Penal Salvadoreño, es precisamente lo que el legislador quiso decirnos en el art. 38 del CP, al enunciar que: (...) *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 dieran en la persona en cuyo nombre o representación obrare (...)*. Es evidente pues, que para fundamentar un grado de punición en sede de actuación en lugar de otro, es necesario la correcta comprobación y constatación material, de las cualificaciones especiales del agente criminógeno, que está siendo representado por otro que realiza la conducta, en quien no se cumplen esas características especiales.

²⁵⁰ *Ibíd.* El referido autor establece, que esta situación de escisión se presenta con frecuencia en el ámbito empresarial, a consecuencia de la división vertical o principio de jerarquía y división horizontal o reparto de funciones estructurales en la organización; en iguales sentidos, *consúltese*, Emilio Octavio de Toledo, “Las actuaciones en nombre de otro”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (1984): 32 y ss. Este tratadista manifiesta, que se produce tal fenómeno siempre que un sujeto que carece de la cualidad personal exigida por el tipo realiza la acción obrando en nombre o representación de otro sujeto (persona jurídica o física) en el que efectivamente concurren dichas cualidades.

²⁵¹ Sólo respecto del criterio eminentemente normativo de la *autoría* en el tipo de los delitos especiales propios, véase, Luis Gracia Martín, “La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el derecho penal español”, en: *Hacia un derecho penal económico europeo*, 97. A este respecto, también puede agregarse, que el fin político criminal

El anterior razonamiento nos permite extraer también, que la cláusula que tipifica las actuaciones en nombre de otro en el sistema penal salvadoreño, se adhieren o se asocian de forma inmediata al principio *societas delinquere non potest*²⁵², pues de la lectura del mismo se advierte, que el legislador ha pretendido dejar por sentado –hoy por hoy- que los entes colectivos como tales, no pueden ser responsables penalmente, pues por obvias razones, esta fórmula de atribución penal que subyace en el art. 38 del CP de la nación, determina, que para evitar lagunas de punibilidad –y de impunidad, también- en seno empresarial, es necesario que una persona física lleve a cabo el comportamiento descrito como delito en la norma jurídico penal; mismo que se le reprocha a la organización, pero que, por el dominio social²⁵³ que la misma despliega, es imputable a quien actúa en nombre y por cuenta de esta; en

de esta fórmula, no es otro que salvar la laguna de punibilidad que se presenta, mayoritariamente, en la delincuencia económica-empresarial, con relación a la situación de escisión de los elementos especiales en las estructuras organizadas, en función a la división del trabajo y al principio de jerarquía.

²⁵² Sobre el aforismo *societas delinquere non potest*, puede consultarse la exposición bastante concreta que realiza, Javier Sánchez Bernal, en: “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, *Revista de Derecho*, n. 4 (2012): 126-134. Este autor español entiende, en términos conclusivos, que si la persona jurídica –o empresa, para designar al común del género *persona jurídica*- no tiene capacidad de acción, ni voluntad para expresar el dolo, ni capacidad de motivación que la haga merecedora de un juicio de culpabilidad y, si en suma a todo ello no puede ser penada, habrá de afirmarse el principio clásico de *societas delinquere non potest*; mismo que en la dogmática penal actual, ya ha sufrido serias reformulaciones, ya sea de orden normativo, jurisprudencial y a vez científico.

²⁵³ Sobre la teoría del dominio social en las actuaciones en nombre de otro, *consúltese*, como se dijo *supra*, Luis Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro en derecho penal II*. Del trabajo ecuménico que llevó a cabo este tratadista español, puede desprenderse que en los delitos especiales recae un dominio social, en el sentido de que el elemento especial de la autoría en estos delitos radica en el ejercicio de una función específica determinante de la constitución de una estrecha y peculiar relación entre el sujeto competente para su ejercicio y el o los bienes jurídicos involucrados de un modo esencial en el ejercicio de aquella función, de manera que lo importante es, precisamente, la relación material de dominio social que existe entre quien tiene la competencia para el ejercicio de una función y el bien jurídico, y no en el statu quo formal con el que el legislador describe al autor del hecho. Desde esta perspectiva los delitos especiales de dominio social son, además, delitos especiales de garante; *en este mismo sentido y particularmente sobre la posición de garante en la autoría de los delitos especiales*, Cfr. Bern Schünemann, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de criminalidad de empresa”, Trad. Daniela Brückner y Juan Antonio Lascuraín, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, ADPCP, n. III (1998): 543.

otras palabras, para el legislador salvadoreño, en materia penal, no es la persona jurídica –asociación, sociedad, empresa, agrupación, ente colectivo, o como quiera llamársele- la que se encarga de ejercitar la acción, por el contrario, es la persona física, la que dentro de su entorno la compromete, y lo hace, a través de la representación que sobre la misma organización recae.

Naturalmente, la bastedad teórica que subyace en este tema es por demás amplia y compleja en la dogmática penal, es por ello, que en este epígrafe o título se ha tratado de poner en altorrelieve y/o resaltar de forma genérica, situaciones, detalles y circunstancias muy puntuales que sirven de comprensión para el lector que disponga de utilizar este recurso en algún momento y espacio determinado; no obstante, al margen de lo precedido, para culminar el desarrollo que comporta a este asunto, es importante resaltar lo que la Sala de lo Penal –en adelante SP– de la Corte Suprema de Justicia – en líneas siguientes CSJ– del Estado de El Salvador ha resuelto con relación a esta fórmula de atribución penal; *haciendo la aclaración* que la siguiente línea jurisprudencial, únicamente forma parte del acervo de precedentes judiciales que genera el referido Tribunal en la resolución de casos sujetos a la competencia del mismo; en otras palabras, *no constituye doctrina legal*, tal cual lo refiere el art. 478 Ord. 6, en relación con el art. 485, ambos del Código Procesal Penal²⁵⁴. Sin embargo, por razones teóricas y metodológicas, debe traerse a cuenta en este acápite su discusión.

²⁵⁴ Puntualmente, véase, Código Procesal Penal de la República de El Salvador, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009). Arts. 478 Ord. 6 y 485. Estas disposiciones normativas, refieren, por una parte, que la doctrina legal emitida por la SP de la CSJ, estará construida por tres sentencias uniformes y no interrumpidas por otra en contrario, siempre que lo resultado sea sobre materias idénticas, en casos semejantes; y, por otra parte, establecen, que la SP de la CSJ, tendrá a obligación legal de divulgar las resoluciones en las que se establezca doctrina legal. En consecuencia, aplicando estos tópicos normativos a lo *supra citado*, debe colegirse, que no se trata de una postura jurisprudencial que venga colmada por la construcción de una doctrina legal, no obstante, debe analizarse su contenido, pues permite advertir, la línea de pensamiento -poco acertada- que actualmente maneja el Tribunal

En ese sentido, el referido Tribunal Casacional, con relación a la figura del actuar por otro –art. 38 del CP– dispuso en su resolución²⁵⁵ literalmente lo siguiente: *“Esta Sala considera atinente, el mencionar que la razón que llevó a los legisladores a incorporar la figura jurídica del "Actuar por Otro" en el Código Penal, fue eliminar los espacios de impunidad en los que el actuante bajo el cobijo de la gestión ajena cometía o participaba en un hecho delictivo (Dependiendo del rol que le correspondería al suplido en el evento criminal), que no le era reprochable penalmente por haber cometido el acto en nombre de otro; de manera que en virtud de la cláusula en cita, el actuante responde personalmente por la acción u omisión típica que desplegó en el evento criminal, aunque no esté revestido de las condiciones, cualidades o relaciones del suplido, necesarias para tenerle como sujeto activo del delito”*.

Del argumento jurisprudencial citado, resulta necesario realizar algunas consideraciones que no pueden pasar inadvertidas: a) Esta decisión judicial constituye la sentencia más representativa que existe en el acervo o acopio jurisprudencial, que la SP de la CSJ haya emitido en relación con la fórmula de atribución penal del actuar por otro, b) No obstante ello, soy de la opinión, que el referido Tribunal Casacional fue bastante escueto –por no decir simplista- y muy limitativo en su argumentación, c) En tanto que no dejó

Casacional, con relación a este dispositivo amplificador del tipo penal, que subyace en el art. 38 del CP salvadoreño.

²⁵⁵ Sala de lo Penal, *Sentencia Definitiva, Referencia: 22CAS2015* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016). Esta Sentencia Casacional, revoca el fallo emitido a las diecisiete horas cuarenta y siete minutos del día treinta de noviembre del año dos mil doce, por el Tribunal de Sentencia de Santa Tecla, departamento de La Libertad, en el proceso penal instruido en contra de los imputados Hugo Reynaldo T. D., Arturo M. C., y José Edgardo B. M., como empleados de la Sociedad Baterías de El Salvador, S.A. de C.V., por el delito calificado como *Contaminación Ambiental Agravada*, sancionado en los arts. 255 y 256 del CP, en perjuicio de la naturaleza, el medio ambiente, y de los habitantes de las colonias Sitio del Niño, Prados II, Nueva Candelaria, Oscar Osorio, Brisas de San Andrés, caserío Estación Bandera del cantón Sitio del Niño, jurisdicción de San Juan Opico del departamento de La Libertad y los trabajadores de la Fábrica Batería de El Salvador Sociedad Anónima de Capital Variable y de otras personas de comunidades aledañas.

constancia –cierta, real y objetiva- referente a si esta figura jurídica debe ser aplicada únicamente a delitos especiales propios, o si por el contrario, contempla también el ámbito de punición en los delitos especiales impropios, circunstancia en la que debo de manifestar, soy del criterio que este dispositivo es de exclusiva aplicación para ámbitos de punición en delitos especiales propios, d) Tampoco dilucidó el tratamiento que le otorga la jurisdicción penal a los directivos²⁵⁶, representantes legales y administradores, y mucho menos detalló, la marcada actuación diferencial –en grado de participación delincinencial- que cada uno de ellos genera en seno empresarial, e) En iguales sentidos, omitió hacer referencia a si es permisible y atendible –a partir de la lectura del art. 38 del CP– la aplicación de esta cláusula de responsabilidad personal, también a aquellos supuestos de representaciones y administradores de hecho en la persona jurídica – o empresa– , y de ser así, tampoco detalló si en tales supuestos, cabe determinar grados o niveles de cooperación en la autoría, ya sea a partir de coautores, colaboradores o partícipes, respectivamente, f) Asimismo, no orientó su fundamentación a resolver las circunstancias de adecuación de la pena, cuando por la aplicación de este dispositivo amplificador del tipo, se tenga que acudir al enunciado

²⁵⁶ Solo como aclaración, el ámbito de actuación de estos sujetos o agentes criminógenos que regula la cláusula del actuar por otro en el Estado de El Salvador, viene determinada en forma jerárquica por el reparto de funciones que subyacen, ya sea, en el pacto social o fundacional, a nivel estatutario o en su caso, por disposición legal en las leyes secundarias; en tal sentido, puede enunciarse solo como explicación, los siguientes aspectos: a) Los directores mantienen un dominio personal en la estructura empresarial. La posición en la que se encuentran con mayor información y conocimiento, ciertamente asegura un mayor posicionamiento del poder de mando. Basado justamente en el poder de mando y la capacidad de información y conocimiento, los mandos de la pirámide jerárquica cuentan con un nivel más intenso de dominio al interior de la empresa. Debido a ello, les corresponde asumir el deber de vigilar el correcto desempeño de quienes participan en la actividad empresarial, y b) el administrador de la empresa ostenta deberes de control, pues este no solo es responsable por los perjuicios a terceros que se deriven de sus propios actos, sino también de los causados por sus dependientes en el servicio de los ramos que tuvieran empleados, o en ocasión de sus funciones; Así, véase *con amplitud*, en relación con la responsabilidad penal de los órganos dentro de la empresa: Jesús María Silva Sánchez, Bernd Schünemann, Jorge de Figueiredo Días, *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, (Barcelona, Editorial Bosch, 1995). *Passim*.

normativo que establece el art. 67 del CP, en lo concerniente a la comunicabilidad de circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad penal de algún autor o partícipe²⁵⁷, pues las reglas contenidas en esta disposición están estrictamente relacionadas con el art. 38 en comento.

En fin, el máximo Tribunal de Justicia en materia penal del Estado de El Salvador, al haberse circunscrito –únicamente- a realizar dentro de ese proveído una argumentación tan sucinta, rápida, breve y lacónica sobre esta figura tan compleja y escabrosa, en ocasión de aclarar el contenido normativo del mismo, generó más dudas en su tratamiento, pues el esfuerzo motivacional del mismo, exclusivamente estribó, en otorgar en términos –teóricos y dogmáticos- una conceptualización del mismo, sin más análisis; circunstancia que en nada abona a la cultura del respeto al precedente jurisprudencial de manera vertical, pues un proveído como el citado, no permite tener un

²⁵⁷ Véase así, una vez más, Código Penal de la República de El Salvador, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1997). Art. 67. Esta disposición jurídica contiene dos incisos, que literalmente expresan: “*Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de alguno o algunos de los autores y partícipes, sólo se tendrán en cuenta respecto de quien concurra o de quien hubiera actuado determinado por esas mismas circunstancias o cualidades.*

La misma regla se aplicará respecto de circunstancias y cualidades que configuren un tipo penal especial”. A este respecto, consúltese, Raúl Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Skolar, *Derecho Penal. Parte general*, (Buenos Aires, Ediar, 2000), 768 y ss. Estos autores sostienen que la comunicabilidad de circunstancias es una figura que opera del autor al partícipe, y no de autor a autor o entre coautores. Así, entonces, en cuanto a lo que nos ocupa, el problema se suscitara, cuando la persona jurídica es considerada sujeto activo de la relación criminal en un ilícito penal especial -*verbigracia el Delito de contaminación ambiental agravada*-, y los demás sujetos -individuales- se erigen como colaboradores de la misma, es decir, como partícipes. A partir de esto, la doctrina plantea la siguiente solución: De conformidad con el art. 67 del CP, existen circunstancias personales y materiales, que a su turno pueden ser atenuantes y agravantes. Así, *las personales*, sin atender a su carácter de agravantes o atenuantes, siempre que concurren en el autor, a pesar de que no se comunican a los partícipes, sí pueden atenuar o agravar la responsabilidad de estos últimos, siempre y cuando las hayan conocido. De otro modo, *los materiales*, solamente se comunican a los partícipes cuando las han conocido en el momento de la planeación o ejecución de la conducta punible. Lo anterior con independencia del carácter agravante o atenuante. En otras palabras, la regla contenida en el art. 67 del CP salvadoreño, establece la posibilidad de que una circunstancia modificativa genérica, atenuante o agravante, concurrente en la conducta del autor se comunique también a la conducta del partícipe, o sea, del inductor o cooperador, en el mismo sentido atenuante o agravante.

panorama claro en la comunidad jurídica nacional respecto de la manera en cómo los operadores de justicia pueden auxiliarse y hacer uso de este recurso cuando por las razones del caso amerite acudir a su aplicación.

También –y con esto se finaliza este acápite– la SP de la CSJ, en la sentencia previamente citada, trató en cierta medida, de desarrollar –y explicitar- algunos tópicos muy específicos del ilícito penal de *contaminación ambiental* en su tipo básico y en su modalidad agravada o cualificada; sin embargo, y pese a que el Tribunal Casacional no se pronunció –pudiendo hacerlo- sobre la aplicabilidad o no del actuar por otro en esta figura delictiva –cuando las circunstancias del caso lo prescriban, es decir, cuando concurra la agravante del sujeto cualificado del art. 256 del CP-, he de manifestar, que tales escenarios o contextos serán puestos de manifiesto en el siguiente capítulo, como parte del desarrollo temático de esta investigación, sobretudo en tratar de puntualizar, si el delito de *contaminación ambiental agravada* es un delito especial impropio, porque agrava la punición y contiene un delito común, o si por el contrario, es un delito especial propio, porque atiende a la cualificación del sujeto activo para que se fundamente la punibilidad²⁵⁸.

2.4. Reflexiones en torno al buen gobierno corporativo con relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

De forma muy concreta, se puede definir al Gobierno Corporativo como la forma en que las empresas –por ser genéricos en el sinónimo empleado- se organizan, se dirigen y son controladas. Se trata, por lo tanto, de una

²⁵⁸ No obstante, lo anterior, existe cierto posicionamiento en la doctrina, que considera a este tipo de comportamientos delictivos, como *ilícitos penales derivados*, pues los mismos, además de tener el tipo base, contienen otras descripciones que van a modificar el tipo fundamental. En otras palabras, además de los componentes que engranan el tipo simple, el legislador le incorpora supuestos específicos que cualifican o modifican la conducta agravante o atenuante, según sea el caso. Circunstancia que perfectamente puede ser predicable del delito de *contaminación ambiental agravada*, pues el mismo posee inmerso, situaciones del tipo objetivo agravado que se complementan con el tipo básico de esta conducta delictiva.

especialidad dentro del marco de gestión y organización de *Compliance*, de carácter general y transversal, que persigue garantizar el cumplimiento en todo momento, al más alto nivel, involucrando, esencialmente a los mandos y agentes de dirección y de los miembros del Consejo de Administración, de las normas, recomendaciones y mejores prácticas existentes en la materia²⁵⁹.

Así entonces, se habla de *buen gobierno corporativo* cuando los administradores y directivos en quienes recae la responsabilidad del gobierno de una organización empresarial, actúan con diligencia, ética y transparencia en el ejercicio de sus funciones, rinden cuentas de su actividad, que está sujeta a verificación y control, interno y externo, y garantizan el equilibrio de poderes y el respeto e igualdad de todos los accionistas, miembros y socios, con independencia del nivel de participación social que estos asuman en el seno de la organización.

En ese orden de ideas y retomando lo anterior, solo los programas o modelos de cumplimiento - *corporate compliance program*- permiten generar en la cultura empresarial el fomento de un buen gobierno corporativo, y es precisamente bajo esta especie de autorregulación –de la persona jurídica–,

²⁵⁹ Sobre la conceptualización otorgada, Cfr. Raquel Puentes Poyatos, María del Mar Velasco Gámez, y Juan Vilar Hernández, "El buen gobierno corporativo en las sociedades cooperativas", *Revista de Estudios Cooperativos*, *Revesco* no. 98 (2009): 120 y ss., <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=36711444005>. Estos autores refiere, en situaciones de antecedentes históricos de la temática planteada, que el primer Código de buen gobierno publicado fue en el año de 1992 en el Reino Unido, el "Cadbury Report", a raíz del cual se han producido una cascada de códigos a nivel internacional. En España el primero fue el Código Olivencia en 1998, al que le siguió el Código Aldama en 2003. Hoy en día las recomendaciones del Código Olivencia y Aldama han quedado unificadas a través del Código Unificado de buen gobierno o Código Conthe, aprobado en mayo de 2006. De este modo, según el European Corporate Governance Institute, a marzo de 2009 son 73 los países que han publicado algún código, principios o recomendaciones, siendo 253 los Códigos de gobernanza empresarial, principios y recomendaciones que se han publicado desde 1992, no siempre siendo el gobierno el órgano impulsor de éstos. Estos Códigos han configurado lo que se ha dado en llamar "Buen Gobierno Corporativo". Sin embargo, la cifra en la creación y publicación de estos códigos, a estos días de actualidad, evidentemente ha variado de forma considerable.

que se acepta la imposibilidad del Estado de abarcar de forma rotunda la concreta implementación de las precauciones necesarias para evitar la comisión de delitos en el seno de las corporaciones²⁶⁰.

Bajo tales argumentos, los programas de cumplimiento en esta sociedad del riesgo –económico- y esencialmente en el actuar de las empresas o corporaciones juegan un papel importantísimo, máxime en situaciones donde la misma organización puede desplegar comportamientos que no son para nada conformes con el ordenamiento jurídico. Así, algunas culturas jurídicas –verbigracia la chilena, la ecuatoriana o la española- han prefijado de forma legal y a partir de un texto normativo, que los deberes de dirección y supervisión se entenderán por cumplidos -y por lo tanto, no habrá *organización defectuosa* por la que castigar a la persona jurídica- cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en cada uno de sus textos legales donde se halle tipificada la responsabilidad penal de estos entes fictos; en

²⁶⁰ Sobre el particular, véase con detalle el artículo de María Concepción Rayón Ballesteros, “Los programas de cumplimiento penal: origen, regulación, contenido y eficacia en el proceso”, *Análisis Jurídico y Económico Escorialense*, n. 51 (2018): 210 y ss. Afirma esta autora, que la doctrina española, con independencia de utilizar los conceptos *compliance* o *compliance program* importados del derecho estadounidense, también alude al término “prevención”, y refiere, que autores como Magro Servet, lo denominan como “plan de prevención jurídica de las empresas”. No obstante, argumenta la referida autora, que también se utilizan otros términos: protocolos de minimización de riesgos delictivos, códigos de ética, código de conducta empresariales, etcétera. Con especial referencia, puede consultarse, Vicente Magro Servet, “Hacia la necesidad de implantación del plan de prevención jurídica de las empresas”, *Diario La Ley*, n. 7633 (2011): 1 y ss. También menciona, que los programas de cumplimiento o *compliance program*, pueden ser definidos como un protocolo integrado estatutaria, orgánica y jerárquicamente en las personas jurídicas, que las mismas se autoimponen voluntariamente, y que sirve para ejercer el debido control para evitar conductas indeseables de sus directivos y de todo el personal en general, con la finalidad de controlar y aminorar los riesgos de que la empresa incurra en responsabilidad criminal, especialmente. En ese sentido, el hecho de que una empresa contenga o contemple en su seno un programa de cumplimiento efectivo, determina importantes consecuencias ante la eventual comisión de un delito con apertura de un procedimiento judicial, y refuerza lo que se ha venido denominando “cultura de cumplimiento”.

otras palabras podría decirse, que tales programas de cumplimiento normativo pueden entenderse como causas de justificación penal en el seno de una empresa²⁶¹.

En este sentido, lo que se trata de establecer es una circunstancia que por razones normativas resulta ser muy obvia, y es que la persona jurídica debe cumplir con la legalidad, debe evitar una irresponsabilidad organizada, y por último, debe dar datos objetivos en la realidad de ser un ciudadano fiel al derecho. No obstante lo anterior, y si bien es cierto parece una obviedad, el cumplimiento normativo es una meta difícil de conseguir en la empresa, por múltiples razones, y sobre esto último se señalan como factores: i) el desconocimiento de la normativa -muchas veces compleja- que deben cumplir;

²⁶¹ Con relación a este punto, véase nuevamente, Percy García Cavero, “Esbozo de un Modelo de Atribución de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”. Al respecto considera este autor, que de forma inicial podría pensarse que es una causa de exclusión de la punibilidad, de manera tal que, aunque exista un delito, a la persona jurídica no se le podrá punir por ello. Sin embargo, afirma, que muy difícilmente se puede considerar que los programas de cumplimiento son causas de exclusión de la punibilidad, no sólo porque no son supuestos posteriores al delito, sino porque no responden a una falta de necesidad de pena en el caso concreto, sino a que no podrá sustentarse la defectuosa organización en dichos casos. En realidad con los programas de cumplimiento se estarían estableciendo *criterios de determinación del riesgo permitido*, de manera tal que si la persona jurídica incorporó programas de prevención adecuados, el riesgo de que, pese a todo, se pueda cometer un delito en el marco de su actuación, se convierte en un riesgo tolerado, pues, de lo contrario, lo que habría que proceder es a suprimir la actividad de la persona jurídica, lo que evidentemente paralizaría la dinámica de la economía y la sociedad moderna. Ahora bien, como ejemplo de lo anterior, en los EE.UU., como consecuencia de los escándalos de *WorldCom* y *Enron*, la “Sarbanes-Oxley Act” –que buscó mejorar la calidad de la información financiera– de 2002 prevé deberes generales y especiales de organización dirigidos a las empresas. Además, como incentivo para crear las correspondientes medidas preventivas, el Derecho penal empresarial estadounidense, en sus *sentencing guidelines* al igual que el Derecho penal empresarial italiano mediante el decreto legislativo 231 aprobado en 2001, concede rebajas de pena en caso de haber existido programas apropiados de *compliance*. También en Japón se está pensando en una concepción similar en el marco de la reforma del Derecho penal de la empresa. En Alemania existen deberes legales de organización en determinados ámbitos de actividad, y el debate relativo al control de la criminalidad empresarial a través de planteamientos de *compliance* se ha extendido, a partir del 2007, a través de la investigación del caso de corrupción de *Siemens*; con amplitud, Cfr. Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín, *El Derecho penal económico en la era compliance*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 64.

ii) una cultura corporativa de obtención de beneficios sobre el respeto a la legalidad, y iii) la división de trabajo, que hace que se provoque la aparición de infracciones dentro de la empresa²⁶².

Ante tales factores, entonces, resulta lógico pensar, que existan herramientas puestas a disposición y por ende otorgadas a la empresa, para que las mismas puedan enfrentar de forma positiva –y dentro de la explotación de su rubro– éstos déficit de gestión corporativa u organizacional, y con ello conseguir de forma loable el cumplimiento normativo que se pretende. En ese orden de ideas, se habla aquí por tanto, del protagonismo de los *compliance program*, mismos que en términos prácticos, pueden definirse como aquel recurso en el que se recogen sistemas empresariales internos de gestión de riesgos, orientados a prevenir cualquier infracción de leyes, códigos o procedimientos internos que se den dentro de la organización, y de ser el caso, identificar y sancionar dichas infracciones, promoviendo así una cultura de cumplimiento en la empresa y fidelidad al ordenamiento jurídico²⁶³.

De conformidad con lo anterior, y atendiendo a la conceptualización otorgada en el párrafo que antecede, es preciso mencionar también, que los programas de cumplimiento están compuestos por un conjunto de instrumentos –que resultan ser necesarios e indispensables- para ser efectivos, y sobre ello, se tiene: un código ético, un canal de denuncias, un protocolo de investigaciones internas, unos controles generales y específicos, un código de conducta y un

²⁶² Con relación al cumplimiento normativo, consúltese, Adán Nieto Martín, dir., *et al*, *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 25 y ss.

²⁶³ Ivó Coca Vila, “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, en Jesús-María Silva Sánchez, dir., y Raquel Montaner Fernández, coord., *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, (Barcelona, Atelier, 2013), 60; citados por, José Roberto Pazmiño Ruíz y Juan Francisco Pozo Torres, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y compliance: caso Ecuador”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, n.109, (2019): 107.

catálogo de medidas tendentes a evitar el incumplimiento de las normas por parte de los miembros de una empresa²⁶⁴.

Asimismo, es importante –también- indicar, que previo a la redacción del *compliance program* –y muy particularmente un *compliance penal*- que se pretenda instaurar en el núcleo de una persona jurídica, será necesario realizar –siempre- un diagnóstico de orden general en los riesgos de cada empresa, elaborando un programa de prevención que contenga de forma minuciosa y cuidadosa todas las particularidades del seno empresarial que se pretendan autorregular, teniendo en cuenta, entre otras cosas, su actividad, rubro o finalidad, su funcionamiento interno, su exposición a los posibles delitos, el volumen de negocio, el sector concreto de actuación y su nivel de riesgo, así como su forma de sancionar a los infractores y los procedimientos internos a instaurar para llevar adelante ese objetivo²⁶⁵.

²⁶⁴ Véase de nuevo, María Concepción Rayón Ballesteros, “Los programas de cumplimiento penal: origen, regulación, contenido y eficacia en el proceso”. 210. Para esta autora, los programas de prevención si constituyen –a nivel normativo- una causa de exoneración o justificación penal, respecto del accionar de una persona jurídica.

²⁶⁵ *Ibíd.* 211.; en iguales sentidos, Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín, *El Derecho penal económico en la era compliance*, 70 y ss. Quienes, sobre el contenido, objetivos y valores de los programas de cumplimiento penal – o los *criminal compliance*- establecen categóricamente, que los mismos, no solamente abarcan intereses en el ámbito de la empresa, tal como son los objetivos de los propietarios de la empresa, de los empleados de la alta dirección y de otros trabajadores -intereses que en algunos casos pueden entrar en conflicto-. Con frecuencia incluyen también intereses -que pueden colisionar o coincidir- de los socios comerciales, de terceras personas -sobre todo de los consumidores-, así como intereses sociales -verbigracia, en el campo del medio ambiente-. Esta variedad de objetivos y ámbitos de protección tiene como consecuencia que los programas de compliance y otros planes de protección de las distintas empresas varíen mucho en su contenido. Afirman, también estos autores, que las empresas, en sus regulaciones – o autorregulaciones- definen los objetivos y valores que deben ser realizados siguiendo determinados procedimientos. Así, los objetivos, en el marco de un *compliance penal*, están dirigidos 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; y esto se diseña de esta manera, con el objetivo de impedir tanto la criminalidad contra la empresa, como aquella que pueda favorecerla; se protegen una serie de valores, que incluso reciben, en parte, una mayor protección en los programas de *compliance* que en las disposiciones del Derecho penal.

En ese sentido, un *compliance program penal* completo, es algo que trasciende por mucho a un programa de cumplimiento penal. En otras palabras, podría considerarse, que el *compliance program penal* completo, forma parte del conjunto de programas que configuran un sistema de cumplimiento global, que abarca muchas otras áreas, como pueden ser la seguridad e igualdad en el trabajo, medio ambiente, privacidad y protección de datos, seguridad de la información, sociedad de la información –redes sociales, retención de datos, cookies, etcétera- control empresarial de los recursos tecnológicos corporativos, el uso de dispositivos personales con fines profesionales, propiedad intelectual y protección de activos tangibles, firma electrónica, controles para cumplir con estándares de calidad en la gestión – normas PCI, ISO, UNE 19601 y 19602, y muy particularmente en el Estado de El Salvador, la NRP-17 emitida y aprobada por el Banco Central para los entes supervisados del sistema financiero salvadoreño²⁶⁶- y niveles de servicio hacia el cliente en la espera de su proveedor –service level agreement por sus siglas SLA, también llamado acuerdo de nivel de servicio– en contratos de nuevas tecnologías, blanqueo de capitales, consumidores, además de cumplir con la

²⁶⁶ En forma general, puede decirse, que las normas PCI, ISO, UNE 19601 y 19602, son estándares que se complementan entre sí, y establecen en forma concreta, los requisitos para implantar, mantener y mejorar continuamente un sistema de gestión de *compliance penal* en las personas jurídicas, con el objetivo de prevenir la comisión de delitos e irregularidades en su seno y reducir el riesgo penal; asimismo fomentan y mejoran la seguridad de los datos de los titulares en la industria, desarrollan y mantienen redes de forma segura, mantienen un programa de administración de la vulnerabilidad y mantienen una política de seguridad en la información. Ahora bien, en lo que respecta al Estado de El Salvador, el art. 99, literal a) de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, establece, que le corresponde al Banco Central de Reserva, en su carácter de regulador, aprobar las normas técnicas, que las leyes que regulan a los supervisados establecen que deben dictarse para facilitar su aplicación, especialmente lo relativo a prácticas de buen gobierno corporativo. En consecuencia, el 02 de mayo de 2019, el Comité de Normas del BCR de El Salvador, aprobó las Normas Técnicas de Gobierno Corporativo NRP-17, mismas que se encuentran vigentes, y por consiguiente, son de obligatorio cumplimiento para los entes supervisados en el sistema financiero salvadoreño. Con más detalle, puede consultarse el contenido de las normas técnicas aprobadas por el BCR, así como de la normativa en general aprobada por la Superintendencia del Sistema Financiero, en el enlace siguiente, <https://ssf.gob.sv/normativa-general/>.

normativa sectorial, como por ejemplo en el ámbito sanitario y farmacéutico, entre otras cosas²⁶⁷.

Abordado lo anterior, y en estrecha vinculación con lo mencionado en las líneas que anteceden, debe dejarse por sentado, que los elementos esenciales que debe contener un programa de cumplimiento penal –o un *corporate criminal program*– para ser efectivo, dependerá en gran medida del estándar, enfoque o posicionamiento científico que se retome a nivel doctrinal; así, para esta investigación, se retomarán como elementos imprescindibles en la creación de un *compliance program* efectivo, los que de forma puntual señala Enseñat de Carlos, quien muy concretamente los ha agrupado en siete grandes pilares: 1) Liderazgo y cultura de cumplimiento, 2) Función de cumplimiento, 3) Evaluación de riesgos, 4) Políticas y controles, 5) Comunicación, formación y sensibilización, 6) Supervisión y verificación, y 7) Consecuencias de los incumplimientos²⁶⁸.

Así pues, y como ya se ha advertido en anteriores pasajes de esta investigación, a la persona jurídica siempre se le exigirá un defecto estructural –o defecto de organización- para poder fundamentar su punición en sede judicial, siempre y cuando se haya determinado legalmente la instauración de un sistema de responsabilidad –propio- de personas jurídicas.

²⁶⁷ Con extensión y amplitud sobre estos aspectos, puede consultarse el trabajo científico desarrollado en España de forma reciente, por el autor, Jaume Antich Soler, “Compliance Program Penal y sus efectos en la exención y atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica” (Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2017), 41 y ss. <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/458613/jas1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Este autor con suma razón afirma, que de nada le servirá a una persona jurídica o a una compañía tener un *programa de cumplimiento global* extraordinario que cubra todas las áreas señaladas *ut supra* –económicas, gerenciales, operativas, laborales, industriales, etcétera– si a nivel penal falla estrepitosamente.

²⁶⁸ Sobre el particular, Cfr. Sylvia Enseñat De Carlos, *Manual de compliance officer. Guía práctica para los responsables de compliance de habla hispana*, (Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2016), 35-42, citada por, Jaume Antich Soler, “Compliance Program Penal y sus efectos en la exención y atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica”, 38 y ss. Este autor, retoma en cierta medida, los pilares del *compliance* acá diseminados.

En ese sentido, para evitar que la misma se haga merecedora de una sanción de connotada naturaleza penal, resultará conveniente que dentro de su seno y en el despliegue de su actividad empresarial, se gesticule la idea de la denominada cultura de cumplimiento, y será a partir de dicha circunstancia, que los *compliance program* tomarán mayor protagonismo y relevancia, desplegando sus efectos en las áreas –sociales, jurídicas, económicas, culturales, políticas, etcétera- donde se vea comprometida la actuación de la organización, logrando con ello, en el mejor de los casos, una exoneración en temas penales, o en su caso, una disminución o atenuación en el margen de la culpabilidad cuando la misma haya transgredido el riesgo permitido y se vea envuelta en un escenario delictivo. En otras palabras, la finalidad, utilidad y propósito de estos programas de prevención, radica esencialmente, en otorgarle a la persona jurídica –compañía, empresa, organización, sociedad, partido político, etcétera- razones y herramientas objetivas de contención de posibles riesgos no permitidos en los que esta última se vea comprometida.

2.5. El tratamiento que ofrece el ordenamiento jurídico salvadoreño a la persona jurídica y a la empresa. Especial avocamiento al Derecho privado.

De manera indistinta e indiscriminada, a lo largo de este trabajo se han utilizado concepciones o términos –bajo una especial argumentación sinonímica- que de una u otra manera, permiten identificar y advertir un escenario en concreto: la persona jurídica como tal. Por consiguiente, así debe dejarse por establecido, y en consecuencia, así debe entenderse.

Asimismo, este tópico tampoco pretende replicar lo que se ha desarrollado de forma general en el Capítulo I de esta investigación con relación a la persona jurídica. En ese sentido, y de acuerdo con lo apuntado, se tratará en términos generales de establecer, la forma en que el Estado de El Salvador ha pretendido jurídicamente clasificar a las personas jurídicas, centrándonos de

forma específica, en el abordaje que ofrece el Derecho Privado o lo que es lo mismo, desde el interés particular de quienes deseen organizarse y crear un ente ficto, con competencias, facultades, obligaciones, patrimonio propio y personalidad jurídica propia, distinta a la de sus integrantes.

De este modo, puede decirse liminarmente, que el sistema jurídico ha debido reconocer, junto a la existencia de las personas naturales, la existencia de otros entes denominados: personas jurídicas. Esto con el objeto de hacer más fluidas las relaciones jurídicas. A razón de lo anterior, las personas naturales deben unirse a otras para progresar, aspirar al bien común. Puede ocurrir que un conjunto de personas formen un todo orgánico, que comienza a demostrar su propia individualidad, diferente de la de cada uno de sus integrantes. Se formará así un nuevo ente, capaz de contraer derechos y obligaciones, denominado persona jurídica²⁶⁹.

Así entonces, concretamente el CC del Estado de El Salvador en su art. 52 clasifica a las personas en dos tipologías substanciales²⁷⁰: a) personas

²⁶⁹ Lucía Lourdes Vicentini, "Personas jurídicas de carácter público en el Derecho Internacional Privado" *Revista científica de ciencias jurídicas y notariales In Iure*, año.2, vol.2, (2012): 102, <https://core.ac.uk/download/pdf/228415612.pdf>. De forma concreta, la autora afirma un aspecto que es de conocimiento general para todo letrado en Derecho, pero que no está demás enunciarlo: En tanto el nacimiento de una persona física es un hecho natural reconocido automáticamente, la persona jurídica no nace de un hecho natural sino por la voluntad humana en tanto la persona jurídica es "reconocida" como tal en un ordenamiento jurídico específico y desde ese momento pasa a ser sujeto de derecho y obligaciones.

²⁷⁰ Solo de forma ilustrativa, Juan Andrés Orrego Acuña, en su artículo, "Las Personas Jurídicas en Derecho Público y Derecho Privado", refiere que la doctrina científica en estos tópicos, ha dispuesto que las personas jurídicas, concretamente se dividen en personas de Derecho Público y Derecho Privado. Son personas de Derecho Público: el Estado, la Nación, el Fisco, las Municipalidades, las Iglesias, las Comunidades Religiosas y Establecimientos que se costean con fondos del erario. *Contrario sensu*, Las personas jurídicas de Derecho Privado, se clasifican en: Personas Jurídicas sin fines de lucro y con fines de lucro. Las personas jurídicas sin fines de lucro se clasifican en Corporaciones y Fundaciones. Las personas jurídicas con fines de lucro son las sociedades. Estas pueden ser: a) civiles o comerciales, según sea la naturaleza del objeto social; b) de personas o de capital según sea la importancia que se le asigna a la persona de los socios o al capital aportado por estos; y c) en colectivas, en comanditas -simples o por acciones-, anónimas y de responsabilidad limitada, según la organización interna y las modalidades de su relación con terceros. He de mencionar, que

naturales, y b) personas jurídicas. Respecto de las primeras, afirma que son todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, su estirpe –linaje, raza, casta, nobleza- o condición; y con relación a las segundas, manifiesta el legislador civil salvadoreño, que son personas ficticias, capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones y ser representadas judicial o extrajudicialmente²⁷¹.

En iguales sentidos, también nuestro CC hace una subclasificación respecto de las personas jurídicas como tal, estipulando en su art. 540, que estas últimas son de dos especies: a) Corporaciones y fundaciones de utilidad pública, y b) Asociaciones de interés particular. Bajo esa línea, también refiere este cuerpo normativo –en el art. 541– que no son personas jurídicas las fundaciones o corporaciones que no se hayan establecido en virtud de una ley o de un decreto del Poder Ejecutivo, lo que ahora se traduce, en Órgano Ejecutivo, por disposición constitucional.

Por su parte, en lo que respecta a las corporaciones o fundaciones de Derecho público, el art. 542 determina que estas estarán referidas a la Nación, el Fisco, las Municipalidades, las iglesias²⁷², y los establecimientos que se costeen con

esta tipología de las personas jurídicas, es consteste, similar y muy correspondida, con la que el Estado de El Salvador ofrece en el ordenamiento jurídico de la materia.

²⁷¹ Código Civil, (El Salvador: New York Imprenta Eduardo O. Jenkins, 1860), art. 52.

²⁷² Sobre este punto hay que aclarar lo siguiente, y es que, en lo que respecta a las iglesias y los establecimientos, hay una falta grave a la concreción y a la técnica legislativa por parte del legislador salvadoreño, pues estas últimas no pueden incluirse en la tipología de personas jurídicas de Derecho público, por dos razones: 1) La primera, es que la única iglesia que puede ser incluida en la anterior categoría es la iglesia católica, cuya personalidad jurídica se la otorgó el constituyente, por consiguiente, toda iglesia u organización de fe, distinta a la católica, queda excluida de esta categoría, por el mismo contenido normativo del art. 26 de la Constitución de la República, sin embargo, para la obtención de la personalidad jurídica de cualquier iglesia, si se deberá estar a lo dispuesto en el título XXX del Libro primero del CC; y 2) Existe una ley especial, que se encarga de regular la creación y el ámbito de actuación de estas personas jurídicas, y es precisamente a partir de dicho cuerpo normativo que se detalla y dispone que las mismas no son costeadas por el erario, en consecuencia, su patrimonio es totalmente ajeno, y por ende, no forma parte del gasto público.

fondos del erario, y las mismas se van a regir por leyes y reglamentos especiales²⁷³.

Así entonces, para concluir con este argumento, se deberá precisar, que en El Salvador, de conformidad con el art. 540 del CC, las personas jurídicas que ahí se definen, no persiguen un fin lucrativo y las mismas se clasifican en: 1) Asociaciones de interés particular, 2) Fundaciones de utilidad pública, y 3) Corporaciones de utilidad pública; las cuales se sujetan de forma particular, a la Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro, sin perjuicio de las disposiciones jurídicas de orden general que establece el CC²⁷⁴.

Visto lo anterior, también el Estado de El Salvador, ha dispuesto en otros sectores del Ordenamiento Jurídico, otra tipología de personas jurídicas o de entes fictos que contienen organizaciones de individuos y que se unen a las clasificaciones arriba desarrolladas; y así encontramos, por una parte, al Código de Comercio²⁷⁵, el cual define dentro del derecho privado, a aquellas sociedades mercantiles que pueden basar su organización y el acuerdo de

²⁷³ Otro aspecto importante por resaltar es que, a partir del art. 543 hasta el 556 del CC, se establece por parte del legislador secundario, el régimen de actuación de las corporaciones y fundaciones de utilidad pública, así como el de sus miembros, cuando se extralimiten en sus actuaciones y su responsabilidad deba ser asumida de forma solidaria; de igual manera, otro elemento importante que no puede pasarse por alto, es que en lo que respecta a la manera de concretar la disolución de la corporación o fundación de utilidad pública, se debe estar a lo dispuesto en el procedimiento especial que señala el art. 554 del CC, mismo que se ha prefijado para su obligatorio cumplimiento, y que deberá relacionarse con la Ley que se menciona *infra* en la consecuente citación al pie.

²⁷⁴ Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1996), arts. 6, 7, 9 y 10; en iguales términos, véase también, Ley de Impuesto Sobre la Renta, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1991), art. 6 Inc. 2º, el Estado de El Salvador, a partir de una norma jurídica definitoria contenida en este cuerpo normativo, aclaró la manera en cómo deben comprenderse a este tipo de personas jurídicas, y dispuso, entre otras cosas, que (sic) se consideran de utilidad pública las corporaciones y fundaciones no lucrativas, constituidas con fines de asistencia social, fomento de construcción de caminos, caridad, beneficencia, educación e instrucción, culturales, científicos, literarios, artísticos, políticos, gremiales; profesionales, sindicales y deportivos siempre que los ingresos que obtengan y su patrimonio se destinen exclusivamente a los fines de la institución y en ningún caso se distribuyan directa o indirectamente entre los miembros que las integran.

²⁷⁵ Código de Comercio, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1970).

voluntades, ya sea en la confianza, o en su caso, a través de aportaciones sociales y de capital, respectivamente.

Así entonces, y bajo ese orden de ideas, a partir del art. 18 del Código de Comercio, el legislador ha dispuesto que las sociedades mercantiles se dividen en²⁷⁶: I) sociedades de personas, y II) sociedades de capital, y ha dispuesto además, que ambas pueden optar por el régimen de capital variable. En ese sentido, bajo la clasificación que presentan las sociedades de personas, encontramos: Las sociedades en nombre colectivo²⁷⁷, las sociedades en comandita simple o sociedades comanditarias simples²⁷⁸ y sociedades de responsabilidad limitada²⁷⁹; por su parte, con relación a las sociedades de capital, tenemos: Las sociedades anónimas²⁸⁰ y las sociedades en comandita por acciones o comanditarias por acciones²⁸¹.

De igual manera y adición con lo anterior, también el Código de Comercio regula una particular forma de agruparse y de llevar a cabo actos típicamente mercantiles que permiten impulsar el mercado y/o el comercio en la vida económica y social del Estado de El Salvador. Así, a partir de lo anterior tenemos a la empresa mercantil, la cual, según el legislador de la materia, está constituida por un conjunto coordinado de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos, con objeto de ofrecer al público, con propósito de lucro y de manera sistemática, bienes o servicios²⁸².

²⁷⁶ Sobre un pequeño, pero muy concreto esbozo de la tipología de las sociedades mercantiles que subyacen en la vida jurídica del Estado de El Salvador, puede consultarse el siguiente enlace, que contiene, la conceptualización de las mismas, el régimen de adopción del capital correspondiente, la base legal, la forma de administración y gestión, etcétera. https://elsalvador.eregulations.org/media/editor_repo/clases%20de%20sociedades%20y%20requisitos%20legales.pdf.

²⁷⁷ *Ibíd.* Del art. 73 al 92.

²⁷⁸ *Ibíd.* Del art. 93 al 100.

²⁷⁹ *Ibíd.* Del art. 101 al 125.

²⁸⁰ *Ibíd.* Del art. 191 al 295.

²⁸¹ *Ibíd.* Del art. 296 al 205.

²⁸² *Ibíd.* Del art. 553 al 622.

Por otra parte, no puede dejar de mencionarse que dentro de la tipología de las sociedades mercantiles –esencialmente de la nomenclatura de las sociedades anónimas- que regula el sistema jurídico salvadoreño, se encuentran aquellas personas jurídicas que se dedican al negocio de la banca y que contribuyen al buen funcionamiento de la economía de cada país; en ese sentido, también debe incorporarse en esta subclasificación, a los Bancos²⁸³, en cualesquiera de sus denominaciones, calificaciones, tipos o designaciones²⁸⁴.

Asimismo, y como una subclasificación bastante peculiar –y excepcional- dentro del ordenamiento jurídico mercantil, se encuentran aquellas sociedades que el legislador salvadoreño ha tipificado a partir del art. 343 del Código de Comercio, y que presentan en su seno o pacto social una causa u objeto ilícito, o en su caso, no cumplen con las formalidades o requisitos exigidos por la ley para su otorgamiento. Así, se habla acá, por tanto, de las sociedades nulas e irregulares²⁸⁵, que también, al igual que las otras personas jurídicas –o

²⁸³ Ley de Bancos, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1999), art. 2, que en lo medular menciona, que serán bancos aquellas instituciones que actúen de manera habitual en el mercado financiero, haciendo llamamiento al público para obtener fondos a través de depósitos, la emisión y colocación de títulos valores o cualquier otra operación pasiva, quedando obligados directamente a cubrir el principal, intereses y otros accesorios, para su colocación en el público en operaciones activas.

²⁸⁴ Sobre el particular, Jeanne Gobat, en su artículo *¿Qué es un Banco?* *Revista finanzas y desarrollo*, s/n, (2012): 38-39, expresaba que la función principal de estas instituciones financieras, se centra en captar fondos —depósitos— de gente con dinero, aglomerarlos y prestarlos a quienes los necesitan. Un banco es un intermediario entre los depositantes - quienes le prestan dinero- y los prestatarios -a quienes les presta dinero-. Lo que paga por los depósitos, y lo que cobra por los préstamos que otorga, son en ambos casos intereses. Tanto los depositantes como los prestatarios pueden ser personas y hogares, empresas financieras y no financieras, o gobiernos nacionales y locales. Los depósitos pueden ser a la vista -por ejemplo, una cuenta corriente- o tener algunas restricciones -como los depósitos a plazo y las cuentas de ahorro-. En iguales sentidos, habrá que mencionar en este punto, que el Estado de El Salvador no solo regula una única especie o tipología de bancos, por el contrario, existe una subclasificación respecto de los mismos, con sus propias regulaciones.

²⁸⁵ Código de Comercio., arts. 343 al 357. Sabido es, que el *objeto* –lícito– de la sociedad es el conjunto de negocios jurídicos que puede ella realizar de conformidad con la ley, su pacto social y sus estatutos, para obtener el fin que los socios se han propuesto alcanzar y repartirse lo logrado del empleo que hicieren de lo que cada uno hubiese aportado, siempre y cuando el

sociedades- detalladas en las líneas que anteceden, pueden realizar actuaciones nocivas, que, en mayor o menor medida, podrían afectar o al menos poner en peligro bienes jurídico-penalmente tutelados.

Ahora bien, sólo a manera de excurso, es de tomar en cuenta, que a partir del Título III, Capítulo I, art. 365 y siguientes del Código de Comercio, se regulan los auxiliares de los comerciantes, fijándose en tales disposiciones jurídicas, no sólo las actuaciones o facultades de los mismos, sino que, también se verifican sus limitaciones, prohibiciones y manera de revocar sus mandatos o gestiones en el escenario empresarial. Esto se trae a colación, porque precisamente en el apartado 2.3 de este mismo Capítulo, se desarrolló el tema concerniente a las actuaciones en nombre y por cuenta de otro, y no puede pasarse inadvertido, que dentro de la tipología de sujetos que señala el art. 38 del CP, muy bien pueden encajar, los factores, dependientes, agentes dependientes, agentes representantes o distribuidores y agentes intermediarios, todos como auxiliares de los comerciantes en el Estado de El Salvador²⁸⁶.

consentimiento sea unánime para todos los socios y estén conscientes de lo que están próximos a crear para la vida futura que se proyectan; mientras que la *causa*, es la finalidad inmediata que los socios persiguen para la futura creación de un sujeto distinto a estos últimos.²⁸⁶ Como se dijo en líneas *supra*, en el Estado de El Salvador, el comercio puede llevarse a cabo, ya sea a partir de comerciantes individuales, o en su caso, a partir de agrupaciones que consolidan los comerciantes sociales, en las clasificaciones que se han enunciado en los párrafos que anteceden. De igual forma, como también se ha precisado en esta investigación, la persona jurídica –y la empresa como tal– necesitan, por el principio de dependencia física, el acaecimiento de un comportamiento humano que genere un riesgo jurídico-penalmente desaprobado que comprometa al núcleo societario o empresarial de la misma, y es precisamente en este momento, donde pueden verse involucrados estos sujetos que ha tipificado el Código de Comercio, a partir del art. 365, en donde, si bien es cierto, no existe actualmente y en puridad legal un sistema de atribución penal para sujetos colectivos en el ordenamiento jurídico-penal salvadoreño, eso no es óbice para pensar, que no se pueda disponer de la cláusula de actuaciones en nombre y por cuenta de otro –art. 38 CP–, cuando estos auxiliares del comercio hayan realizado la conducta descrita como delito, en nombre y representación del ente colectivo, y con ello colmar una laguna de punición porque el tipo penal realizado se vea escindido.

Por último y no menos importante, es necesario hacer una breve reflexión respecto de la consolidación que han tenido los partidos políticos en la vida jurídica salvadoreña; aclarando que, aunque no formen parte de las tradicionales personas jurídicas de Derecho privado, constituyen una especial forma de asociarse en la realidad salvadoreña, y se instauran como el principal instrumento para la participación democrática, dentro de un sistema partidario de corte constitucional²⁸⁷.

A raíz de lo anterior entonces, deberá entenderse por partido político –dice el art. 4 de la ley de la materia- aquellas asociaciones voluntarias de ciudadanas y ciudadanos que se constituyen en personas jurídicas con el fin de participar y ejercer el poder político dentro del marco constitucional vigente. Su finalidad es participar lícita y democráticamente en los asuntos públicos y de gobierno, como instituciones fundamentales del pluralismo del sistema político, concurriendo en los procesos electorales previstos en la Constitución, pues esta última es la que determina de manera formal, las reglas del juego en cada escenario político que se gesta o genera en la vida política del Estado salvadoreño.

En ese sentido, al tener los partidos políticos una fuerte injerencia, no sólo dentro de la vida política, sino también, en otros estratos de la realidad misma

²⁸⁷ Así, véase en amplitud, Ley de Partidos Políticos, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2013). Solo por mencionar, el art. 50 de este cuerpo normativo, estipula que el patrimonio de los partidos políticos está integrado por las aportaciones de sus miembros, las donaciones y legados que reciba, los bienes muebles e inmuebles que adquiera, sus deudas y las subvenciones del Estado. Basta, entonces, con darle lectura a esta disposición normativa, para colegir con suficiente objetividad, que, por la administración, gestión o forma de adquirir el patrimonio, estos entes colectivos, pueden verse involucrados en actos de índole penal, que pueden ser constitutivos, ya sea de lavado de dinero, administraciones fraudulentas, fraude electoral, y a la vez, consolidarse como sociedades de fachada para la ocultación ilícita de ganancias, cuando se logra evidenciar que el rubro es otro distinto al establecido en el pacto fundacional. En consecuencia, es necesario, que, en El Salvador, también se incluyan a los partidos políticos, como parte de la tipología jurídica de los sujetos activos que deben ser controlados por un estándar de atribución de responsabilidad penal de personas jurídicas, respectivamente.

–verbigracia: sociales, económicos, jurídicos, culturales y electorales–, estos pueden verse involucrados en circunstancias irregulares que podrían lindar con situaciones de orden delictivo, esencialmente cuando estos se vuelven agentes facultados para captar fondos de la sociedad, y hacerse titulares de bienes de distinta naturaleza, ya sea a través de donaciones y legados que reciban, como de las deudas y las subvenciones del Estado, respectivamente; circunstancias que muy fácilmente pueden trasladarse a la vida política, electoral y jurídica del Estado de El Salvador, en donde actualmente los partidos políticos ostentan un especial protagonismo en la realidad y coyuntura que nos recubre²⁸⁸, donde dicho sea de paso, la vida y cultura partidaria en este país, no ha sido del todo cristalina, pues este tipo de organizaciones siempre han estado rodeadas de ambientes y situaciones irregulares, esencialmente cuando de aumentos desproporcionales del patrimonio de que disponen los mismos, se trata.

Ahora bien, tras las mencionadas reflexiones, no puede pasarse por alto en la parte culmen de este apartado, una especial y particular manera de llevar

²⁸⁸ *Ibíd.* Sobre las obligaciones patrimoniales y de carácter económico en las que se ven envueltos los partidos políticos, véanse los arts. 22 Lit. f), 49 y 50. De conformidad con lo apuntado, no es de extrañar entonces que el funcionamiento de los partidos políticos haya sido objeto de especial preocupación y atención en la lucha contra la corrupción, lo cual se ha visto corroborado, no sólo a través de la producción legislativa –que presentan numerosas reformas- respecto de la financiación de los mismos, sino también, a través de las opiniones de los expertos y juristas en la literatura penal contemporánea. En consecuencia de lo anterior, todos estos factores han contribuido a que, en diferentes países de la región se fuera abriendo camino con más fuerza la opinión de atribuir responsabilidad penal a los partidos políticos y sindicatos, es decir, se ha apostado a incluir a estas asociaciones –o personas jurídicas como tales- como sujetos criminógenos en determinados sectores de la realidades. Con todo ello, se afirma que los partidos políticos pueden convertirse en grupos de presión, esto es, en ámbitos con un alto índice de peligro de convertirse en focos de corrupción, sobre todo a través de su financiación irregular y de la comisión de ilícitos electorales, por lo que su exclusión de la RPPJ iría en contra de la regeneración democrática, de la necesidad de prestigiar la actividad política y de la lucha contra la corrupción; con más detalle, Cfr. Dulce María Santana Vega, “Consideraciones críticas sobre la responsabilidad penal de los partidos políticos como instrumento de lucha contra la corrupción”, *Revista Política Criminal*, Vol. 15, n.29, (2020), <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992020000100076>.

adelante los objetivos criminógenos de la moderna delincuencia económica, pues esta última, esencialmente para actuaciones de blanqueo y lavado de activos, se auxilia necesariamente de *sociedades pantalla*, realizando –estos delincuentes– inversiones millonarias en hoteles, casinos o en loterías clandestinas, en prostitución, en bienes raíces, etcétera; y es específicamente para la colocación e integración de esa aglomeración de capital, que este tipo de delincuencia se ve necesitada –y por ende se auxilia– de importantes compañías de sectores estratégicos en el mercado comercial de cada Estado, y lo hace a través de puentes empresariales que se conectan con sociedades pantalla, mismas que en la mayoría de las ocasiones, se constituyen única y exclusivamente, para ir canalizando los activos que posteriormente van a adquirir apariencia o maquillaje de legitimidad²⁸⁹.

Así, para concluir con este punto y con este capítulo en general, debe tomarse en cuenta –siempre– que en todo escenario delictivo donde intervenga una persona jurídica, el análisis pasará por examinar, no sólo las categorías jurídicas tradicionales de que dispone la teoría del delito edificadas y así

²⁸⁹ Los tratadistas y expertos en la materia, expresan que en la mayoría de las ocasiones, cuando se trata de blanquear dinero, los blanqueadores no acceden al sistema financiero a través de cuentas personales, sino que ocultan su identidad en estructuras de sociedades de diferente índole. Por un lado, los blanqueadores pueden utilizar sociedades pantallas –shell companies o sociedades fantasmas–, que son sociedades incorporadas, que apenas tienen activos y que no llevan a cabo actividades comerciales, ni tienen empleados –GAFI y Grupo Egmont, 2018–. Este tipo de sociedades suelen estar incorporadas en territorios offshore. Por otro lado, también se pueden utilizar para blanquear activos, las sociedades que están funcionando y que tienen apariencia de sociedades legítimas –front companies o sociedades fachadas–. Estas últimas se consideran muy eficientes en el proceso de blanqueo de capitales por dos motivos. En primer lugar, no necesitan la complicidad de las entidades financieras, al tener sus fondos una apariencia totalmente lícita. Por otro lado, como estas empresas llevan a cabo actividades comerciales legales es difícil saber que transacciones están ligadas al blanqueo de fondos. Así, véase de forma extendida y con mucha amplitud sobre esta temática, la investigación científica bastante reciente realizada en España, por parte de Estefanía Rama Martínez, “El blanqueo de capitales. Concepto, técnicas utilizadas y elementos que hacen un país más atractivo”, (Tesis de Maestría, Universidad Da Coruña, 2019), 21. https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/23803/RamaMartinez_Estefania_TFM_2019.pdf?sequence=2&isAllowed=y.

estructuradas para las mismas, sino que también, deberá estudiarse el contenido de su pacto social, estatutos –o cualquier otro reglamento interno que las gobierne–, las razones del objeto lícito y causa lícita que subyacen en la constitución de la misma –para descartar cualquier vicio de nulidad o irregularidad–, así como la finalidad o plan operativo de sus negocios, pues a partir de ello, se podría apreciar liminarmente, si la misma ha actuado con dolo –de primer grado– en la comisión del hecho delictivo, y a la vez, se podría apreciar también, si la existencia de esta última ya acarrea situaciones de ilicitud en su accionar –objeto ilícito y causa ilícita–, pues como se dijo con antelación, en ocasiones, la criminalidad de los poderosos, se auxilia de sociedades de fachada que sirven como testaferros o *sujetos de paja* para obtener el fin delictivo propuesto; en otras palabras, existen sociedades –mercantiles esencialmente– que se constituyen precisamente para la consecución de fines delictivos, por ende, desde que nacen a la vida jurídica, es decir, desde su existencia y constitución, se puede apreciar el dolo que abarca o engloba a las mismas, pues desde ese momento, despliegan un proyecto delictivo bien marcado²⁹⁰.

²⁹⁰ Visto así el argumento antes esbozado, obligaba a otorgarle a tal temática –sociedades pantalla o sociedades fantasma o de fachada– aunque solo sea de forma bastante genérica, algún nivel de análisis y discusión dogmática a la misma, pues también se ubican en la tipología y clasificación de las personas jurídicas, tal cual se había venido desarrollando en este último apartado, y muy específicamente en una subclasificación de sociedades mercantiles, respectivamente.

CAPITULO III

LAS SOCIEDADES DEL RIESGO Y LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL. ESPECIAL REFERENCIA AL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL Y SU VINCULACIÓN CON EL ACTUAR CRIMINÓGENO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Sumario. 3.1. El Derecho penal frente a la globalización. 3.1.1. Criminalidad y globalización. 3.1.2. Las sociedades del riesgo y la intervención penal. 3.2. El medioambiente en las sociedades postindustriales. 3.2.1. Del cambio de paradigma: de un medio ambiente sano, a la contaminación de las sociedades postindustriales. 3.2.2. Nociones generales sobre la teoría de los bienes jurídicos difusos. 3.3. La protección normativa del medio ambiente. 3.3.1. La protección constitucional en el Estado de El Salvador y una mínima referencia a la protección internacional del medio ambiente. 3.3.2. La protección de segundo grado del medio ambiente en el ordenamiento jurídico salvadoreño. Especial referencia al delito de contaminación ambiental y a la persona jurídica como sujeto activo de la acción cualificada. 3.3.3. El otorgamiento de responsabilidad penal a las personas jurídicas en ataques contra el medio ambiente: El “ideal” de una sociedad moderna.

3.1. El Derecho penal frente a la globalización

Previo al desarrollo que abarcarán estos títulos, debe mencionarse, que actualmente el proceso globalizador en general, no sólo está referido a los intercambios económicos transnacionales, sino a los procesos que afectan a los Estados y a los individuos en otros aspectos de su vida cotidiana. Entre dichos procesos se encuentran desde el acceso a la información mundial de manera fácil y rápida, hasta los riesgos que son consecuencia de este mismo acceso, como, por ejemplo, los fraudes electrónicos realizados mediante internet, el blanqueo de capitales, la corrupción en todas sus dimensiones, la

flexibilización de la economía en los aspectos industriales y la nocividad de la misma en los Derechos Fundamentales de la salud y la vida de quienes soportan estos ataques o lesiones, respectivamente²⁹¹.

En ese sentido, estos son algunos de los retos a los que ahora el Derecho penal estatal tiene que responder, otorgando, en mayor o menor medida, alguna posibilidad de dar soluciones jurídicas contundentes, con la salvedad y aclaración, que actualmente esta herramienta de control social, no es capaz de enfrentar todas las consecuencias que despliega este fenómeno, por no haber sido concebido y mucho menos diseñado, para la contención de una globalización del delito –internacionalización de la criminalidad-, misma que actualmente, muestra nuevas formas y modalidades delictivas que afectan directa y simultáneamente a varios Estados, o mejor dicho, a varias personas de diferentes Estados, tal cual se mencionó en el párrafo anterior²⁹².

²⁹¹ Respecto de la conceptualización del fenómeno globalizador, véase la investigación realizada por Julián Ramiro Mateus y David William Brasset, “La Globalización: sus efectos y bondades”. Fundación Universidad Autónoma de Colombia, *Revista Economía y Desarrollo*, Vol. 1º, n. 1º, (2002): 67. <http://uac1.fuac.edu.co/revista/M/cinco.pdf>. Particularmente los autores sostienen, que el término globalización comprende un proceso de creciente internacionalización o mundialización del capital financiero, industrial y comercial, nuevas relaciones políticas internacionales y la aparición de la empresa transnacional que a su vez produjo —como respuesta a las constantes necesidades de reacomodo del sistema capitalista de producción— nuevos procesos productivos, distributivos y de consumo deslocalizados geográficamente, una expansión y uso intensivo de la tecnología sin precedentes.

²⁹² A este respecto, consúltese, Nimrod Mihael Champo Sánchez, “El Derecho penal frente a la globalización”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 116, (2006). 406 y ss. <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v39n116/v39n116a4.pdf>. Con razón, el autor argumenta, que producto de la diversidad de efectos que generan los factores globalizantes, el Derecho penal actualmente se encuentra aglutinado en sus funciones preventivas y correctivas, y en ese sentido, mencionan: Una de las principales formas de manifestarse la expansión del derecho penal -también llamada anticipación de la tutela penal- son los delitos de peligro abstracto, figuras orientadas a la tutela de bienes jurídicos supraindividuales, colectivos o difusos -por ejemplo, la salud, la seguridad del tráfico jurídico, el medio ambiente, etcétera-. Se caracterizan por no exigir la efectiva puesta en peligro del bien jurídico protegido. Se consuman con la realización de la conducta abstracta o peligrosa descrita en el tipo; en el mismo sentido, Cfr. Ma. Isabel Sánchez García de Paz, *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal* (Valladolid, Universidad de Valladolid, 1999), 37, 38 y ss.

Examinado lo anterior, solo puede decirse, que los procesos de globalización económica, política, tecnológica y cultural han transformado el mundo de forma vertiginosa desde las dos últimas décadas del Siglo pasado hasta el momento actual. Pero también han afectado decisivamente a la génesis, metamorfosis y *extensión de la criminalidad* y a las leyes punitivas establecidas para prevenirla y combatirla.

Estos cambios apuntados, están modificando pues, la sociedad civil y la misma configuración del Estado. También la criminalidad, como uno más de los componentes estructurales de esa sociedad civil, se ha adaptado al nuevo modelo, y ha adquirido un relevante desarrollo a través de los tecnificados mecanismos de la era de la globalización; y es precisamente sobre estos tópicos, que versará el desarrollo de los posteriores apartados²⁹³, no sin antes hacer hincapié, que la idea de un Derecho penal global o de un Derecho penal que enfrente a la globalización, actualmente sigue siendo un dogma, una idea de fe y una expectativa que sigue definiéndose, pero que no ha alcanzado – bajo parámetros efectivos de carácter científico, normativo, discursivo y jurisprudencial- su mayor concreción.

3.1.1. Criminalidad y globalización.

Sobre el punto aquí tratado, inicialmente debe mencionarse, que en la ciencia del Derecho penal alemana, actualmente se comparte la crítica de que el Derecho penal globalizado se aparta de principios jurídico-penales tradicionales, lo que constituye una dolorosa erosión de nuestra común

²⁹³ Con detalle, consúltese, Emiliano Borja Jiménez, “Globalización y concepciones de Derecho penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 29, (2009): 201 y ss. <https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4146/04.Borja.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. A esta conclusión agrega, que en toda comunidad, en todo espacio geográfico y en todo momento histórico, los Poderes Públicos han reaccionado siempre frente al fenómeno criminal –con independencia de su naturaleza-, dado que, de lo contrario, la correspondiente civilización tendría contados sus días. A razón de lo anterior, sigue manifestando el autor, la nueva conformación social también necesita protegerse con el escudo del Derecho penal.

herencia cultural, además de que en el desarrollo de la globalización hay fenómenos de adaptación y equiparación, perdiéndose estándares de derechos y peculiaridades de las distintas culturas jurídicas que han servido de inspiración a los postulados de un Derecho penal nuclear²⁹⁴.

Así la cuestión, Schünemann ve, por un lado, al Derecho penal en el primer puesto de la lista de pérdidas de la globalización, pues afirma que no se está logrando la protección efectiva de bienes jurídicos globalmente amenazados, como, por ejemplo, el medio ambiente, mediante un Derecho penal globalizado²⁹⁵.

En ese sentido, con razón se afirma, que quien caracteriza una forma de criminalidad con el adjetivo global o como problema global está implicando que se trata de una criminalidad especialmente grave: el criminal no sólo agrede a un individuo o a un Estado, sino que ataca a todo el mundo, realiza con ello un grave injusto y una grave culpabilidad y demuestra ser especialmente malo, peligroso y nocivo; y es precisamente a este escenario al que se debe enfrentar el Derecho penal actual²⁹⁶.

²⁹⁴ Sobre el particular, véase el artículo propuesto por, Joachim Vogel, “Derecho Penal y Globalización”, Trad. y Coord. por Manuel Cancio Meliá, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.9 (2005): 113 y ss. http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/9/113_126%20joachim%20vogel.pdf. No obstante el anterior argumento, el autor alemán manifiesta que hay que diferenciar en este punto, la marcada tendencia globalizadora de los nuevos retos que enfrenta la ciencia jurídico penal, con relación a aquel del Derecho Penal relativo a las drogas y a la corrupción, que en su opinión es en realidad un imperialismo y colonialismo jurídico.

²⁹⁵ *Ibíd.* Al respecto, Schünemann conecta esta crítica a la globalización con una crítica a los Estados Unidos de América, que desde su punto de vista intentan, por todos los medios y conforme a sus propias ideas, por un lado, impedir el establecimiento de un Derecho penal global contrario a sus intereses –como el Derecho Penal internacional medioambiental o humanitario–, mientras que, por otro, tratan de imponer aquel Derecho penal global que sí sirva a sus intereses, como, por ejemplo, aquél dirigido contra las drogas y la corrupción.

²⁹⁶ *Ibíd.* 116. Es importante destacar acá, que según Silva Sánchez, este fenómeno puede definirse como una criminalidad organizada de los poderosos; con profundidad, véase, de nuevo, Jesús-María Silva Sánchez, *La Expansión del Derecho Penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª Ed., revisada y ampliada, (España: Editorial Civitas, 2001), *passim*. Con razón ha afirmado este autor, que existe una tendencia claramente

Bajo tales argumentos, entonces, no es aventurado pensar que el Derecho penal actualmente se encuentra en una crisis rotunda para enfrentar la situación real de esta coyuntura posindustrial; no obstante lo anterior, no es que el Derecho penal no pretenda regularizar la fenomenología originada por la globalización; por el contrario, lo que no puede hoy por hoy, es ofrecer una respuesta punitiva eficaz –por no existir un Derecho penal global- que permita controlar el núcleo criminal tan complejo que se está gestando y desencadenado en la nueva modernidad²⁹⁷.

En ese orden de ideas, un sector mayoritario de la doctrina ha manifestado sobre este punto, que la crisis actual del Derecho penal producida por la globalización, consiste en el resquebrajamiento de sus dos funciones garantistas: la prevención de los delitos y la prevención de las penas arbitrarias; las funciones de defensa social y al mismo tiempo el sistema de las garantías penales y procesales²⁹⁸. Ahora bien, para comprender lo anterior, es imperativo reflexionar sobre la doble mutación provocada por la globalización en la fenomenología de los delitos y de las penas: una mutación que se refiere por un lado a la que podemos llamar *cuestión criminal*, es decir, a la naturaleza económica, social y política de la criminalidad; y por otro lado, a la que cabe

dominante en todos los países, hacia la introducción de nuevos tipos penales o en su caso a la agravación de los ya existentes. Evidentemente, esto es producido por la ampliación de la intervención punitiva en la que ha tenido que incurrir –cualquier- Estado, con el objeto de palear las consecuencias jurídicas que acarrea el fenómeno globalizador.

²⁹⁷ Con relación a ello, soy de la idea, que el Derecho penal no ha terminado –siquiera en situaciones moderadas o mínimas- de otorgarle respuesta a ciertos comportamientos de connotación criminal, cuando los mismos sectores sociales que se están pretendiendo normar, ya han encontrado otra vía para la consecución de su fin delictivo, logrando con ello la elusión de las mallas o fronteras de un Derecho penal, por demás ineficaz.

²⁹⁸ Con amplitud, nuevamente, Jesús-María Silva Sánchez, *La Expansión del Derecho Penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 20-25.

designar la cuestión penal, es decir, a las formas de la intervención punitiva y las causas de la impunidad de esta nueva época²⁹⁹.

Así entonces, para concluir con este apartado –siguiendo con la línea de pensamiento anterior– resulta útil afirmar, que es precisamente la *cuestión criminal* la que ha cambiado en esta coyuntura, pues la criminalidad que hoy en día atenta contra los derechos y los bienes fundamentales no es ya la vieja criminalidad de subsistencia –criminalidad de bagatela-, ejecutada por sujetos individuales, prevalentemente marginados e identificados. La criminalidad que amenaza más gravemente los derechos, la democracia, la paz y el futuro mismo de nuestro planeta es seguramente la criminalidad del poder: un fenómeno no marginal ni excepcional como la criminalidad tradicional, sino inserto en el funcionamiento normal de nuestras sociedades³⁰⁰.

En otras palabras, es la criminalidad de los grandes poderes económicos transnacionales, que se manifiesta en diversas formas de corrupción, de apropiación de los recursos naturales y de devastación del ambiente. Así, entonces, con demasiada razón se dice, que es este el tipo de criminalidad la que muestra el efecto más directo de la globalización, en términos precisos³⁰¹.

²⁹⁹ También, sobre este aspecto, Luigi Ferrajoli, “Criminalidad y Globalización”, Trad., por Miguel Carbonell, (2008): 18 y ss. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24507.pdf>. En este ensayo se analiza muy puntualmente la crisis del papel del derecho penal que ha generado la globalización, tal como se manifiesta en la ruptura de las dos funciones garantistas del derecho penal, a saber, la prevención de los delitos y la prevención de las penas arbitrarias, respectivamente.

³⁰⁰ *Ibíd.* 20. Al centrar la atención sobre este punto, Ferrajoli refiere, que no son ya los Estados los que ponen a competir a las empresas, sino las empresas las que ponen a competir a los Estados, decidiendo colocar sus inversiones en los países que, por su estado de indigencia o por la corrupción de sus elites dirigentes, están mayormente dispuestos a consentir impunemente devastaciones ambientales, daños a la salud de la población, explotación de los trabajadores y de los recursos naturales, ausencia de derechos y de garantías en materia laboral y ambiental. Con todo ello, tampoco este autor deja de sopesar en el hecho, de si existe una criminalidad global en el sentido de una *industria del crimen mundial*, similar a las grandes corporaciones internacionales, esto a manera de excurso de lo supra apuntado.

³⁰¹ *Ibíd.* Asegura Ferrajoli, que este tipo de criminalidad es el efecto más directo de la globalización justamente porque la misma es un vacío de derecho público, y específicamente

3.1.2. Las sociedades del riesgo y la intervención penal.

Desde hace algún tiempo a la sociedad actual, los distintos sectores que la componen, la han calificado –con suma razón– como sociedad del riesgo. Dicha sociedad se caracteriza fundamentalmente por su complejidad, transnacionalidad, dinamicidad en su economía, multiplicidad de interconexiones causales y existencia de una alta intervención de colectivos. En definitiva, una sociedad en la que los avances científicos y tecnológicos, así como el fenómeno de la globalización, entre otros factores, favorecen la aparición de nuevos peligros ante los que el ciudadano medio se siente amenazado³⁰².

En efecto, la sociedad actual aparece caracterizada, básicamente, por un marco económico rápidamente cambiante y por la aparición de avances tecnológicos sin parangón en toda la historia de la humanidad. Así, entonces, en consonancia con lo *supra* apuntado, la doctrina en esta materia ha aceptado, que son *tres factores o elementos* los que definen de forma concisa a las sociedades del riesgo, y sobre ello, muy concretamente puede destacarse lo siguiente³⁰³:

de derecho penal internacional, que se manifiesta en el desarrollo de poderes des-regulados, que tienen como única regla el beneficio y la auto-acumulación, en detrimento de sectores sociales desprotegidos.

³⁰² La sociedad actual ha sido calificada como sociedad del riesgo, debido al concepto acuñado por el sociólogo alemán Ulrich Beck, en su obra, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, (Barcelona, Editorial Paidós, 1998, (original 1986); de igual forma, otras obras de referencia de este autor, esenciales para comprender el significado otorgado por él mismo al concepto de sociedad del riesgo son: *Las políticas ecológicas en la edad del riesgo*, (Barcelona, Editorial Roure, Barcelona, 1998 (original 1988), y *La sociedad del riesgo global*, (Madrid, Editorial Siglo Veintiuno, 2002 (original 1999).

³⁰³ Solo con motivo de una exposición más detallada, respecto de los elementos definitorios que engloban a las sociedades del riesgo, véase, Blanca Mendoza Buergo, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, (Madrid, Editorial Civitas, 2001); De igual forma, y opinando en el mismo sentido, véase, el posicionamiento teórico de uno de los autores que más ha profundizado sobre este tema de las sociedades del riesgo en la doctrina penal española, José Luis Díez Ripollés, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate

Primero, la existencia de un *cambio en el potencial de los peligros actuales* en relación con los de otros períodos, ya que a diferencia de los peligros que amenazan con desastres naturales o plagas de otras épocas, los nuevos son *artificiales*, en el sentido de que son producidos por la actividad o intervención de la mano del hombre y vinculados a una decisión de éste.

En consonancia con lo anterior, el segundo aspecto definitorio de la sociedad del riesgo es la *complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad*. Este elemento debe entenderse, precisamente en el sentido de que, el incremento en las interconexiones causales y su desconocimiento o las dificultades en su aclaración, determina que la responsabilidad se desdibuje cada vez más en el plano social.

Y por último, en el tercer elemento definitorio de este tipo de sociedades, nos encontramos con la creciente *sensación de inseguridad subjetiva –o sensación social de inseguridad³⁰⁴* ante los nuevos peligros, que existe incluso cuando dichos peligros no sean reales. Ello hace que los ciudadanos reclamen cada vez más del Estado la prevención frente al riesgo y la provisión de seguridad, en cualquier terreno o escenario social que se presente.

En consecuencia de lo anterior, se afirma que el Derecho penal actual es un Derecho en expansión como respuesta a dicha sociedad del riesgo, de manera que lo que viene en calificarse como expansión del Derecho penal se vincula

desenfocado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, n.7-1 (2005): 3 y 4. <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>.

³⁰⁴ Respecto de la terminología empleada a este respecto, vid. de nuevo, Jesús-María Silva Sánchez, *La Expansión del Derecho Penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 32 y ss. Este autor español sostiene, que nuestra sociedad puede definirse todavía mejor, como la sociedad de la inseguridad sentida o como la sociedad del miedo.

básicamente a su utilización para defender a la sociedad moderna de esos nuevos peligros que comporta la actual era post-industrial³⁰⁵.

Planteada así la situación, el Derecho penal –como medio de control social– tuvo que atravesar, por situaciones de necesidad, una especie de revisión científica a sus postulados tradicionales, tanto así que el Derecho penal de la expansión, ese que –al menos formalmente– puede hacer frente a los nuevos riesgos y nuevos peligros, estaría configurándose y redefiniéndose, a partir de las siguientes características: a) La intervención del Derecho penal tendría lugar en ámbitos diferentes de lo que ha sido su espacio tradicional, *ampliándose generosamente el número de comportamientos penalmente relevantes*, b) Se trataría de un Derecho penal que ofrece su tutela a un alto número de nuevos *bienes jurídicos de naturaleza supra-individual o colectiva*, asimismo, c) Predominarían los tipos de peligro y dentro de esta categoría, primarían los *delitos de peligro abstracto*, d) *Se anticiparía el momento en que va a tener lugar la intervención penal*, ya tipificando comportamientos que, con anterioridad, sólo eran considerados ilícitos administrativos, civiles o mercantiles; de igual forma, se podrá percibir el aumento desmedido de la represión penal de determinados actos preparatorios, e) El nuevo Derecho penal sufriría *modificaciones en el sistema de imputación de la responsabilidad*, lo que para sus detractores supondría una flexibilización inaceptable de sus estructuras tradicionales y, f) Se producirían *modificaciones*

³⁰⁵ En este sentido, Cfr. María José Jiménez Díaz, “Sociedad del riesgo e intervención penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.16-08 (2014): 3 y ss. <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf>. Quien muy oportunamente establece, que existen –en esta sociedad– nuevos peligros o riesgos respecto de los que deben tenerse en cuenta dos extremos: uno, que aunque ciertamente comportan efectos negativos, resultan altamente beneficiosos tanto para las personas individualmente consideradas como para la colectividad en su conjunto; y otro, que los mismos acechan, de una parte, a bienes jurídicos de carácter supra-individual (que han nacido en el seno de esta moderna sociedad) y, de otra, a algunos bienes jurídicos individuales tradicionales.

en el conjunto de garantías penales y procesales, lo que para dichos sectores contrarios a su aceptación, implicaría una flexibilización, cuando no una infracción, de principios esenciales del Derecho penal clásico, tales como el principio de intervención mínima, o el principio de legalidad en su manifestación concreta de taxatividad o mandato de determinación³⁰⁶.

Señalado lo anterior, es importante mencionar en este apartado, que el debate político criminal y de orden dogmático expuesto con antelación, se centra a grandes rasgos en dos importantes corrientes teóricas –o líneas de pensamiento científico–, entre las que es posible vislumbrar a primera vista, por un lado, aquella que propende por la expansión de los límites de intervención del Derecho penal, y otra que, por contra, de manera crítica y acertada, según se plantea, aboga por la limitación del poder punitivo con base en la aplicación de principios y criterios de imputación liberales y garantistas. Así, entonces, la discusión planteada, puede resumirse en términos prácticos, por un lado, en aquel sector de la doctrina que apela a un discurso reduccionista, de resistencia, garantista y minimalista del Derecho penal, y de otro lado, aquellas posturas científicas y político-criminales que respaldan y propagan la idea de modernizar y expandir el Derecho penal a sectores sociales que inicialmente han sido normados por otros instrumentos y disciplinas jurídicas³⁰⁷.

En ese orden de ideas, *la tendencia de resistencia a la modernización o tendencia reduccionista* más destacada es la representada por la *Escuela de*

³⁰⁶ *Ibíd.* 5.; en el mismo sentido, Cfr. Luis Gracia Martín, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2003), 57 y ss. Este autor español en su trabajo científico exponía, que dentro de ese ámbito de modernización del Derecho penal, podían distinguirse seis ámbitos concretos, entre los cuales se producen frecuentes combinaciones y solapamientos: el Derecho penal del riesgo, el Derecho penal económico y del ambiente, el Derecho penal de la empresa, el Derecho penal de la Unión Europea, el Derecho penal de la globalización y el Derecho penal del enemigo.

³⁰⁷ De nuevo, Blanca Mendoza Buergo, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo.*, *passim*.

Frankfurt en Alemania cuyo máximo exponente es W. Hassemer. Esta corriente de pensamiento, como lo indica su finalidad, propugna y defiende la idea de reducción del objeto del Derecho penal; asimismo, sus premisas y argumentos proponen la configuración de un *Derecho penal mínimo*, que se articula en torno a *dos premisas básicas*³⁰⁸.

De un lado, considera que los bienes jurídicos de carácter supraindividual sólo deben ser tutelados en la medida en que sean concebidos como puros intereses instrumentales al servicio del individuo. De esta forma, evitando la protección de los bienes jurídicos universales, también se evita la utilización generalizada de la técnica de los delitos de peligro abstracto, técnica que, a fin de cuentas, es la principal causante de la flexibilización del Derecho penal, que tanto rechaza.

De otro, apelan por respetar a ultranza las reglas dogmáticas tradicionales de imputación y los principios político-criminales garantistas, característicos del Derecho penal liberal clásico, porque son instrumentos al servicio de la función limitadora del ius puniendi estatal, o lo que es lo mismo, actúan como límites de la intervención punitiva del Estado en la esfera de libertad personal del individuo³⁰⁹.

³⁰⁸ Respecto de la idea reduccionista del Derecho penal, véase, Winfried Hassemer, "Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 45, (1992): 235 y ss. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46402>; él mismo, "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", Trad. por Elena Larrauri, *Nuevo Foro Penal*, n. 51 (1991): 17-30. <https://core.ac.uk/download/pdf/290652864.pdf>.

³⁰⁹ Véase, otra vez, María José Jiménez Díaz, "Sociedad del riesgo e intervención penal", 7 y ss. Esta autora, al referirse al planteamiento propuesto por W. Hassemer, entiende, que el Derecho penal debe reducir su objeto de protección al *Derecho penal tradicional, nuclear o básico*, mediante el que se tutelarían, exclusivamente, los bienes jurídicos individuales más importantes, quedando conformado por delitos tales como los delitos contra la vida, lesiones, contra la libertad sexual, contra la libertad, los patrimoniales más graves, etc. Y por otra parte, en lo que respecta a los bienes jurídicos universales, deben ser precisados del mejor modo posible y funcionalizados desde el punto de vista de los bienes jurídicos individuales.

En conclusión, y visto lo anterior, este discurso ideológico de resistencia a la modernización del Derecho penal, propone en definitiva, crear un nuevo *Derecho de intervención* para evitar la desnaturalización del Derecho penal clásico y, a su vez, satisfacer las necesidades de la sociedad del riesgo. Se trataría de un Ordenamiento sancionador que estaría ubicado entre el Derecho penal y el Derecho sancionatorio administrativo, entre el Derecho civil y el Derecho público, con un nivel de garantías procesales inferior al del Derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos³¹⁰. Prácticamente se abogaría por una especie de proporcionalidad en la sanción a imponer, evitando con ello, abusos en la naturaleza de la pena, pues se sabe, que lo que se castiga esencialmente en esta modernidad son meros delitos de peligro abstracto o presunto, respectivamente³¹¹.

³¹⁰ *Ibíd.* 8. Para W. Hassemer esta clase de Derecho “moderno” de intervención, no sólo sería mucho menos objetable desde el punto de vista normativo, sino también fácticamente más adecuado para responder a los problemas específicos de las sociedades modernas.

³¹¹ Sobre el particular, no puede pasarse por alto, que dentro de este discurso de resistencia a la modernización del Derecho penal, también se encuentran posturas italianas y españolas que han gozado de mucha aceptación y que han abonado al debate jurídico en torno a esta temática. Así, *respecto de las primeras* pueden citarse, muy particularmente las obras de: Alessandro Baratta, “Principios de Derecho penal mínimo”, *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*, Trad. por Beatriz Lenzi, n. 37-40 (2004): 299-233. <https://criminologiacomunicacionymedios.files.wordpress.com/2013/08/baratta-alessandro-principios-de-derecho-penal-minimo.pdf>.; de igual forma, Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, (Madrid, Editorial Trotta, 1995, original 1989), *passim.*, él mismo, “Criminalidad y globalización”, Trad., por Miguel Carbonell, s/n, (2008): 18 y ss. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24507.pdf>.; y *respecto de las segundas posturas*, véase particularmente, Jesús-María Silva Sánchez, *La Expansión del Derecho Penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª Ed., revisada y ampliada, (España: Editorial Civitas, 2001), *passim.*, La obra del insigne autor español, constituye, al menos en la doctrina penal española, el planteamiento científico más destacado en atención a estos tópicos. Al respecto, el profesor Silva Sánchez en este trabajo opinaba lo siguiente: a) Partiendo de que el conjunto de fenómenos sociales, jurídicos y políticos que tienen lugar en las sociedades modernas generan en el Derecho penal un cúmulo de efectos que es a lo que se llama “expansión”, trae como consecuencia lógica, la flexibilización de los principios políticos-criminales o de las reglas de imputación y, como primera expresión de esto, la modificación de la propia estructura y del contenido material de los tipos penales, en el sentido de que la introducción de nuevos objetos de tutela, combinado con la anticipación de las fronteras de protección penal, ha propiciado una rápida transición del modelo de “delito de

Por su parte, en contraposición al reduccionismo penal que pregona la anterior corriente de pensamiento científico, aparece un discurso totalmente vertiginoso que propugna la idea de modernizar y renovar, en términos generales, las categorías jurídico-penales que en su oportunidad fueron desarrolladas por un modelo de Derecho penal clásico o tradicionalista.

En definitiva, como respuesta a las posturas antes enunciadas, surgen las tendencias o tesis modernizadoras del Derecho penal, que coincide muy puntualmente –con una idea expansionista del poder punitivo– y que además, se identifican con una concepción teórica del Derecho penal del riesgo, abogando por la flexibilización de los principios de atribución de responsabilidad penal, acorde con los postulados de prevención y seguridad social. En otras palabras, se profundiza el desarrollo de la protección de bienes jurídicos abstractos, difusos, colectivos y supraindividuales, por sobre aquellos

lesión de bienes individuales” al modelo de “delito de peligro –presunto– para bienes supraindividuales, b) Para paliar lo anterior, se propone admitir la gradualidad de la vigencia de las reglas de imputación y de los principios de garantía en su seno, en función del concreto modelo sancionatorio que éste acabe asumiendo. Lo anterior se traduce en aceptar un modelo de menor intensidad garantístico dentro del Derecho penal, siempre y cuando las sanciones previstas para los ilícitos correspondientes no sean de prisión. A razón de ello, el referido tratadista expresa, que lo ideal sería realizar una división del Derecho penal en *dos bloques o niveles de imputación diferentes*. Se trataría, pues, de configurar un Derecho penal de dos velocidades. El *Derecho penal de primera velocidad* se correspondería con el Derecho penal clásico, que comportaría la pena de prisión, y respecto del mismo habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales tradicionales. La *segunda velocidad*, en cambio, sería una especie de Derecho penal accesorio, en el que se integrarían los “delitos de acumulación o peligro presunto”, y dado que este nivel, no podría utilizar penas privativas de libertad –tan solo se impondrían penas pecuniarias y privativas de derechos– dichos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción. Por su parte, y a manera de excursus, Silva respecto de una *tercera velocidad –Derecho penal del enemigo–* considera que aun cuando este constituye un “mal”, puede ser el “mal menor”, y que su utilización en la vida política y jurídica de un Estado siempre debe estar sujeta a una revisión constante, pues de lo contrario pronostica, que el círculo del Derecho penal de los enemigos tenderá, ilegítimamente, a estabilizarse y a aumentar desmedidamente.

que presentan una connotación de carácter individual o tradicional, pero sin dejar de lado, los fines éticos y sociales de un Estado de Derecho³¹².

Sobre el anterior argumento, el profesor español Luis Gracia Martín, trató con su trabajo científico de poner sobre la mesa de discusión –en la ciencia jurídico-penal contemporánea– la contienda o tensión que se desarrollaba entre ambos discursos, y ante la recensión que se le hiciera a su trabajo, respecto de que el Derecho penal actual se desviaría de modo relevante de ciertos principios fundamentales del Derecho penal liberal, este último replicó, que si se lograra evidenciar dicha circunstancia de modo material en la realidad, entonces –la referida desviación antes aludida– se circunscribiría única y exclusivamente al ámbito de la selección de conductas punibles, pues realmente la extensión de la punibilidad a la criminalidad material típica de las clases, es una característica esencial en esta nueva modernidad³¹³.

³¹² De nuevo, Luis Gracia Martín, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 14 y ss. En esta obra este autor español –citando a B. Schünemann– precisa, que el Derecho penal tendría que reaccionar en una medida equivalente a la dañosidad social frente a las formas específicas de esta que se habrían formado en la sociedad industrial desarrollada, y esto requeriría de un cambio de perspectiva hacia las clases media y alta, de una cuidadosa explicación de los bienes jurídicos colectivos puros para diferenciarlos de meros bienes jurídicos aparentes, y de una puesta de relieve de aquellos sectores de distribución colectivos a los que tiene que conectarse el Derecho penal para garantizar la necesaria protección de bienes jurídicos. Para Schünemann, cuando la *Escuela de Frankfurt* postula la reducción, por principio, del Derecho penal a los delitos de resultado, está abogando por una negativa a la modernización del Derecho penal, negativa que necesariamente ha de fracasar en la finalidad del Derecho penal de proteger bienes jurídicos, al ignorar las condiciones de actuación de la sociedad moderna; con más detalle, respecto de estos tópicos, Cfr. Bernd Schünemann, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana*, (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996). 11 y ss. La postura del autor alemán, valorada de forma global, hasta permitiría afirmar que conduce a la legitimación de la denominada modernización o expansión del Derecho penal, y es que con razón, tanto Luis Gracia Martín como este último, compartían muchos aspectos y argumentos en común respecto del discurso de modernización, tal cual se ha enunciado en la cita al pie que antecede.

³¹³ Respecto de la manera en cómo evacua las recensiones que algunos autores le hicieran a su obra, véase, siempre, Luis Gracia Martín, “Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia”, *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, n. 2, (2006): 1-27, citado por, María José Jiménez Díaz, “Sociedad del riesgo e intervención

Asimismo, otros sectores de la doctrina –no menos importante que la posición científica sostenida en el párrafo anterior– refieren que el Derecho penal de la seguridad –así entendido, también– extiende el discurso modernizador a ámbitos muy diferentes a los que le dieron origen, tratando de abarcar con la idea del riesgo a situaciones de criminalidad común. Así, Díez Ripollés indica, que el modelo penal de la seguridad ciudadana se ha servido parasitariamente del debate sobre la sociedad del riesgo y, singularmente, de las propuestas que abogan por una modernización del Derecho penal. Este hecho, por muy reprobable y digno de lamentar que sea, condiciona inevitablemente el futuro del discurso modernizador, el cual no puede proseguir como si no hubiera pasado nada³¹⁴.

De ahí que los justificados esfuerzos por introducir el Derecho penal en nuevos y novedosos sectores sociales –difusos y colectivos- necesitados de su intervención han de desarrollarse teniendo en cuenta, y previniendo, esa instrumentación por parte del discurso securitario –o de seguridad– de una serie de valoraciones y decisiones políticocriminales propias del discurso modernizador³¹⁵.

Con todo ello, y con independencia de la crítica que realiza Díez Ripollés, es consiente que muchas de las objeciones formuladas a las propuestas de modernización del derecho penal, no afectan a sus fundamentos políticocriminales, sino a la defectuosa técnica legislativa empleada por el legislador en cada Estado determinado. En otras palabras, tampoco asimila

penal”. 16 y ss. A manera de conclusión, expresa el tratadista español, que la *única diferencia* con el Derecho penal tradicional, radicaría en que en tanto que el *discurso de resistencia* no deja margen para la intervención penal en las nuevas realidades sociales, su *discurso de modernización* plantea una adecuación a las mismas, pero con estricta sujeción a los principios y garantías penales del Estado de Derecho.

³¹⁴ Véase, de nuevo, José Luis Díez Ripollés, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, 31 y ss.

³¹⁵ *Ibidem*.

con total desprecio los planteamientos modernizadores anteriormente esbozados, pues entiende, que aunque no enfrenten de la forma en que él sugiere y crítica, los peligros –dañosos y nocivos– que esta sociedad genera, advierte, que actualmente es la única forma de frenarlos y palearlos³¹⁶.

En definitiva, y a manera de conclusión en este apartado, resulta a todas luces insensato negar actualmente el giro que ha dado el Derecho penal hacia exigencias políticas y sociales de prevención y seguridad, lo cual se traduce en la anticipación de las barreras de protección e intervención del mismo en ciertos sectores así como en exigencias simbólicas de eficacia punitiva, que son estricta consecuencia de la sociedad que nos gobierna³¹⁷.

3.2. El medioambiente en las sociedades postindustriales.

Como preámbulo al desarrollo que merecen los siguientes apartados que subyacen en esta temática, se ha de afirmar y mencionar con mucha razón, que es precisamente en esta coyuntura, donde se vislumbra de forma rotunda la fractura de la modernidad; misma, que marca el paso de la sociedad industrial clásica a la sociedad industrial del riesgo, también llamada –de forma general– sociedades postindustriales, la cual, de forma extendida, ya fue desarrollada en líneas y párrafos anteriores a este punto.

³¹⁶ *Ibíd.* 32 y 33. Al respecto opina, que ello no ha de fomentar el conformismo en el combate a esta criminalidad del riesgo, sino que ha de impulsar avances en la depuración de los contenidos de tutela y de los niveles de intervención: Propuestas promotoras de una progresiva espiritualización de los bienes jurídicos, o resignadas ante la aparente inevitabilidad de las estructuras típicas de peligro, hacen un flaco favor, no sólo a la consolidación del derecho penal moderno, sino también a la evitación de su infiltración por corrientes políticocriminales espurias, que es precisamente uno de sus principales críticas.

³¹⁷ Una vez más, véase, Blanca Mendoza Buergo, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. La autora reconoce, que finalidad de proteger frente a los riesgos y procurar más seguridad a través del Derecho penal puede mantenerse –solo– en la medida en que sea compatible con los principios básicos del Derecho penal de un Estado de derecho y con aquellos principios y categorías dogmáticas que posibiliten y aseguren en mayor medida una atribución de responsabilidad adecuada y coherente con tal modelo.

Así, pues, bajo el anterior análisis de modernización, debe mencionarse entonces –y de forma imperativa– que el medio ambiente es, en gran medida, un dominio total del conocimiento científico, pues sobre este último, la ciencia sitúa su objeto de estudio –que no es más que la naturaleza– y, a su vez, actúa sobre la misma al permitir, a través de la tecnología, la adaptación de las sociedades a su medio ambiente³¹⁸.

3.2.1. Del cambio de paradigma: de un medio ambiente sano, a la contaminación de las sociedades postindustriales.

Inicialmente debe indicarse, que la modernidad, en conjunción con la teoría del riesgo en las sociedades posindustriales –tal cual se ha visto con antelación–, actualmente impulsa un profundo cambio en los modos de vida de los ciudadanos y esencialmente en la organización social extendida por todo el mundo.

Ante esta perspectiva, la utilización de la tecnología y el industrialismo ha producido importantes manifestaciones a las que nos enfrentamos actualmente. Por un lado, la difusión del industrialismo ha creado un mundo más amenazante en donde existen cambios ecológicos reales y potenciales nefastos que afectan a todos los habitantes del planeta. Por otra parte, la

³¹⁸ Para un estudio más profundo sobre la temática planteada, véase especialmente, Christian Oltra, “Modernización Ecológica y Sociedad del Riesgo. Hacia un análisis de las relaciones entre ciencia, medio ambiente y sociedad”, *Revista del Departamento de Sociología y Análisis de las Organizaciones de la Universidad de Barcelona*, n.78 (2005): 134 y ss. <https://core.ac.uk/download/pdf/13269713.pdf>. En este artículo, que dicho sea de paso, desarrolla de forma puntual la problemática planteada *ut supra*, el autor refiere, que la dimensión científico-tecnológica de los daños medioambientales es puesta de manifiesto a partir de la segunda mitad del siglo XX, cuando los peligros para la supervivencia de la humanidad del avance tecnológico descontrolado son divulgados en obras como *Science and Survival* –Barry Commoner, 1966. Uno de los pensadores medioambientales estadounidenses más influyentes del último siglo–. Los posibles efectos de la ciencia y la tecnología sobre el medio ambiente alcanzan una magnitud dramática con los accidentes nucleares de Three Mile Island y Chernobyl, que se convierten en símbolos de la vulnerabilidad de la tecnología nuclear, pero, también, de la pérdida de autoridad del consejo científico en la toma de decisiones y de la pérdida de credibilidad de los políticos que confían seriamente en él.

explotación irracional de los recursos naturales también ha condicionado decisivamente nuestra conciencia de vivir en un solo mundo y en un ambiente sano, pues los cambios producidos por el industrialismo han generado una serie de nuevos problemas que las sociedades de la premodernidad ni siquiera imaginaban; y el riesgo, como eje central de este proceso de cambio, permite advertir de forma fehaciente, que los orígenes de nuestro quehacer cotidiano –traducidos en peligros– son responsabilidad enteramente humana³¹⁹.

En este contexto, la contaminación ambiental, traducida como daño directo al medio ambiente, tiene que ver o más bien dicho encuentra su génesis, en el desarrollo de la sociedad industrial, con sus logros, pero también con sus fracasos y sus límites. Es resultado de la intervención humana en los ecosistemas y su modificación hasta constituirse como una realidad dependiente del quehacer y de las instituciones humanas, de la economía, de la cultura y de los arreglos políticos en los cuales se da la vida social. A razón de lo anterior, medio ambiente y sociedad son dos aspectos en los que se sintetiza la relación hombre-naturaleza³²⁰.

³¹⁹ Véase, María del Rocío Rosales Ortega, “Modernidad, naturaleza y riesgo”, artículo de revista publicado en, Pedro Luis Sotolongo Codina y Carlos Jesús Delgado Díaz, *La revolución contemporánea del saber y la complejidad social. Hacia unas ciencias sociales del nuevo tipo*, (2006): 218 y ss. <https://core.ac.uk/download/pdf/35175505.pdf>., Esta autora manifiesta, muy puntualmente sobre este argumento, que el industrialismo trastoca de manera profunda la percepción del hombre sobre el mundo que lo rodea, al descubrir que ya no coexiste “dentro” de la naturaleza, sino que ahora puede existir “sobre” ella. Así, continúa manifestando, los entornos naturales se transformaron radicalmente para convertirse en entornos creados. De igual forma indica, que como expresión de la racionalidad instrumental de la modernidad, la naturaleza es observada como un objeto ajeno y distante de la misma humanidad, que puede ser manipulado a discreción de esta última.

³²⁰ José Luis Lezama, “El medio ambiente como construcción social: reflexiones sobre la contaminación del aire en la Ciudad de México”, *Estudios Sociológicos XIX*, n. 56. (2001): 332 y ss. Este autor refiere, que quienes han reflexionado acerca de los problemas ambientales, desde el punto de vista de las ciencias sociales, tratan de explicar los mecanismos por medio de los cuales determinados aspectos de la realidad adquieren significado colectivo especial que los hace surgir en el escenario público, y por qué no decirlo también, en el escenario jurídico, que también forma parte de las ciencias sociales. A partir de lo anterior, explica el autor, la demanda ambiental aparece como hecho de conciencia y como resultado de un

Bajo esta óptica, y centrando la atención en la sociedad que se nos ha heredado, cuyas características han sido definidas por el industrialismo y la teoría del riesgo –sociológicamente hablando–, nos facilita inferir, que el medio ambiente como construcción social – tal cual se ha venido analizando- se ha visto flexibilizado con el desarrollo de las fuerzas productivas de las últimas décadas; en ese sentido, la discusión así planteada recobra mayor relevancia científica, si se advierte que una conculcación a dicha construcción social, también genera una consecuencia inmediata –negativa– en la salud social o colectiva de los humanos que habitamos este sistema planetario, porque en la medida en que los países imperialistas acrecientan sus ansias de expansión y poderío, incrementan sus riquezas explotando desmedidamente los recursos naturales, obstaculizando el progreso de los pueblos en desarrollo, que acrecientan sus calamidades humanas, y agudizando la desigualdad social y la inequidad económica³²¹.

En otro sentido, al evidenciarse plenamente, que el deterioro ecológico o medio ambiental en esta coyuntura social produce afectaciones a la salud de cada individuo, se comprueba, como efecto reflejo inmediato, la interconexión existente entre ambos factores –ecología y humanidad– y se da por sentado científicamente, que el medio ambiente es una construcción social, porque puede ser definido, estudiado y discutido por los planos y circuitos de las

cambio valorativo en las expectativas de vida, en los valores y en la idea de dignidad y calidad de vida, conceptos ligados al bienestar social de los habitantes de este plantea. En igual sentido, al referirse a la contaminación ambiental como fenómeno –también– contextualizado por las ciencias sociales, establece que puede ser entendida, como un producto inevitable del progreso, como una consecuencia no deseada del desarrollo industrial y como resultado de la masiva intervención humana en los ecosistemas.

³²¹ Puntualmente, véase, Vilma Rodríguez Morales, Leticia M. Bustamante Alfonso y Magdalena Mirabal Jean-Claude, “La protección del medio ambiente y la salud, un desafío social y ético actual”, *Revista cubana de salud pública*, n. 37 (2011): 513 y ss. <https://www.scielosp.org/pdf/rcsp/2011.v37n4/510-518>.

ciencias sociales, con independencia que también se le pueda tomar como objeto de estudio en otros campos del saber.

Visto lo anterior, y fijada que ha sido la relación entre medio ambiente, sociedad posindustrial, teoría del riesgo, humanidad y naturaleza, nos permite desprender y deducir actualmente, que es irrefutable la idea generalizada por algunos expertos de la materia, que la salud humana depende de la capacidad de una sociedad para mejorar la interrelación entre las actividades humanas y los factores ambientales que lo rodean, y precisamente el ser humano sin proponérselo ha alterado los ciclos naturales del planeta y ha roto e interrumpido su equilibrio ecológico de forma rotunda³²².

Finalmente, puede enunciarse, que el hombre y la ciencia como tal, ante la búsqueda de control y disminución de los riesgos para enfrentar ese desenfrenado daño globalizado que experimenta la ecología y el medio ambiente como tal, han encontrado todo lo contrario; han encontrado la verdadera forma de funcionamiento de la realidad que actualmente nos arropa, en donde la incertidumbre y el caos, que siempre habían estado presentes, ahora se vuelven evidentes³²³; sin embargo, existen discursos muy latentes, que sugieren y abogan por un cambio rotundo en la manera de enfrentar –por parte de la ciencia– este estrepitoso camino de la posmodernidad, y apuestan porque el nuevo estilo de desarrollo sistemático de la sociedad, sea

³²² *Ibidem.*; y *en iguales términos*, pero sólo a manera de excursus, véase Christian Oltra, “Modernización Ecológica y Sociedad del Riesgo. Hacia un análisis de las relaciones entre ciencia, medio ambiente y sociedad”, 141. Sobre el particular, este autor apunta, que la teoría de la sociedad del riesgo y la modernidad reflexiva, tal y como ha sido planteada por el trabajo científico del sociólogo alemán U. Beck, posee una mirada no sólo escéptica, sino también negativa sobre el papel de la ciencia y la tecnología en las sociedades avanzadas. Expresa, que la ciencia es causa, en gran medida, de los riesgos generados en el seno de la modernidad. Pero es, también, responsable de la definición de los riesgos y monopoliza la solución de los mismos al tiempo que se torna reflexiva y analiza y critica a la misma institución de la ciencia.

³²³ De nuevo, María del Rocío Rosales Ortega, “Modernidad, naturaleza y riesgo”, 219.

ambientalmente sustentable, en el acceso y uso de los recursos naturales, y en la preservación de la biodiversidad³²⁴.

3.2.2. Nociones generales sobre la teoría de los bienes jurídicos difusos.

Consecuencia de la estandarización de las sociedades del riesgo que imperan en esta postmodernidad, generada por el industrialismo de la época, es que el Derecho penal se encuentra en la obligación formal de dar respuesta a la colectividad, y por ende, protección a ciertos bienes jurídicos, que presentan una connotación metaindividual o difusa, respectivamente.

De acuerdo con lo anterior, la evolución tecnológica implica la aparición de nuevas formas de riesgos, o dicho de otro modo, una sociedad cada vez más industrializada es una sociedad potencialmente cada vez más peligrosa. Así, este nuevo paradigma, entendido como una nueva dimensión en la comprensión de la sociedad, ha de condicionar y obligar al Estado, a dar cobertura y protección a sus ciudadanos, respecto de estos nuevos ataques a bienes jurídicos que escapan y superan cualquier esfera individual, y esta labor solo es posible llevarla a cabo, a través del Derecho penal³²⁵, concebido como el más clásico instrumento de control social³²⁶.

³²⁴ A este respecto, Cfr. Roberto P. Guimarães, “Modernidad, medio ambiente y ética: un nuevo paradigma de desarrollo”, *Documentos, Serie, Ensayos, CEPAL*, (1997): 7. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7377/S9710843_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y., En igual sentido, agrega este autor, que no sólo se requiere que el desarrollo postindustrial sea ambientalmente sustentable, sino también, socialmente sustentable, especialmente en la reducción de la pobreza, y de las desigualdades sociales, y que promueva la justicia y la equidad.

³²⁵ Sobre el particular, algún sector de la doctrina que goza de mucha aceptación en la actualidad –principalmente en Europa–, ya ha sentado bases al respecto y ha señalado, que el fin inmediato y más importante del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos –esenciales al individuo y a la comunidad–, basado en los principios fundamentales de la personalidad e individualización de la pena, de la culpabilidad, entre otros, por el predominio de la ley formal, como ultima ratio.

³²⁶ Mauricio Márquez Buitrago, “La protección del ambiente y los límites del Derecho penal”, *Red de revistas científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, Vol. 4, s/n, (2007): 93. <https://www.redalyc.org/pdf/1290/129016869007.pdf>. Sobre este tema, a manera de

Es así, que en este proceso de cambio, se constatan nuevas y ampliadas formas de tutela, resultado del proceso evolutivo del Estado liberal al Estado social, y a la afirmación de este último, lo que supone la asunción de nuevos deberes -asistencia y promoción- nuevos riesgos -manipulación genética, energía nuclear, transgénicos, industrias, etcétera- y obligaciones, como la de protección de derechos que trascienden la esfera individual –tal cual se dijo en el párrafo anterior- y se reflejan en determinados grupos sociales o en la sociedad en general. En otras palabras, surgen nuevos bienes jurídicos, o se amplían los ya existentes, para otorgar un mayor margen de tutela³²⁷.

En este sentido, con relación a lo señalado en el anterior argumento, tal categoría de bienes jurídicos, denominados, genérica e indistintamente por la doctrina como bienes jurídicos universales, macro-sociales, meta-individuales o transindividuales, presenta ciertas particularidades, que permiten su conceptualización o clasificación según su predominancia o la perspectiva bajo la cual se les evalúa. Así, se opta por clasificarlos en: bienes jurídicos institucionales –públicos y estatales–, en los que la tutela meta-individual está intermediada por una persona jurídica de derecho público –verbigracia la administración pública, administración de justicia–, bienes jurídicos colectivos, que afectan a un número más o menos determinado de personas –como la

preámbulo el autor expresa, que la notable importancia que ha cobrado la cuestión ambiental –como parte de los intereses difusos en la humanidad– en las cuatro últimas décadas, hace fundamental que dicha problemática sea abordada desde la perspectiva del derecho, como quiera que éste representa la máxima construcción de la humanidad para la consecución del orden social.

³²⁷ Al respecto, consúltese la obra de, Luis Regis Prado, “El ambiente como bien jurídico penal: aspectos conceptuales y delimitadores”, *Revista Penal*, n. 22, (2008): 117. <https://core.ac.uk/download/pdf/60673361.pdf>. Con relación a este punto, este autor sostiene, que en el contexto de un Estado democrático y social de Derecho, se plantea si el conjunto social prepondera, en términos de protección jurídico-penal, sobre los individuos; o de otro modo, si los bienes jurídico-penales de carácter difuso, presentan una connotación superior a los bienes jurídicos individuales o clásicos, de los que con mucho ahínco se encargó ya la doctrina en su desarrollo.

salud pública, relación de consumo–; y bienes jurídicos difusos³²⁸, que tienen carácter plural e indeterminado y se proyectan a la colectividad en su totalidad –verbigracia el ambiente, el patrimonio cultural–³²⁹.

Ahora bien, ciertamente, este tema –la teoría de los bienes jurídicos difusos– se erige como parte de los discursos teóricos y dogmáticos más debatidos en la actual teoría del bien jurídico; precisamente porque estos últimos, ostentan una relación material con los bienes jurídicos individuales, o lo que es lo mismo, una relación de complementariedad. Así, por ejemplo, la salud pública en relación con la salud individual, o en su caso, el medio ambiente en relación a la calidad de vida del hombre. De este modo, aunque la referencia al individuo, en uno –individual– sea de manera directa, y en otro la referencia sea indirecta –difuso o colectivo–, lo cierto es que, los bienes jurídicos colectivos como los difusos, tienen como base o referencia el individuo - aspecto complementario-, y dicha relación se presenta más intensa, menos tenue -bienes colectivos-, o menos intensa, más tenue -bienes difusos-, según su nivel de cercanía del individuo con la realidad acogida entre uno y otro bien³³⁰.

³²⁸ Por resultar de extremo interés el término así apuntado, véase, Lozano-Higuero y Pinto, *La protección procesal de los intereses difusos*, (Madrid: Ruffino Blanco, 1983), 155. Quien, como pionero en la doctrina española para contextualizar esta institución jurídica, sostuvo, que con esta categoría se hace extrema referencia al interés de un sujeto jurídico en cuanto compartido –expandido– o compartible –expandible– por una universalidad, grupo, categoría, clase o género de los mismos; cuyo disfrute, ostentación y ejercicio son esencialmente homogéneos y fungibles, y que adolece de estabilidad y coherencia en su vinculación subjetiva, así como de concreción normativa orgánica en sus tutelas material y procesal.

³²⁹ Solo respecto de la clasificación otorgada, Cfr. Dulce María Santana Vega, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, (Madrid: Dykinson, 2000), 78- 96.

³³⁰ Nuevamente, Luis Regis Prado, “El ambiente como bien jurídico penal: aspectos conceptuales y delimitadores”, 118. Respecto de la relación de complementariedad en la tipología de estos bienes jurídicos, dice este autor, que en realidad, lo que aquí se quiere poner de relieve es que el individuo como persona, debe ser siempre el destinatario principal de toda norma jurídica, la referencia última para cualquier bien jurídico que pretenda tutelarse.

Vistas estas consideraciones, y resaltando esa relación de complementariedad –para algunos de protección instrumental–, el ordenamiento jurídico, en general, y el Derecho penal en particular, se ven en la obligación de proteger todos aquellos bienes que son importantes para la vida de sus destinatarios, y para el desarrollo armónico de la colectividad, poniendo en marcha los mecanismos de regulación y control social que necesita una sociedad industrializada. En ese sentido, el Derecho a la calidad de vida y al medio ambiente sano³³¹, no son categorías, bienes o expectativas exentas de protección normativa, por ende, constituyen un objetivo irrenunciable para un Estado social de Derecho, y precisamente por ello, surge la idea predominante de proteger el medio ambiente –o el sistema ecológico– como una defensa de la salud y de la vida de los habitantes en este planeta. En otro sentido, ahí radica su connotación colectiva y difusa, pues abarca de manera global una indeterminada frontera de protección social³³².

Expuesto lo anterior, no cabe duda, que los bienes jurídicos colectivos tienen autonomía frente a los individuales y su titularidad pertenece a toda la ciudadanía por igual. Éstos son complementarios de los bienes individuales en la medida que constituyen condiciones esenciales para su adecuado funcionamiento. Por ello, la reacción penal frente a las ofensas que sufren los bienes colectivos debe ser menor a la conminada respecto de los individuales.

³³¹ Con relación a este argumento, ya hay jurisprudencia nacional que lo retoma de esta forma, así, consúltese, Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 178-2013* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016). El Tribunal constitucional ha sostenido, que la protección penal de los denominados bienes jurídicos difusos o colectivos es legítima constitucionalmente, cuando su protección se muestre necesaria para proteger las condiciones que permitan un óptimo desarrollo personal de cada uno de los miembros de la sociedad.

³³² Javier Camilo Sessano Goenaga, “La protección penal del medio ambiente. Particularidades de su tratamiento jurídico”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, s/n (2002): 16 y 17. http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_04-11.pdf. A este respecto, menciona este expositor, que el interés previamente enunciado, ha colocado en un plano preferente la regulación –nacional y transnacional– de los problemas derivados de la contaminación ambiental y de la explotación inmoderada de los recursos naturales.

De ahí, que la determinación del contenido y límites de los bienes jurídicos colectivos debe ser producto de una ponderación racional de diversos intereses legítimos³³³ en un Estado de Derecho. En otras palabras, la tutela de dichos bienes debe operar en relación a su propio contenido, sin necesidad de referencias implícitas o explícitas a los bienes individuales, y recurriendo sólo a tipos de lesión o de peligro concreto, propios y característicos en este tipo de sociedades cubiertas del industrialismo.

Finalmente, conviene aclarar, que por una especie de tecnicismo en la forma de concebir a los bienes jurídicos colectivos y los intereses difusos, algún sector de la doctrina, entiende, que si bien los intereses difusos surgen al margen de todo reconocimiento formal, en el momento en que se traspasa la situación puramente fáctica y el ordenamiento reconoce la existencia del interés difuso, estableciendo sus condiciones formales, este se habrá convertido en un interés colectivo; en otras palabras, no es otra cosa que *el interés difuso jurídicamente reconocido*. No obstante lo anterior, y con independencia de ello, de lo que si no hay margen de refutación, es que los intereses difusos, expresan una clara referencia a sectores específicos de la realidad, como la protección del ambiente –que tanto interesa a los objetivos de esta investigación–, la cual ocupa un lugar común para la discusión de la ciencia penal contemporánea³³⁴.

³³³ En este sentido, consúltese, Dino Carlos Caro Corias, “Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos”, *II Congreso Internacional de Derecho Penal*, s/n, (1997): 205 y 206. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5109687>.

³³⁴ *Ibíd.* 206. Este autor es del criterio, que los intereses difusos al no poseer una concreción epistemológica que defina su contextualización, límites y alcances, lo único que demuestra, es la incapacidad de dispensar una base sólida y cierta sobre la cual erigir una protección penal que, respetando el principio de mínima intervención, permita salvaguardar los intereses trascendentales en la sociedad. Evidentemente, esta discusión aún sigue estando sobre la mesa de debates en la dogmática penal moderna, es decir, no hay uniformidad en su tratamiento, pero lo cierto es que, en la actualidad su utilización, aprobación y/o aceptación ha sido inminente, no sólo por la doctrina europea, sino también, por parte de Estado de corte latinoamericana.

3.3. La protección normativa del medio ambiente.

Todos estos cambios y evoluciones que ha experimentado el globo terráqueo en general, tienen repercusiones sobre nuestro medio ambiente natural o sobre el sistema ecológico y la biodiversidad, propiamente tal. Ello ha generado que cada vez más, el efecto industrializador de esta posmodernidad explore, explote y utilice de forma desmedida los recursos naturales, produciendo con ello, por mencionar algunos aspectos críticos, residuos y emisiones creados por todas estas actividades que acaecen en este tipo de sociedades. Es por ello, que surge la imperiosa necesidad, que un Estado, bajo cimientos democráticos, que se preocupa por la dignidad humana y la calidad de vida de sus habitantes, destine los insumos correspondientes, y genere con ello, las herramientas públicas necesarias, que permitan en alguna medida, la protección –jurídica– reforzada del mismo, pues de este último depende, el desarrollo y subsistencia, no solo de la especie humana, sino, de toda la biodiversidad.

3.3.1. La protección constitucional en el Estado de El Salvador y una mínima referencia a la protección internacional del medio ambiente.

El Derecho fundamental a un Medio Ambiente Sano, como tal, de forma explícita –así bajo esa especial determinación– no aparece regulado en la Constitución de la República de El Salvador; sin embargo, eso no es óbice para pensar que de forma implícita no se haya reconocido en el texto constitucional.

Lo anterior, ha sido consecuencia lógica del desarrollo jurisprudencial que este Derecho fundamental ha merecido en el Estado de El Salvador, esencialmente, por parte de la Sala de lo Constitucional –en adelante SC- de la CSJ, a través de la estandarización de sus precedentes.

Cabe mencionar también, que el establecimiento constitucional de este Derecho fundamental, ya se venía reconociendo –de forma indirecta– en los textos normativos de otras constituciones que regían la vida política y jurídica del Estado de El Salvador. A este respecto, como muy bien lo reseña en su trabajo científico el tratadista salvadoreño, Henry Alexander Mejía³³⁵, este Derecho había sido regulado de manera indirecta –tácita o implícita–, bajo la tutela del derecho a la salud en las constituciones de 1841, art. 62; Constitución Federal de 1821, art. 86; Constitución de 1939 con sus reformas de 1944, del mismo modo en las Constituciones de 1950 y de 1962, dispusieron que la salud es un bien público; y es que, como se ha mencionado con antelación a este apartado, el medio ambiente guarda una estrecha relación con la salud, la calidad de vida, y la dignidad humana de los habitantes de un Estado Social y Democrático de Derecho, respectivamente.

Pero, es hasta la aprobación de la Constitución de 1983 –vigente en el Estado salvadoreño– que se estampa de forma categórica en el art. 117, el imperativo estatal, de proteger, conservar y restaurar los recursos naturales, así como declarar de interés social el aprovechamiento racional de los mismos; designando y estipulando con esta redacción del texto, un Derecho fundamental distinto, a la connotación constitucional que merece el Derecho a la salud³³⁶.

³³⁵ Con detalle, véase, Henry Alexander Mejía, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, (San salvador: Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, 2014), 59 y 60. En esta obra, el autor salvadoreño, realiza un exacerbado e ilustrado análisis del Derecho Ambiental en el Estado de El Salvador, haciendo énfasis en el tipo de responsabilidad que puede asumir una persona –natural o jurídica– cuando se tengan por acreditados, de forma fehaciente, ataques a los recursos naturales o al medio ambiente en general.

³³⁶ Constitución de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Constituyente de El Salvador, 1983). Art. 117.

Actualmente, y producto de una reforma que acaece en el año 2000, por parte de la Asamblea Legislativa³³⁷, el contenido normativo del art. 117 de la Constitución, quedó redactado de la siguiente manera: *“Es deber del Estado proteger los recursos naturales, así como la diversidad e integridad del medio ambiente, para garantizar el desarrollo sostenible.*

Se declara de interés social la protección, conservación, aprovechamiento racional, restauración o sustitución de los recursos naturales, en los términos que establezca la ley.

Se prohíbe la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos”.

Como podrá notarse, de la lectura del art. 117 –previamente citado– en ningún momento se extrae y mucho menos se advierte que de forma explícita el constituyente salvadoreño haya consignado, como tal, el Derecho fundamental a un medio ambiente sano. Sin embargo, la labor interpretativa de la SC de la CSJ, conllevó, a que a partir de dicha disposición normativa, se reconozca – de forma implícita– este Derecho fundamental.

De este modo, puede mencionarse la Sentencia de Amparo 931-2014 de las trece horas y cincuenta y cinco minutos, del 14 de enero del 2015; precedente decisión judicial, que a criterio propio, constituye –hoy por hoy– la conquista

³³⁷ Decreto Legislativo N° 871, emitido por la Asamblea Legislativa, el 13 de abril del 2000; a este respecto, de nuevo, Henry Alexander Mejía, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, 61. En su obra, el autor salvadoreño manifiesta, que la Asamblea Legislativa salvadoreña ratificó una reforma constitucional del art. 117 incluyendo al medio ambiente, en aras de adecuarlo a las nuevas exigencias de protección del medio ambiente como lo es el desarrollo sostenible, compromiso adquirido en la CNUMAD, pero, apunta el autor, que dicho Órgano Fundamental del Estado de El Salvador, no determinó de forma expresa el derecho a un medio ambiente sano en el texto del art. 117. Ahora bien, sólo como aclaración, La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo –CNUMAD–, también conocida como la Cumbre para la Tierra, tuvo lugar en Río de Janeiro, Brasil, del 3 al 14 de junio de 1992.

más grande a nivel jurisprudencial, respecto del contenido constitucional que abarca a este Derecho fundamental, pues categóricamente en dicho proveído, el Tribunal Constitucional del Estado salvadoreño, dispuso literalmente, lo siguiente: *“Respecto al derecho al medio ambiente, se ha sostenido en la sentencia de Inc. 37- 2004 de fecha 26-I-2001 y en la sentencia, de Amp.513-2012 del 15-XII-2014 que en relación con el cumplimiento de las finalidades enunciadas en el art. 117 de la Cn., se deben incluir los recursos naturales (v. gr., agua, aire, suelo, subsuelo, fauna, flora, costas y fondos marítimos) y las relaciones que entre ellos se generan (v. gr., clima, ecosistema y espacios naturales)”*³³⁸.

Sigue argumentando la SC, *“(...) pues el medio ambiente es el entorno vital del ser humano, en su relación con los recursos naturales, y está conformado por elementos geológicos, climáticos, químicos y biológicos que rodean a los seres vivos y condicionan su existencia y desarrollo; sin embargo, hay que tomar, en cuenta que, el medio ambiente no se reduce a la suma de los recursos naturales, ya que implica un entramado complejo de relaciones entre todos sus elementos. Así, desde el punto de vista subjetivo, el derecho al medio ambiente se desglosa en las siguientes facultades: (i) el derecho al goce del medio ambiente, (ii) el derecho a que tal medio se preserve y (iii) el derecho a ser protegido frente a amenazas o lesiones a los dos derechos anteriores. El*

³³⁸ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia: 931-2014* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015). Es importante aclarar, que no obstante esta Sentencia en materia de Amparo fue concluyente y categórica en el reconocimiento de este Derecho fundamental a un ambiente sano, también existieron otros pronunciamientos jurisprudenciales, emitidos siempre por la Sala de lo Constitucional, que ya daban la pauta a los ciudadanos de la República de El Salvador, para el goce y reconocimiento normativo de este Derecho fundamental. Dichas resoluciones o pronunciamientos, son las que han sido mencionadas en el párrafo segundo que ocupa esta citación.

*primero se refiere al contenido material del derecho en mención, mientras que los otros dos muestran la faceta preventiva y reaccional*³³⁹.

De igual manera, y siempre en relación con el derecho al medio ambiente sano, expresó que en su jurisprudencia ha sostenido -verbigracia, en las Sentencias de 9-XII-2009 y 22-VI-2012 pronunciadas, respectivamente, en los procesos de Amp. 163-2007 y 188-2009- *que tal derecho a gozar de un medio ambiente sano tiene rango constitucional y, en consecuencia, es obligación del Estado proteger a las personas en su conservación y defensa. Y es que, este derecho se refiere a la obligación de preservar el medio ambiente, por, lo que sus titulares pueden exigir del Estado medidas suficientes de protección. Ello indica que el derecho en análisis presenta una vertiente prestacional que lo engloba en la estructura típica de los derechos sociales. Asimismo, presupone la actividad del legislador y la acción protectora de los poderes públicos, mediante las instituciones creadas para alcanzar tal finalidad*³⁴⁰.

De esta forma, la jurisprudencia constitucional del Estado de El Salvador, abandona una orientación o criterio *antropocentrista* y se declina de forma directa por una teoría *ecocentrista*, donde la comunidad podrá exigir del Estado y de las autoridades públicas el respeto y tutela de la naturaleza, o en su caso, medidas suficientes de protección para esta última, cuando su

³³⁹ *Ibidem*. En este proveído, también se realizó un fuerte análisis respecto de la vinculación constitucional que subyace entre el Derecho a un medio ambiente sano y el Derecho a la salud, y sobre ello, el Tribunal Constitucional, determinó, que al ser el medio ambiente un elemento determinante para la salud, se infiere que el control y la prevención de los riesgos ambientales constituyen una prioridad para la efectiva protección de la salud de la población. Así, la tutela integral de este derecho requiere de un medio ambiente adecuado, libre de contaminación y degradación para evitar poner en peligro el bienestar de las personas. En igual sentido, apuntó, que el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales –MARN– desempeña un papel trascendental en el respeto al derecho a la salud, al ser una institución que se encuentra en la obligación de participar y colaborar en el cumplimiento de la política nacional de salud debido a la estrecha vinculación que existe entre este derecho y la protección, conservación y recuperación del medio ambiente.

³⁴⁰ *Ibidem*.

afectación sea inminente³⁴¹. En otras palabras, además del reconocimiento taxativo que realiza la SC en esta sentencia con relación al Derecho fundamental a un medio ambiente sano, también reconoció de manera directa que la naturaleza –ecosistema, recursos naturales, biodiversidad, o como quiera tratarse– goza de tutela y protección, por tanto, cualquier ciudadano de la República puede reclamar al Estado o a cualquier autoridad pública, la conservación de la misma, cuando se vea amenazada o conculcada, esencialmente.

Ahora bien, a nivel internacional, el Estado de El Salvador también ha sido participe de la suscripción y ratificación de tratados, protocolos, convenciones o acuerdos multilaterales, orientados o encaminados a la conservación y protección del medio ambiente como un Derecho humano global.

Así, puede mencionarse, aunque sea de forma mínima, algunos cuerpos normativos de carácter internacional o acuerdos multilaterales suscritos y ratificados por el Estado de El Salvador: a) Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre, de 1986; b) Convenio de Viena para Protección del Ozono de 1985; c) Protocolo de

³⁴¹ Nuevamente, Henry Alexander Mejía, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, 63. Muy particularmente sobre el cambio de criterio u orientación que con este proveído adopta la Sala de lo Constitucional –en la transición antropocentrista a una visión ecocentrista–, es preciso considerar, que ya este autor lo había sugerido así en su trabajo; sin embargo, como ha podido constatarse, esta sentencia se provee solo un mes después de la publicación de la obra de este autor. En ese sentido, es importante resaltar esta opinión científica, pues la SC de la Corte Suprema de Justicia, con esta resolución, viene a retomar la postura del autor salvadoreño, misma que es compartida por la doctrina o literatura constitucional Suramérica, particularmente, la adoptada en la Constitución ecuatoriana, como muy bien lo señala el autor, donde se reconoce el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, para garantizar el desarrollo de las presentes y futuras generaciones; *para más detalle sobre la corriente científica del ecocentrismo*, puede consultarse el artículo publicado por la autora, María Eugenia Coppedé, “Ecocentrismo: una de las tipologías del pensamiento ambientalista”, *Revista DPI, cuántico, innovando el Derecho*, UBA, s/n, (2014): 1 y ss. <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2014/06/doctrina19.6.14.pdf>. De igual forma, la autora explica, que el ecocentrismo deriva del biosentrismo, en atención a la valoración de todas las formas de vida, tanto humana como no-humana. Dicha teoría, surge a fines de la década de 1970, y cuyo representante más reconocido es el filósofo Arne Naess.

Montreal Relativo a Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono de 1987; d) Convenio de Basilea Sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación de 1991; e) Convenio Constitutivo de la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo de 1990; f) Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992; g) Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992; h) Convenio Sobre la Diversidad Biológica de 1994; i) Convenio Regional para el Manejo y Conservación de los Ecosistemas Naturales Forestales y el Desarrollo de Plantaciones Forestales de 1994; j) Convenio Internacional sobre Cooperación, Prevención y Lucha Contra la Contaminación por Hidrocarburos de 1997; k) Tratado entre las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras para la Ejecución del Plan Trifinio de 1998; y, l) Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas Sobre el Cambio Climático de 1998; y, m) Convención Internacional de Protección Fitosanitaria de 2005³⁴².

Un elemento por resaltar con relación en estos cuerpos normativos de Derecho comunitario, y que quizá a mi juicio es el más importante, es ese aspecto que entrañan el contenido de la mayoría de ellos, pues ciertamente refieren una serie de situaciones –que pretenden normar– que descansan en las mallas y espacios físicos que se ven comprometidos por la industria, misma que como

³⁴² Debe aclararse en este punto, que realizar un desarrollo del contenido normativo de cada tratado o convención, suscrito y ratificado por el Estado de El Salvador, además de la complejidad que comportaría, significaría desviarnos en cierta manera del desarrollo temático y de los objetivos trazados al inicio de esta investigación; sin embargo, se consigna de forma muy puntual, los que a criterio de este investigador, constituyen acuerdos multilaterales y tratados de extrema relevancia nacional, respecto de la protección del medio ambiente, de su fauna y flora, de los recursos naturales, y en fin, de la biodiversidad como tal. Asimismo, se consigna en esta espacio, la compilación de normas de carácter internacional que el MARN ha colgado en el espectro cibernético correspondiente, y de la cual el Estado de El Salvador es parte; en ese sentido, particularmente, puede consultarse el siguiente link para los fines que el lector estime necesarios: <https://cidoc.marn.gob.sv/documentos/compilacion-de-convenios-y-tratados-internacionales-en-materia-ambiental/>.

se ha dicho con antelación, es de exclusiva explotación de sociedades, empresas y grandes multinacionales.

3.3.2. La protección de segundo grado del medio ambiente en el ordenamiento jurídico salvadoreño. Especial referencia al delito de contaminación ambiental y a la persona jurídica como sujeto activo de la acción cualificada.

De forma liminar puede enunciarse, que a nivel secundario, el medio ambiente goza de una protección normativa a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Medio Ambiente, en 1998. Sin embargo, por la connotación de este apartado, y de esta investigación en particular, no interesa a los fines y objetivos de la misma, el análisis de la responsabilidad civil y administrativa por daños al medio ambiente, tal cual lo refleja el contenido normativo del cuerpo legal que se ha enunciado. En ese sentido, el desarrollo irá orientado a analizar, las consecuencias jurídico-penales que se extraen del delito de contaminación ambiental, regulado y tipificado en el CP salvadoreño, esencialmente cuando en el escenario delictivo aparece como sujeto activo de la relación criminal, una persona jurídica respectivamente.

Continuando con lo *supra* mencionado, el art. 255 del CP³⁴³, ha formulado un tipo penal, que literalmente reza: *“El que provocare o realizare directa o indirectamente, emisiones, radiaciones o vertidos de cualquier naturaleza en el suelo, atmósfera, aguas terrestres superficiales, subterráneas o marítimas en contravención a las leyes y reglamentos respectivos y que pusiere en peligro grave la salud o calidad de vida de las personas o el equilibrio de los sistemas ecológicos o del medio ambiente, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años”*.

³⁴³ De nuevo, Código Penal de la República de El Salvador, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1997). Art. 255. La redacción aquí enunciada del tipo penal de contaminación ambiental, es la que actualmente se encuentra vigente con su última reforma, acaecida en 1998.

De acuerdo con lo anterior, es preciso definir algunas situaciones de orden previo, para entender la redacción del ilícito penal enunciado. Así, por contaminación ambiental entenderemos: “Acción y efecto de contaminar. Es la introducción de sustancias en un medio, que provocan que este sea inseguro y no apto para el uso. La contaminación se denomina a la presencia en el ambiente de cualquier agente químico, físico o biológico nocivos para la salud o el bienestar de la población, de la vida animal o vegetal”³⁴⁴.

De igual forma, y en abono de la anterior definición, encontramos lo que la Ley de Medio Ambiente³⁴⁵ dispone en su art. 5 como contaminación ambiental, y refiere que se trata de: “La presencia o introducción en el medio ambiente de elementos nocivos a la vida, la flora o la fauna, que degraden la calidad de la atmósfera, del agua, del suelo, de los bienes y los recursos naturales en general”.

Dicho lo anterior, conviene ahora establecer que el tipo penal en comento, no exige una cualidad especial de la autoría para su configuración, en ese sentido, se trata de un delito común, que puede ser cometido por cualquier persona que dirija su voluntad a satisfacer la descripción objetiva que refiere el comportamiento. En otras palabras, en el ilícito penal de contaminación ambiental, bajo su modalidad básica, el sujeto activo de la relación criminal no requiere de una cualidad funcional o de otra índole para ser considerado como tal en el delito analizado.

³⁴⁴ Sobre la definición aportada *supra*, véase, especialmente, la obra de, Luis Miguel Reyna Alfaro, *Introducción a la teoría del delito y a las consecuencias jurídicas del delito*, (Lima, Instituto Pacífico, 2016), *citado por*, Luzdimar Rojas Vásquez, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de contaminación ambiental”, (Tesis para optar al título de abogado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2020), 39 y ss. http://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/2780/1/TL_RojasVasquezLuzdimar.pdf.

³⁴⁵ Ley de Medio Ambiente de El Salvador, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), art. 5.

Por otra parte, además de ser un delito común, la SP de la CSJ ha mencionado en su jurisprudencia que se trata de un delito de *peligro concreto*, al sancionar las meras acciones prohibidas -provocare o realizare-, sin exigir un resultado dañoso y requerir que el comportamiento típico haya colocado –pusiere– en peligro grave los bienes jurídicos tutelados, que no es más que la naturaleza, los recursos naturales y el medio ambiente³⁴⁶.

Siguiendo el análisis correspondiente, las conductas que se enmarcan en el tipo objetivo y que el legislador salvadoreño ha pretendido castigar, hacen referencia a la provocación o realización directa o indirectamente de: a) emisiones, b) radiaciones o c) vertidos de cualquier naturaleza, en el: i) suelo, ii) atmósfera, iii) aguas terrestres superficiales, iv) subterráneas o v) marítimas. Es importante mencionar, que el lenguaje utilizado por el Estado de El Salvador en la tipificación de este delito, refleja un lenguaje técnico ambiental, propio de esta materia.

Por otra parte es importante mencionar, que en la redacción de este ilícito penal, el legislador se auxilió esencialmente de la técnica de la ley penal en blanco³⁴⁷, pues el contenido normativo de esta conducta delictiva refiere, que

³⁴⁶ De nuevo, en este sentido, Sala de lo Penal, *Sentencia Definitiva, Referencia: 22CAS2015* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016). La misma argumentación del Tribunal Casacional refiere que se puede tratar de un delito de resultado, al tener como exigencia para su consumación que la conducta descrita en la norma penal haya puesto en peligro los bienes jurídicos tutelados. Particularmente, este criterio no nos es adecuado, pues la misma redacción del ilícito penal hace alusión expresa a la puesta en peligro grave de la salud o calidad de vida de las personas, o el equilibrio de los sistemas ecológicos o del medio ambiente. Más parece que la SP quiso decirnos que si se logra constatar de forma evidente la conculcación de algún bien jurídico tutelado por el delito de contaminación ambiental, tal vez solo así podría tenerse por advertido y comprobado el resultado lesivo, de lo contrario – considero–, hay que atender a la orientación legal que el legislador salvadoreño quiso estampar en la redacción de este delito, en donde dicho sea de paso, sigue la misma filosofía, que la doctrina penal del ambiente contemporánea sugiere, cuando de regular este tipo de conductas se trata, es decir, bajo la utilización de la nomenclatura de delitos de peligro abstracto o concreto.

³⁴⁷ Sobre esta categoría, véase en amplitud el planteamiento ofrecido por, Mercedes García Arán, "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", *Estudios Penales y Criminológicos*, n. XVI, (1992-1993), citada por, Miguel Abel Souto, "Las

los comportamientos previamente señalados –en el párrafo anterior– deben estar y presentar de forma objetiva y estricta, una contravención a las leyes y reglamentos respectivos, es decir, en este ilícito penal encontramos, la aplicación inmediata de las normas de remisión penal a otro sector del ordenamiento jurídico –también conocidas en doctrina, como normas extrapenales–. Evidentemente, estas leyes y reglamentos respectivos, forman parte del marco normativo ambiental, que rige o regula la política de gestión ambiental desplegada por el Estado de El Salvador.

Ahora bien, en lo que concierne al sujeto pasivo de la relación criminal, debe mencionarse, que este como tal, se extrae de la misma naturaleza del bien jurídico tutelado; es decir, el sujeto pasivo, es precisamente el Medio Ambiente en su sentido más general y amplio –que puede estar compuesto, por la naturaleza, los ecosistemas, los recursos naturales o el sistema ecológico, de los que obviamente es parte el ser humano–, y dicho esto, debe entenderse que como tal este sujeto pasivo sería en todo caso, un ente de carácter supra o metaindividual, difuso, colectivo y abstracto.

En otras palabras, podría concebirse, que la sociedad en su conjunto puede verse como agraviada, producto de la realización de estos peligros jurídico-penalmente desaprobados. Esto último indica, que no es cualquier peligro el

leyes penales en blanco”, *Área de Derecho Penal, Universidad Santiago de Compostela*, (2005) 2 y ss. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3823101.pdf>. Al respecto, estos autores mencionan que las normas o leyes penales en blanco son preceptos penales principales que contienen la sanción o consecuencia jurídica pero no expresan íntegramente el supuesto de hecho o conducta delictiva, pues el legislador para tales efectos, se remite a normas no penales del mismo o inferior rango, a otras leyes, reglamentos o actos de la Administración. Estas normas representan un instrumento necesario para evitar la petrificación o anquilosamiento de la ley, pues su razón de ser radica en la existencia de supuestos de hecho estrechamente relacionados con otras ramas del ordenamiento en las que la actividad legislativa es incesante debido al carácter extraordinariamente cambiante de la materia objeto de regulación.

que contempla el tipo penal para configurarse como típico de la acción reclamada por el texto normativo, sino que, este debe revestir un daño objetivamente grave, que pueda producir importantes consecuencias nocivas, irreversibles, catastróficas, que generen –de forma inminente– un desequilibrio rotundo en los recursos naturales, o sistemas ecológicos³⁴⁸.

Aunado a lo anterior, también el legislador penal salvadoreño ha querido regular y tipificar algunas conductas bajo una connotación cualificada o agravada en estricta relación con el tipo básico tratado y desarrollado con antelación; así, a este respecto, el art. 256 del CP³⁴⁹, literalmente dispone: *“En los casos de artículo anterior, la pena será de seis a diez años de prisión si el hecho se atribuyere a persona jurídica, pública o privada, que funcionare sin el correspondiente permiso ambiental o clandestinamente o haya desobedecido las disposiciones expresas de la autoridad ambiental para que corrigiere o suspendiere sus operaciones; hubiere aportado información falsa para obtener el permiso ambiental correspondiente o hubiere impedido u obstaculizado la inspección por la autoridad del medio ambiente”*.

La SP de la CSJ, en lo que respecta a esta figura cualificada ha argumentado en su jurisprudencia, que estaríamos en presencia de un *delito especial impropio*. El Tribunal Casacional expresa, que es catalogado como especial, en razón que solo aquél sujeto que reúna las particularidades exigidas por la ley puede ser imputado como autor del mismo, e Impropio, por existir una correspondencia con un delito común. Se advierte que además de los

³⁴⁸ Sobre el particular, se comparte la idea de la naturaleza del riesgo que desarrolla el autor salvadoreño, en esta clase de delitos, así véase, Henry Alexander Mejía, en su obra, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, (San salvador: Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, 2014), 239 y 240.

³⁴⁹ Una vez más, Código Penal de la República de El Salvador, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1997). Art. 256. De la sola lectura de este precepto normativo, pueden desprenderse bastas y complejas críticas a su redacción y a la técnica legislativa utilizada por el legislador penal salvadoreño, mismas que serán puestas de manifiesto en la manera lo posible, en las líneas que prosiguen a este argumento.

componentes que engranan el tipo simple, el legislador le incorpora supuestos específicos que cualifican la conducta agravante. Los siguientes comportamientos previstos en el dispositivo legal sustantivo en análisis –dice la SP– constituyen prohibiciones para una persona jurídica: A) Que funcionare: I) Sin el correspondiente permiso ambiental o, II) Clandestinamente y, B) Que hubiere: 1.- Aportado información falsa o, 2.1- Impedido la inspección u, 2.2- Obstaculizado la inspección³⁵⁰.

He de mencionar, que en esta investigación no se está del todo de acuerdo con la conceptualización o categorización que realiza el Tribunal Casacional de este país, en relación con el delito de contaminación ambiental agravada; pues tal como se dejó enunciado en la parte final del apartado 2.3 del Capítulo II de esta investigación, dentro de la categoría de delitos especiales cabe distinguir, por un lado, a los *delitos especiales propios*, y por otro, a los *delitos especiales impropios*. Los primeros hacen referencia a que la calidad especial del sujeto activo es determinante para la existencia del delito, de tal forma que faltando la misma, el hecho es atípico; por su parte, los delitos especiales impropios, están orientados a determinar, que la calidad especial del autor sirve para atenuar o agravar la pena, dado que, a diferencia de los especiales propios, tienen un correlativo delito común³⁵¹.

³⁵⁰ Nuevamente, Sala de lo Penal, *Sentencia Definitiva, Referencia: 22CAS2015* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016). Como se dijo en líneas anteriores, en este proveído se conoció de la acusación que fue dirigida por el Estado de El Salvador, contra Sociedad Baterías de El Salvador, por la supuesta comisión del ilícito de contaminación ambiental agravada, en perjuicio de la Naturaleza, el Medio Ambiente y, de los habitantes de las colonias Sitio del Niño, Prados II, Nueva Candelaria, Oscar Osorio, Brisas de San Andrés, caserío Estación Bandera del cantón Sitio del Niño, jurisdicción de San Juan Opico del departamento de La Libertad y los trabajadores de la Fábrica Batería de El Salvador Sociedad Anónima de Capital Variable y de otras personas de comunidades aledañas.

³⁵¹ Cfr. nuevamente, Iván Fabio Meini Méndez, El “actuar en lugar del otro” en el derecho penal peruano, 132 y ss. En este trabajo, el autor refiere, que en los delitos especiales impropios no existen *elementos especiales que fundamenten la punibilidad*, sino elementos especiales que agravan o disminuyen la punibilidad de un delito común, y esto como tal, puede evidenciarse en los dos supuestos del delito de contaminación ambiental en el Estado de El Salvador, donde

Aclarado lo anterior, el delito de contaminación ambiental agravada perfectamente puede enmarcarse en la categoría jurídica de los delitos especiales impropios, porque como muy bien lo refiere la SP, el apareamiento de una persona jurídica en el espacio delictivo, agrava la punición, a la vez que, también contiene un delito común –característica propia de este tipo de delitos especiales–; pero también, en atención a la redacción y a la técnica legislativa desplegada por el legislador penal salvadoreño, puede enmarcarse en la naturaleza jurídica de un delito especial propio, porque atiende a la cualificación del sujeto activo para que se fundamente la punibilidad; en tanto que, como puede constatar, si el sujeto activo de la relación criminal, no es una persona jurídica, la agravación no acontece, y por ende, podría estarse bajo un supuesto de atipicidad, por no reunir el sujeto activo, la calidad especial del agente, exigida por la norma.

En ese sentido, puede decirse con plena certeza, que la cualidad o características propias del sujeto activo, también son indispensables para lograr una configuración típica en esta conducta jurídico-penal. Es por ello, que a criterio de este investigador, el delito de contaminación ambiental agravada, así redactado en CP salvadoreño, contiene una doble especialidad, porque muy bien puede ajustarse a un delito especial propio o en su caso, a un delito especial impropio, según sea el argumento que se quiera retomar; sin

el tipo básico y el agravado se fundamentan por las cualidades del agente [persona jurídica]. Sin embargo, si bien no existe una laguna de punibilidad en estos delitos, sí existe una laguna de agravación, dado que la pena que por razones político-criminales merece el sujeto activo representante en un delito especial impropio no le podrá ser impuesta, por no ostentar la cualificación del sujeto que requiere el delito, y se tendrá que derivar su sanción a la del delito común, con la correspondiente disminución de pena que ello conlleva. Es por esta razón, que tampoco en este tipo de delitos especiales impropios, merece aplicación directa la figura legal de las actuaciones en nombre de otro, habida cuenta, que quien actúa como agente representante, responderá del delito común que para tal efecto contenga el comportamiento básico de la acción penalmente relevante.

embargo, este análisis, no fue puesto de manifiesto por la SP, en su jurisprudencia.

Otro aspecto que requiere especial mención en este apartado, es que el legislador salvadoreño, en la redacción de este ilícito penal de contaminación ambiental agravada, a lo mejor sólo ocupó de los ejemplos normativos que subyacen en otras culturas jurídicas de la región, pues no se detuvo a valorar que estaba configurando como sujeto activo de este comportamiento, a una persona jurídica, es decir, a un sujeto con elementos y características totalmente distintas a las de un individuo con existencia corpórea.

Lo más lamentable, en relación con lo anterior, es que la SP de la CSJ, pasó por alto esta circunstancia en su proveído, y no le brindó las consideraciones doctrinarias y científicas que realmente merece este aspecto; por el contrario, dispuso en la Sentencia Definitiva, con Referencia: 22CAS2015³⁵² del treinta y uno de octubre de 2016, lo siguiente, y cito textualmente: *“(...) por lo que, la persona jurídica únicamente comete el delito en este caso si incumple su obligación, incurriendo en una omisión propia, obsérvese, Desobedecer las disposiciones expresas de la autoridad ambiental para: a) Corregir sus operaciones o, b) Suspender sus operaciones. De tal manera que, para que se tenga por realizada cualquiera de las conductas prohibidas en el tipo penal que ocupa, es necesario que el sujeto activo (Persona jurídica) haya incurrido en la comisión del tipo base por cualquiera de sus dos verbos (provocar o realizar) y poner en grave peligro la salud y calidad de vida de las personas o*

³⁵² Esta Sentencia, es quizá en esta temática, la más representativa dentro de todo el acervo jurisprudencial que ha proveído la SP de la CSJ; sin embargo, presenta ciertas falencias de orden argumentativo, que no pueden pasar por alto en esta investigación, esencialmente, aquellas que refieren que la persona jurídica tiene *capacidad de acción*, según la descripción del tipo penal de contaminación ambiental agravada, sin estar legalmente admitida en el ordenamiento jurídico penal salvadoreño.

el equilibrio de los sistemas ecológicos o del medio ambiente y, luego a su vez en uno de los del tipo agravado (funcionar, haber o desobedecer)”.

Es increíble, que el máximo Tribunal de Justicia en materia penal del Estado salvadoreño, tenga por admitida la “capacidad de acción” de las personas jurídicas, sólo a partir de la redacción -tan irresponsable- de un delito que como parte de una política ambiental, fue configurado así por el legislador penal salvadoreño, sin detenerse a valorar, si este tipo de capacidad en nuestro ordenamiento jurídico está permitida o si por el contrario aún no ha sido configurada.

Claramente, lo anterior puede responderse con un rotundo argumento negativo, pues la capacidad de acción de las personas jurídicas no ha sido admitida en la legislación penal salvadoreña, y prueba de ello, es que, únicamente por aplicación directa de la figura de actuaciones en nombre de otro, pueden sancionarse determinados delitos que se desarrollan en el seno o espacio definido por una persona jurídica o empresa. En otras palabras, la SP, en su sentencia, debió analizar, bajo qué parámetros una persona jurídica, puede considerarse sujeto activo de un ilícito, si se sabe, que hoy por hoy, la responsabilidad de estos entes, no ha sido reconocida.

No obstante lo anterior, con un precedente como el que ha prefijado el Tribunal Casacional en el Expediente Penal marcado bajo la referencia 22CAS2015, del treinta y uno de octubre de 2016, debe decirse, que por la vía jurisprudencial, de forma implícita, se tiene por admitida la capacidad de acción de estos sujetos sin existencia corpórea. Evidentemente, esto, además de ser un error judicial en todo su esplendor, constituye también una clara vulneración al Principio de Legalidad Penal, reconocido por el Estado de El Salvador, a nivel constitucional. Lo anterior, es de analizarlo también, con el hecho, de que

tal decisión judicial no constituye *doctrina legal*, bajo los parámetros del artículo 478 Ord. 6º del Código Procesal Penal.

Dicho esto, no cabe duda, que la redacción del delito de contaminación ambiental agravada, es el reflejo puro y llano, de una política criminal-ambiental vacía; y esto es así, porque el legislador salvadoreño sabe, que el Estado no cuenta con un sistema real de atribución de responsabilidad penal para las personas jurídicas, y aun así, se atrevió a tipificarlo y regularlo de esa manera; en ese sentido, la tipificación de este ilícito penal, a juicio de este investigador, corre la suerte de un Derecho penal simbólico, porque es imposible el otorgamiento de responsabilidad penal a una organización, que no contiene en la normativa penal vigente, un desarrollo formal que le permita a los aplicadores, considerar a este tipo de personas, como sujetos activos en una relación criminal. En consecuencia, puede decirse, que el delito de contaminación ambiental agravada, pretendió otorgar un remedio a la comunidad salvadoreña, cuando los ataques al medio ambiente provengan de una persona jurídica, pero siguió siendo parte de la enfermedad, porque técnica, científica y legalmente, no puede aplicarse dicha disposición de forma directa al entramado que despliega una persona jurídica³⁵³.

³⁵³ En mi opinión, es constitucionalmente imposible querer pretender configurar una responsabilidad de carácter penal a un substrato de la realidad –persona jurídica– que no ha sido desarrollado, ni normado bajo tales premisas; y sería mucho más peligroso creer, que porque la SP de la CSJ entiende que la persona jurídica puede actuar de forma penal, según la interpretación –errónea– que le otorgó a la redacción del art. 256 del CP, se tengan por admitida las razones de atribución de la responsabilidad para estas últimas, en nuestro país. Así, entonces, que sobre la base de un precedente jurisprudencial, se admita que las personas jurídicas tienen capacidad de acción en la cultura penal salvadoreña, para su consecuente atribución de responsabilidad, significaría retroceder en el poco desarrollo científico que ha acaecido en nuestra nación, pues estaríamos normando una realidad sobre la base de una analogía jurisprudencial, y eso, en la historia que ha merecido la evolución de la dogmática penal, permitió advertir que es absolutamente peligroso, pues atentaría y conculcaría, no solo el Principio de Legalidad –en su manifestación de Reserva de Ley Penal-, sino también, en el valor fundamental de la Seguridad Jurídica, como fin o proyección constitucional del Estado salvadoreño.

3.3.3. El otorgamiento de responsabilidad penal a las personas jurídicas en ataques contra el medio ambiente: El “ideal” de una sociedad moderna.

Sobre el particular, es necesario dejar indicado, que la protección penal del medio ambiente es un área del Derecho penal aun en formación o si se quiere en proceso de consolidación, de plena actualidad y en constante cambio que va adquiriendo cada vez más relevancia, tanto en nuestra nación, como a nivel internacional, especialmente en lo que respecta a la responsabilidad de las personas jurídicas³⁵⁴.

De este modo, la criminalización de las empresas, asociaciones y otras formas jurídicas es la respuesta político criminal que se ha elegido para afrontar jurídicamente la problemática desarrollo vs recursos naturales, o en su caso, individuo vs medio ambiente. Así, algún sector bastante amplio en la doctrina penal ambiental, manifiesta, que el sentido que cobra la inclusión de tipos penales protectores del medio ambiente se orienta al truncamiento de las vías de evasión de responsabilidad por hechos intolerables dentro de la agenda medioambiental nacional e internacional, aun cuando no sea posible individualizar víctimas, y sobre todo cuando no es posible identificar autores individuales. Después de todo, los grandes desastres ecológicos resultan de

³⁵⁴ En relación con este argumento, de proyección modernista, véase la investigación realizada de forma reciente por, Arkaitz Rodríguez Martínez, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos ambientales a la luz de las últimas reformas del código penal”, (Tesis de Maestría, Universidad del País Vasco, 2015-2016), 6 y ss. https://mida.asmoz.org/wp-content/uploads/2018/10/Arkaitz_Rodriguez_tesinaMIDA-2016.pdf. En su trabajo determinó, que en lo que respecta a la jurisprudencia los tribunales cada vez están aplicando con mayor severidad los tipos relativos a los delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales. Prueba de esto, dice el autor, son sentencias como la STS 521/2015 del Tribunal Supremo, que fue la primera sentencia del Tribunal Supremo, que estableció penas de prisión por la emisión de gases de efecto invernadero, es decir por la comisión de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente tipificado en el art. 325 del CP español. Por otro lado, en 2016 el Tribunal Supremo ha comenzado a dictar sentencias condenando penalmente a personas jurídicas, siendo la primera de estas sentencias la STS 154/2016 de 29 de febrero de 2016, en la que condena a una persona jurídica a penas de disolución y multa de 775 millones de euros a una sociedad por un delito contra la salud pública.

grandes riesgos medioambientales, materializados en actividades de alto coste operativo que suelen ser ajenas al ciudadano de a pie³⁵⁵.

Así, entonces, la protección del medioambiente es una problemática constante en el diseño de las políticas de Estado que supera los intereses exclusivamente locales, a pesar de que su gestión –dicen los expertos– requiere de la anuencia regional para ser medianamente efectiva. El interés que existe en la administración y uso sostenible de los recursos naturales, y en el cuidado del entorno como sistema complejo que sustenta la vida, no es únicamente un interés derivado de la titularidad de recursos sometidos a la soberanía estatal, sino que es una cuestión que trasciende las fronteras y excede los intereses económicos territoriales, erigiéndose como valor fundamental de la existencia misma³⁵⁶.

Consecuencia lógica de lo anterior, es que, la preocupación por la preservación del medio ambiente se generalizó a partir de la segunda mitad del siglo XX, al mismo tiempo que las sociedades desarrolladas constataban los límites de un sistema económico basado en el consumo indiscriminado de recursos naturales no renovables el cual produjo una degradación, a menudo irreversible, del ambiente. En ese sentido, ante el empobrecimiento de los

³⁵⁵ Puntualmente, Cfr. Adriana Gabriela Ibáñez, “El sistema punitivo aplicable a personas jurídicas por delitos ambientales”, (Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2019), 7. https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/140837/REDUCIDA_EI%20sistema%20punitivo%2C%202019.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

³⁵⁶ Jean Pradel, “Delitos contra el medio ambiente”, en Klaus Tiedemann, Dir., Adán Nieto Martín, Coord., *et al, El Derecho Penal económico en la Unión Europea*, (Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2004) 93 y ss.; de igual forma, Cfr. el estudio realizado por, Rosario De Vicente Martínez, “Hacia un Derecho Penal internacional medioambiental: catástrofes ambientales y «ecocidio»”, en Eduardo Demetrio Crespo, Adán Nieto Martín, Dir., *et al, Derecho penal económico y Derechos humanos*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018) 245 y ss. A este respecto, dice la autora, cabe mencionar, que por exagerado que parezca, la experiencia nacional e internacional ha puesto de manifiesto el peligro contenido en las actividades humanas realizadas irresponsablemente, sobre todo, luego del advenimiento de la industrialización del Siglo XIX, que ha visto materializarse en catástrofes medioambientales los riesgos provenientes de la economía.

medios naturales, los Estados han comenzado a tomar conciencia de la amplitud del problema y han adoptado una cantidad de medidas específicas con el fin de paliar a dicha situación³⁵⁷.

De esta forma, los Estados a nivel latinoamericano, europeo y anglosajón, han comenzado a destinar sus esfuerzos desde hace algún tiempo –que puede circunscribirse, según el Derecho Internacional, hace más de tres décadas– para poder consolidar en sus ordenamientos jurídicos correspondientes, la determinación de un régimen legal de atribución de responsabilidad penal para personas jurídicas o en su caso, para organizaciones empresariales, pues de suyo se advierte, que estas en la explotación de su rubro –que esencialmente se enfasca en un sentido económico– dañan o lesionan los espacios, recursos y medios naturales, los sitios y paisajes, la calidad del aire, las especies animales y vegetales, la diversidad y el equilibrio biológico en el que participan, y que por razones obvias, forman parte del patrimonio común de la nación, que a juicio de este investigador, debe ser visto bajo un orden global y general.

Así, entonces, a manera de conclusión, y bajo el sistema de sociedades que se ha instaurado a nivel mundial, se considera de interés general para

³⁵⁷ Con relación a este punto, Daniel Borrillo, “Delitos ecológicos y derecho represivo del medio ambiente: reflexiones sobre el derecho penal ambiental en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Constitucionales, Hermenéutica y Teoría del Delito*, s/n, (2011): 2. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5007533.pdf>. Este autor en su trabajo menciona, que primer compromiso internacional en la materia fue la decisión de las Naciones Unidas de declarar 1970 “Año internacional del medio ambiente”. Desde entonces, las disposiciones jurídicas internacionales susceptibles de proteger el bien medioambiental no han cesado de multiplicarse: Declaración de la ONU sobre medio ambiente de 1972, Convenio de Berna sobre la conservación de la vida silvestre y del medio natural en Europa de 1979, Carta mundial de la naturaleza de la ONU de 1982, Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono de 1985, Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono de 1987, Convenio sobre cambio climático del 9 de mayo de 1992, Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos, de los desechos peligrosos y su eliminación de 1989, Convenio marco sobre la diversidad biológica del 5 de junio de 1992, Cumbre para la tierra de Rio de Janeiro de 1992, Protocolo de Kyoto de 1997, Cumbre mundial sobre el desarrollo sostenible de 2002, Directiva europea 2004/35 del 21 de abril de 2004 sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales, por mencionar algunos.

cualquier Estado, la protección de los recursos naturales, del medio ambiente y del sistema ecológico en general; así como su restauración, su estado y su gestión, teniendo presente un objetivo común de mantener un desarrollo perdurable, que satisfaga las necesidades y la salud de las generaciones presentes y que no comprometa las expectativas y obligaciones de conservación de las generaciones futuras.

Por tal razón, la doctrina penal en esta materia ha argumentado, que constituye una necesidad de política-criminal, en esta industrialización desmedida, la configuración de una RPPJ, corporaciones, empresas, o sociedades, sean públicas o privadas, pues solo a partir de tal premisa, puede concebirse una verdadera forma de protección del ambiente, pues se sabe que el gran contaminador y destructor de la naturaleza y la vida ecológica como tal, no es un ser humano en su sentido más individual, sino, la industria y la producción llevada a cabo por complejas multinacionales que en ocasiones escapan de la dimensiones territoriales de cualquier Estado, y que con facilidad burlan la justicia y el orden legal de los mismos, pues su poderío económico, les permite, de facto, eludir cualquier responsabilidad que recaiga sobre las mismas; en ese sentido, tipificar y edificar un sistema de punibilidad de personas jurídicas, actualmente constituye, el ideal de toda sociedad moderna, y el Estado de El Salvador, no puede estar ajeno a ello³⁵⁸.

De otro modo, el reconocimiento que hiciera el Estado de El Salvador, con relación a la concreción de este tipo de regulaciones penales que contienen la posibilidad de otorgar responsabilidad penal a estos entes empresariales,

³⁵⁸ Solo a manera de ejemplo, en otras legislaciones, los avances normativos han permitido que se adopte la postura de sancionar penalmente a la persona jurídica, cuando hayan conductas que agredan a la naturaleza; es el caso de algunos países suramericanos como Venezuela, Ecuador, Perú y Brasil; en otras palabras, lo que resulta interesante y novedoso dentro de estas normativas, es la posibilidad de hacer responsable a una persona jurídica dentro de la esfera delictual en contra del ambiente, en donde este último es visto como bien jurídico de protección penal y como sujeto pasivo de la relación criminal.

generaría y a la vez *implicaría*, que sobre la base de los precedentes judiciales que se fueran gestando, producto de la aplicación del cuerpo legal que lo contenga, las empresas, y en general, las personas jurídicas, tomarían mucha más conciencia en la explotación comercial de su rubro, pues los esfuerzos de estas últimas estarían orientados a satisfacer –en mayor medida– las exigencias del ordenamiento jurídico, convirtiéndose en la manera de lo posible, en ciudadanos fieles al Derecho, obteniendo con ello, una especie de prevención general positiva, con la simple tipificación de un marco regulatorio de esta naturaleza³⁵⁹.

Debe mencionarse respecto de esto último, que las bases para iniciar con la instauración de un sistema de imputación penal para personas jurídicas, organizaciones o entes empresariales, ya se encuentran vigentes en el Estado de El Salvador, pues se debe de tomar en cuenta, que actualmente formamos parte de los países signatarios que han suscrito y ratificado ciertos cuerpos normativos en el marco del Derecho Internacional, entre los que se pueden mencionar: La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, Decreto Legislativo No.655 del 14 de septiembre de 1993, publicado en el Diario Oficial No. 198, Tomo No. 321 de fecha 25 de octubre de 1993; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional³⁶⁰, Decreto Legislativo 164 del 16

³⁵⁹ En este sentido, con la implementación de un sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas, se lograría obtener en el sector empresarial –y estrictamente en todo el escenario económico– una forma de disuasión frente a la colectividad, obteniendo de ello, una especie de reforzamiento de la conciencia jurídica por parte de la comunidad. Dicho de otro modo, con la instauración de un modelo de responsabilidad criminal para empresas y personas jurídicas en el Estado de El Salvador, se podría alcanzar en gran medida, la estabilización de un cierto orden social, que –a pesar de sus muchos defectos y críticas que podría enfrentar– el fin disuasivo de la imposición de una sanción o pena y el mensaje de cumplimiento con la norma por parte de todos los sujetos –físicos y jurídicos– se tendría, al menos formalmente satisfecho, y ello solo es producto, a través de la conexión existente entre la norma que contiene a la pena y la consecuente concreción de la culpabilidad, *stricto sensu*.

³⁶⁰ Particularmente, el art. 10 de esta convención refiere en su título, “*Responsabilidad de las personas jurídicas*”, y en su ordinal 1º determina: Cada Estado Parte adoptará las medidas

de octubre de 2003, publicado en el Diario Oficial No. 65 Tomo 363 del 02 de abril de 2004; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción³⁶¹, Decreto Legislativo 325 del 20 de mayo de 2004, publicado en el Diario Oficial No. 131 Tomo 364 del 14 de julio de 2004; el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo Decreto Legislativo No. 1158, del 12 de febrero de 2003, publicado en el Diario Oficial No. 47, Tomo: 358, Fecha de publicación 11 de marzo de 2003³⁶².

Asimismo, para darle cumplimientos a los estándares normativos previamente enunciados, existe actualmente y desde hace más de cuatro años, un proyecto de “Ley Sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas por la Comisión de Delitos”, que busca ser aprobado en el pleno de la Asamblea Legislativa, cuando la discusión sobre su contenido se lleve a cabo. Este esfuerzo, que constituye un enorme insumo y avance en la comunidad jurídica salvadoreña, debe confeccionarse, ajustarse de mejor manera en su redacción, y retomar el estudio, análisis y debate que merece una herramienta

que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención. Por su parte, en el ordinal 3º expresa: Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos; es decir, a través de esta disposición, se pretende configurar un modelo de imputación de autorresponsabilidad de la persona jurídica, por el hecho de conexión de la persona individual.

³⁶¹ Puntualmente, el art. 26 de este cuerpo normativo también refiere en su acápite, “*Responsabilidad de las personas jurídicas*”, y en su ordinal 1º establece: Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención; de igual manera, en su ordinal 3º dispone fijar un modelo de imputación independiente o de autorresponsabilidad, pues literalmente expresa: Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos.

³⁶² Todos estos cuerpos normativos de carácter internacional, encuentran asidero constitucional en el Ordenamiento jurídico salvadoreño, a partir de lo regulado en el art. 144 de la Constitución de la República, generando con ello, una especie de acople y engranaje que no riñe con el texto constitucional, dando como resultado, que, bajo esta temática, se pueda concebir la idea de un bloque de convencionalidad, en el tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en la

legal de esta naturaleza. No obstante, la intención de colmar las exigencias del marco internacional en el combate a esta criminalidad de la posmodernidad, se están poniendo en altorrelieve en la sociedad salvadoreña³⁶³.

De igual manera, y con esto se cierra este argumento, hace aproximadamente una década, el nuevo Código Procesal Penal, vigente en la actualidad, en el art. 80 inc. 3º dispuso: “Cuando la comisión de un hecho delictivo se atribuyere a persona jurídica, tendrán la calidad de imputados, las personas que acordaron o ejecutaron el hecho”³⁶⁴.

Es por ello, que, bajo estas consideraciones, con propiedad puede decirse, que las columnas y pilares básicos para la regulación de este sistema de

³⁶³ Este anteproyecto de ley, está compuesto por 30 artículos, los cuales están diseminados en seis títulos, que en lo medular establecen: a) el objeto de la ley y el ámbito de aplicación de la misma, b) los delitos sometidos a la presente ley y que por su naturaleza puedan ser imputables a la persona jurídica, c) la concurrencia del hecho de conexión, o defecto de organización, por aplicación directa del principio de dependencia física por parte de la persona jurídica, al órgano o persona natural que realiza el riesgo jurídico-penalmente desaprobado, d) una variante de responsabilidad sucesiva o de transmisión, bastante similar a la contenida en el art. 130 apartado 2º del Código Penal Español, e) Se pretende apostar por un sistema de autorresponsabilidad de las personas jurídicas, es decir un sistema de imputación por el hecho propio del ente colectivo, pero tomando como referencia la variante del “delito corporativo”, tal cual se ha construido en la jurisprudencia española, f) al igual que Chile y España, se regula una especie de eximente o de atenuación de la responsabilidad, si antes de la comisión del hecho delictivo, la persona jurídica ha decidido implementar un *criminal compliance* o una manera de gestionar los riesgos penales, g) asimismo aparece reflejado un catalogo de penas, principales y accesorias, y la manera de cómo adecuar la pena en sede empresarial por parte del aplicador de la norma, bajo los parámetros normativos que se enuncian en el art. 22 del referido anteproyecto. Para una mejor comprensión sobre el articulado que abarca este anteproyecto de ley de responsabilidad penal de personas jurídicas en El Salvador, se deja el siguiente enlace, <https://www.transparencia.gob.sv>.

³⁶⁴ Una vez más, Código Procesal Penal de la República de El Salvador, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009). Art. 80 inc. 3º. Esta redacción, pese a que parece estar en sintonía con el art. 38 del CP, permite sostener en cierta medida, que de forma tácita –o quizá por estar en armonía con la normativa internacional suscrita y ratificada por El Salvador– la persona jurídica puede concebirse como sujeto activo en la relación criminal, y, por ende, admitir en términos muy generales, que la actuación de la misma en el Derecho penal salvadoreño es tolerada. Sin embargo, considero, que, bajo estos estándares o reglas normativas de carácter procesal, no se puede tener por configurado un sistema de atribución penal para personas jurídicas, concretamente; en consecuencia, es necesaria su tipificación en un marco regulatorio que la defina como tal y de forma singularizada.

responsabilidad penal de personas jurídicas en la realidad salvadoreña, al menos, en este momento, ya se encuentran estipulados.

CAPITULO IV

ANALISIS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONA JURÍDICAS EN EL DERECHO COMPARADO

Sumario. 4.1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal Español. 4.2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal Chileno.

4.1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal Español.

Si en 1983, la reforma urgente y parcial del viejo CP español mantuvo el postulado *societas delinquere non potest*, defendido con carácter general en España, introduciendo en su art. 15 bis la fórmula de actuar en lugar de otro – más llamada a la cobertura de las lagunas de punibilidad derivadas de los delitos especiales, que a la instrumentación de un mecanismo adecuado para la exigencia de responsabilidad penal en los hechos cometidos en el marco de personas jurídicas–, veintisiete años después, la LO 5/2010, del 22 de junio de ese mismo año, ha supuesto definitivamente el “certificado de defunción” del paradigma anterior, estableciendo la posibilidad de exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas en aquellas figuras delictivas – *numerus clausus*– previstas expresamente por la ley³⁶⁵.

³⁶⁵ Una vez más, véase el estudio realizado por, José Luis De La Cuesta Arzamendi, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español”, 1 y ss. Para el Derecho Español, indica este tratadista, que en los supuestos expresamente previstos por la ley, la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede derivar de la comisión de determinados delitos en provecho de la entidad por parte de ciertas personas físicas.

Cinco años después, mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, se acomete una importante modificación del art. 31 bis. Se reforma parcialmente el art. 66 bis e introduce tres nuevos arts. 31 ter, 31 quater y 31 quinquies. En el diseño de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un sistema vicarial, siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica –art. 31 ter CP–, respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad. El núcleo de la reforma, dice la doctrina española, se centra en la nueva redacción dada al art. 31 bis del CP, que comporta importantes novedades en cuanto a su estructura y contenido³⁶⁶.

De acuerdo con lo anterior, los dos títulos de imputación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en España, se detallan en el apartado número 1 del art. 31 bis del CP, el cual establece: *“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han*

³⁶⁶ Así, José Miguel Zugaldía Espinar, “Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas”, *Cuadernos de Política Criminal*, n. 53, (1994), 619, citado por, Clara Gutiérrez Muñoz, en su obra, “El estatuto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos de derecho material”, (Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2016), 100. Particularmente el autor refiere, que este modelo de atribución de RPPJ adoptado por España, constituye lo que se denomina atribución propia o directa, y mediante este se persigue, la declaración de la responsabilidad de la persona jurídica de forma independiente, respecto de la persona física que haya realizado la acción prohibida.

podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”³⁶⁷.

En ambos casos, como ha podido enunciarse y evidenciarse, se establece un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial de la persona jurídica. No obstante, algunos autores consideran, que dentro de este sistema de responsabilidad vicarial la responsabilidad penal de la persona jurídica tiene cierta autonomía, o en otras palabras, existe una responsabilidad pura por el hecho propio, o lo que es lo mismo, un sistema de autorresponsabilidad propio de la entidad. Esto es así, ya que la no identificación del autor del delito o la imposibilidad de dirigir el procedimiento contra él no excluye la responsabilidad de la persona jurídica tal y como establece el art. 31 ter del CP. Sobre esto último, el art. 31 ter del CP español, establece, los supuestos en los que será exigible la RPPJ, por la comisión de un delito³⁶⁸.

³⁶⁷ Así, Gonzalo Quintero Olivares, “La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema adoptado por el Código penal”, *Estudios Jurídicos*, (2011), 5, citado por, Nelly Salvo Ilabel, “Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno”, (Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2014), 237. <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/285167/nsi1de1.pdf>. Algún sector de la doctrina española entiende, que el grado de dependencia de la responsabilidad de la entidad colectiva respecto de los comportamientos de personas físicas, propio de los modelos mixtos, se encuentra señalado de manera expresa en los apartados 1 y 2 del art. 31 bis del CP. Por un lado, el primer párrafo del apartado 1 señala que la persona jurídica será responsable penalmente por los delitos cometidos por sus representantes y administradores de hecho o de derecho. Por otro lado, el párrafo segundo señala que también será responsable la persona jurídica por los delitos cometidos por quienes se encuentren sometidos a la autoridad de los representantes y administradores. Ciertamente, en ambos casos, se adicionan otros criterios para hacer procedente la responsabilidad de la persona jurídica, pero el elemento principal en ambas disposiciones es el delito cometido por la persona física mencionada.

³⁶⁸ Artículo 31 ter, del CP español: 1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos. 2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que

Otro aspecto importante por resaltar, es que las agravantes y atenuantes relativas a la culpabilidad de la persona física no son trasladables a la persona jurídica. Por su parte a la persona jurídica le son de aplicación circunstancias modificativas específicas, entre las que cabe destacar los sistemas de cumplimiento normativo –que se analizaron en la sección correspondiente de esta investigación, y que están contenidos en los párrafos 2, 3, 4 y 5 del art. 31 bis del CP³⁶⁹–, y un sistema propio de penas, con particulares reglas de aplicación.

los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la RPPJ, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.

³⁶⁹ Sobre el particular, el art. 31 bis, en sus apartados 2, 3, 4 y 5, concretamente, se establece la posibilidad de que las personas jurídicas, ostenten un grado de responsabilidad penal, así, literalmente menciona: 2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1.^a el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; 2.^a la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; 3.^a los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y 4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a. En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.^a del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.^a del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos: 1.^o Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. 2.^o Establecerán

Así, respecto de las penas a imponer a las personas jurídicas en el Derecho penal español, estas aparecen reguladas en el apartado número 7 del art. 33 del CP, y sobre ello, literalmente se tiene: *Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes: a) Multa por cuotas o proporcional. b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita. c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años. d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años. e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años. f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años. g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.*

Por último se ha de enunciar, que las personas jurídicas penalmente responsables solo pueden serlo por los concretos treinta y un delitos que

los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos. 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de 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 que los hagan necesarios.

expresamente señala el CP que pueden dar lugar a su responsabilidad entre los que se incluyen los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente³⁷⁰.

4.2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal Chileno.

En noviembre del año 2009 se promulgó la Ley N° 20.393 que establece la RPPJ por delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo, cohecho y receptación³⁷¹. Con la aparición de la RPPJ se deja atrás el principio *societas*

³⁷⁰ Para un estudio minucioso, sobre el catálogo de delitos en los que puede enmarcarse la RPPJ en España, véase, por todo, Arkaitz Rodríguez Martínez, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos ambientales a la luz de las últimas reformas del código penal”, 36, 37 y 43; *en iguales términos*, y sobre la aplicación del sistema de RPPJ en el Derecho penal español, consúltese por todos, Miguel Ángel Morales Hernández, “Los criterios jurisprudenciales para exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas en el delito corporativo”, *passim*. En este artículo, el autor hace un enorme esfuerzo por sintetizar los argumentos más importantes de los precedentes que se han originado en torno a este tipo de responsabilidad, así, en dicho aporte se verá el estudio de las Sentencias del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, marcadas bajo las referencias: 1) 514/2015, de 2 de septiembre (Ponente: Excmo. Sr. Manuel Marchena Gómez), 2) 154/2016, de 29 de febrero de 2016, (Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Maza Martín), 3) 221/2016, de 16 de marzo de 2016 (Ponente: Excmo. Sr. Manuel Marchena Gómez), 4) Una resolución singular: la 516/2016, de 13 de junio de 2016 (Ponente: Excmo. Sr. Andrés Martínez Arrieta), 5) 827/2016, de 03 de noviembre de 2016 (Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Soriano Soriano), Auto del Juzgado Central de Instrucción Número 4 de la Audiencia Nacional, de 11 de mayo de 2017, (Ponente: Sr. D. Fernando Andreu Merelles). Particularmente en los anteriores pronunciamientos judiciales del sistema penal español, se han enjuiciado delitos de estafa, estafas procesales, blanqueo de capitales, delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente y la salud pública, delitos de tráfico internacional de drogas, etcétera; asimismo, de la argumentación de estos pronunciamientos, se puede extraer que la cultura del precedente seguida por el Tribunal Supremo Español está orientada a la implementación o instauración de un sistema de autorresponsabilidad por el hecho cometido, es decir, se advierte de forma fehaciente la exclusión de un sistema vicarial o por transferencia; asimismo, el Tribunal Supremo entiende, que la concreción de un Delito Corporativo en sede empresarial es clave para fundamentar la culpabilidad de la organización; y sobre ello ha apuntado, que este como tal subyace en el delito antecedente de la persona física, como fundamentación de la responsabilidad penal de los entes colectivos, pero que permite –también– otorgar responsabilidad de forma diferenciada, tanto a la persona individual, como a la persona jurídica.

³⁷¹ La atribución de responsabilidad penal para las personas jurídicas, así definida, la determina el Art. 1° de la Ley N° 20.393, en el que literalmente se menciona: *Contenido de la ley. La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en el artículo 27 de la ley N°19.913, en el artículo 8° de la ley N°18.314 y en*

delinquere non potest que imperaba en el ordenamiento jurídico chileno y que parecía dominar la tradición europea continental hasta hace poco³⁷².

La finalidad del establecimiento de una responsabilidad penal a personas jurídicas pasa por dos grandes argumentos. Uno político criminal cuyos componentes principales son la insuficiencia preventiva de la responsabilidad penal individual; a la existencia de una irresponsabilidad organizada de sujetos individuales que actuaban bajo el paraguas jurídico de la persona jurídica y por último la falta de eficacia preventiva de formas de responsabilidad colectiva no penales como el derecho administrativo sancionador³⁷³. El otro argumento que debería estar más o menos claro es el fin de la pena para las personas jurídicas. Sin embargo, en la Ley 20.393 que establece la responsabilidad penal de la persona jurídica no resulta fácil identificar. Al respecto se puede señalar que tiene un fin preventivo general y que se desprende por las medidas preventivas de autorregulación que se exigen a la persona jurídica que eviten o prevengan el delito cometido por las personas físicas que integran la persona jurídica³⁷⁴.

los artículos 250 y 251 bis del Código Penal; es decir, los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo, cohecho o soborno a funcionario público, nacionales e internacionales y receptación, respectivamente. El referido cuerpo normativo, fue publicado el 02-12-2009, y promulgada el 25-11-2009, por parte del Ministerio de Hacienda, en la Subsecretaría de Hacienda, contando con el aval del Congreso Nacional Chileno para su respectiva creación. Para una lectura más completa y comprensiva del texto normativo que contiene la referida Ley N° 20.393, puede consultarse el siguiente espacio web, http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_chl_ley20393.pdf.

³⁷² En esta línea de pensamiento, véase particularmente, el trabajo realizado por, Iván Navas Mondaca y Antonia Jaar Lavarca, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena”, *Revista de Política Criminal*, Vol. 13, n. 26, (2018): 1028, http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_26/Vol13N26A10.pdf.

³⁷³ En el caso de Chile también se deben sumar, los compromisos internacionales como las recomendaciones de la OCDE –Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico– para que Chile pudiese entrar como miembro pleno.

³⁷⁴ En este mismo sentido, consúltese nuevamente, Iván Navas Mondaca y Antonia Jaar Lavarca, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena”, 1029. En la implementación de este sistema en Chile, me parece acertado su discurso, pues estos autores apuntan, que a pesar de la existencia de opiniones críticas sobre una auténtica

Entrando en materia, para el sistema penal chileno los requisitos de la responsabilidad penal de la persona jurídica, conforme al art. 3 de la ley, son los siguientes: a) Que el delito haya sido cometido por los dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o por quienes realicen actividades de administración y supervisión. Además, responderán cuando el delito se haya cometido por personas naturales que se encuentren bajo dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos acabados de mencionar³⁷⁵, b) Que los delitos hayan sido cometidos directa e inmediatamente en interés de la persona jurídica o en su provecho³⁷⁶. Sin perjuicio de ello, las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero, y

RPPJ, la Ley establece expresamente que ellas son penalmente responsables. Una comprensión del derecho penal en términos rígidos y absolutos sería un obstáculo que nos impida avanzar en la solución de los desafíos que impone la sociedad moderna del riesgo. Es cierto que la teoría del delito tal cual se formuló dificulta la aplicación en un ente colectivo. Sin embargo, el derecho penal y la teoría del delito es un medio para la solución de los problemas que se presentan. Si ese problema no tiene solución con la configuración actual, el camino es avanzar en el desarrollo de un sistema lógico y racional de aplicación de las normas jurídicas a sistemas de injusto distintos de los que tradicionalmente se conocen.

³⁷⁵ En estos casos, dice la doctrina chilena, surge la figura del denominado administrador de hecho de la persona jurídica; *al respecto*, véase, Percy García Caveró, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, (Barcelona: Bosch, 1999), 116 y ss. Este autor es de la opinión, que el administrador de hecho es aquella persona que no teniendo una vinculación formal con la empresa debido a que no ha sido formalmente nombrada o habiéndolo sido, se produce una ineficacia civil de su nombramiento, ha asumido fáctica y materialmente las funciones de administración debido a una asunción de hecho por el consentimiento de los propios socios

³⁷⁶ Esta exigencia formal, presenta mucha similitud con la regulación acuñada por España, en el sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas, pues como se ha dejado claro en líneas anteriores, el delito cometido por la persona física en seno empresarial, debe ir en provecho de esta última; *así, en este sentido*, Cfr. Bernardo José Feijóo Sánchez, “Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español”, en: Miguel Bajo Fernández, Bernardo José Feijóo Sánchez y Carlos Gómez-Jara Díez, *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, (España: Editorial Civitas, 2012), 102.

c) Que la comisión del delito sea consecuencia del incumplimiento, por parte de la persona jurídica, de los deberes de dirección y supervisión³⁷⁷.

Dicho esto, de forma concreta puede mencionarse, que en el sistema penal chileno, acaecen dos grandes modelos legislativos ideales de responsabilidad penal de personas jurídicas. Por una parte un modelo de responsabilidad derivada –o de transferencia, como lo trataría la doctrina española³⁷⁸–, conforme al cual se hace recaer sobre la persona jurídica la responsabilidad penal de una persona natural, en virtud de algún criterio de conexión entre una y otra, generalmente por concurrir en la persona natural una cualidad orgánica de dirección o al menos subordinado del ente moral. Por la otra, un modelo de responsabilidad autónoma u originaria, de acuerdo con el cual la responsabilidad surge directamente de una conexión entre el hecho prohibido y una característica de –o un cierto estado de cosas en– la entidad, siendo irrelevante la eventual responsabilidad de una persona natural³⁷⁹.

³⁷⁷ Esto no es más, que el denominado defecto de organización, el cual puede comprenderse como un déficit de auto regulación permanente de la persona jurídica; aspectos que también han sido tratados y desarrollados con amplitud en esta investigación en el Capítulo II. *No obstante ello*, puede verse ampliamente la obra de, Adán Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, (Madrid: Lustel, 2008), 324 y ss. En este trabajo científico, el autor sintetiza de forma general el estado de la cuestión, en torno a la responsabilidad penal de la persona jurídica, y dentro de los obligados temas a analizar dentro de esta obra –sección 4ª y sección 8ª– se ubica evidentemente, el defecto de organización, como fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica.

³⁷⁸ A este respecto, véase, Héctor Hernández Basualto, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, *Revista de Política Criminal*, Vol. 5, n. 9, (2010): 216. http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf. Así, sobre este punto indica el autor, sin que esto implique, sin embargo, que la persona natural quede liberada de responsabilidad, como debería ser si se aplicara coherentemente la idea de representación que subyace al modelo. Por esta razón se evita aquí hablar de “transferencia” o “transposición” de responsabilidad, como a veces se hace, giros que pueden sugerir ese efecto que es ajeno al modelo. Tampoco se emplea la habitual expresión “modelo de imputación”, porque en rigor todo modelo de responsabilidad es un modelo de imputación. De hecho, durante la tramitación legislativa en Chile ambas expresiones se usaron siempre como sinónimas.

³⁷⁹ *Ibíd.* 217. Se suele hablar también de un modelo mixto, que en rigor no es más que una variante más o menos morigerada –o abstemia– de las consagraciones históricas emblemáticas del modelo de responsabilidad derivada, en el sentido de no satisfacerse –al contrario de dichos casos emblemáticos, de marcada tendencia hacia la responsabilidad

Pues bien, la ley chilena ha abrazado precisamente un modelo atenuado de responsabilidad derivada –aunque para algún sector signifique la consumación de un sistema mixto–, que además de la conexión entre individuo responsable y su hecho con la persona jurídica, requiere que esta haya contribuido al hecho por la vía de haberse organizado de un modo que favorece o en todo caso no impide ni dificulta la realización de ese tipo de hechos, esto es, la llamada responsabilidad por “defecto de organización”³⁸⁰.

Aspecto importante por resaltar, de acuerdo con el anterior argumento, es que al igual que en la legislación española, el art. 5³⁸¹ de la Ley, también contempla la posibilidad de perseverar en el enjuiciamiento de la persona jurídica aunque no se llegue a declarar la responsabilidad de la persona física cuando no

objetiva– con una conexión meramente formal entre la entidad y la persona natural responsable y exigir, en cambio, algún tipo de “aporte” propiamente organizacional al delito. En la medida, sin embargo, en que la responsabilidad de la persona natural siga siendo presupuesto de la de la persona jurídica, se tratará sin duda de una responsabilidad derivada.³⁸⁰ En relación con esta discusión, han sido influyentes para la configuración del sistema de responsabilidad penal a personas jurídicas en Chile, las “Directivas de determinación de penas para organizaciones” del derecho federal estadounidense –*Sentencing Guidelines for Organisations*–, de 1991 [modificadas en 2004], disponibles, con notas de aplicación en la forma de un verdadero manual y traducidas al castellano en la obra de: Carlos Gómez-Jara Diez, *La responsabilidad penal de las empresas en los EE. UU.*, (Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006), 115 y ss., contexto en el cual, para la determinación del monto de las multas y una posible *probation*, se valora la organización de la empresa en términos de su apego al derecho, su preocupación por el cumplimiento de la ley, los mecanismos internos de control, las medidas adoptadas con posterioridad al delito, etcétera.

³⁸¹ Solo a manera de lectura e ilustración, el Art. 5 de la Ley 20.393 refiere puntualmente, lo siguiente: “*Responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica*”. *La responsabilidad de la persona jurídica será autónoma de la responsabilidad penal de las personas naturales y subsistirá cuando, concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3º, se presente alguna de las siguientes situaciones: 1) La responsabilidad penal individual se hubiere extinguido conforme a lo dispuesto en los numerales 1º y 6º del artículo 93 del Código Penal. 2) En el proceso penal seguido en contra de las personas naturales indicadas en los incisos primero y segundo del artículo 3º se decretare el sobreseimiento temporal del o los imputados, conforme a las causales de las letras b) y c) del artículo 252 del Código Procesal Penal. También podrá perseguirse dicha responsabilidad cuando, habiéndose acreditado la existencia de alguno de los delitos del artículo 1º y concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3º, no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales, siempre y cuando en el proceso respectivo se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el inciso primero del mencionado artículo 3º.*

pueda seguirse el procedimiento en su contra o establecerse quién o quiénes han cometido el delito. En otras palabras, la finalidad principal de este precepto –dicen los expositores chilenos– es la de establecer una limitación a la accesoriadad de la responsabilidad de la persona jurídica respecto del hecho de referencia o de conexión de la persona física³⁸².

En materia de penas y de atribución de responsabilidad penal, la ley 20.393 chilena, no se aparta mayormente de lo que es habitual en el derecho comparado. Las penas principales previstas en el art. 8 de la referida ley, son las siguientes: a) Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica; b) Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado; c) Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado; y, d) Multa a beneficio fiscal.

Por otro lado y estrictamente relacionado con lo anterior, el art. 13 prevé como penas accesorias, la publicación de un extracto de la sentencia a costa de la persona jurídica condenada, el comiso del producto “y demás bienes, efectos, objetos, documentos e instrumentos” del delito y, cuando el delito suponga la inversión de recursos de la persona jurídica superiores a los que ella genera, el entero en arcas fiscales de una cantidad equivalente a la inversión realizada.

Ahora bien, salvo la disolución y la prohibición perpetua de celebrar actos o contratos con el Estado, así como las penas accesorias, todas las penas conocen distintos grados –arts. 10 al 12³⁸³–. Para los efectos de la

³⁸² De nuevo, Héctor Hernández Basualto, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, 223 y ss. Quien es categórico al referir que este argumento es el que ha querido consagrar el legislador chileno en el texto normativo del art. 5 de la ley.

³⁸³ Así, en este sentido, véase una vez más, Iván Navas Mondaca y Antonia Jaar Lavarca, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena”, 1047. Estos autores expresan, que los arts. 10 al 12, deben valorarse e interpretarse sistemáticamente con el art. 17 de la Ley N° 20.393, pues a partir de ellos se establecen las reglas para determinar la cuantía y la naturaleza de las penas a imponer a la persona jurídica, reglas que se basan

determinación de las penas, es importante mencionar también, que la ley distingue entre penas de crímenes y de simples delitos –arts. 14 y 15–, a partir de lo cual la libertad del juez o discrecionalidad del mismo para aplicar todas o alguna de las penas previstas y la extensión en que puede hacerlo, está supeditada a la concurrencia de las circunstancias atenuantes o agravantes específicamente previstas para las personas jurídicas en el art. 16, respectivamente, y dentro de ese marco, a unos criterios específicos de individualización judicial de la pena, orientados principalmente a la gravedad del delito y a las circunstancias de la entidad, pero también al posible impacto negativo de la pena en terceros del entorno de la misma, tal cual lo refiere el art. 17³⁸⁴.

Ahora bien, solo como excurso de lo anterior, puede enunciarse en este momento, que la aplicación de penas que contiene la Ley 20.393 chilena, está considerada y orientada esencialmente a todas aquellas personas jurídicas o entidades de Derecho privado, con o sin fines de lucro³⁸⁵; en este sentido,

en criterios como los montos involucrados en la comisión del delito, el tamaño y la naturaleza de la persona jurídica, la extensión del mal causado por el delito, entre otros.

³⁸⁴ Véase, sobre este criterio de determinación de la pena, que también es congruente con el *supra* apuntado en la cita anterior, Héctor Hernández Basualto, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, 230. Puntualmente, el autor refiere los siguientes: 1) Los montos de dinero involucrados en la comisión del delito. 2) El tamaño y la naturaleza de la persona jurídica. 3) La capacidad económica de la persona jurídica. 4) El grado de sujeción y cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria y de las reglas técnicas de obligatoria observancia en el ejercicio de su giro o actividad habitual. 5) La extensión del mal causado por el delito. 6) La gravedad de las consecuencias sociales y económicas o, en su caso, los daños serios que pudiere causar a la comunidad la imposición de la pena, cuando se trate de empresas del Estado o de empresas que presten un servicio de utilidad pública.

³⁸⁵ Nuevamente, Nelly Salvo Ilabel, “Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno”, 253 y 254. Importante referir a este respecto, dice esta autora, lo que concierne a los entes sin personalidad jurídica, esencialmente aquellas sociedades de hecho o irregulares, por tener inmersos alguna falta de cumplimiento de los requisitos formales para su creación. Así, expresa categóricamente esta autora, que la circunstancia de carecer de personalidad jurídica impediría que las sociedades de hecho puedan ser destinatarias de la Ley 20.393, por lo que no podrán quedar sujetas a sanción penal alguna, sin perjuicio de las sanciones penales que puedan recaer sobre los socios de hecho que han configurada a la organización. Ahora bien, respecto de las sociedades

deberán incluirse, entonces, las sociedades civiles y las personas jurídicas de Derecho mercantil, como las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada, así como las corporaciones y fundaciones, incluyendo además, todas las empresas individuales de responsabilidad limitada.

Consecuencia de lo anterior, entonces, los sujetos excluidos de responsabilidad penal de personas jurídicas en Chile, siguen el mismo camino de otras legislaciones –como Francia, Italia, Portugal, etcétera–, pues según el texto normativo, quedan excluidos de responsabilidad penal, por disposición constitucional, tanto el Estado como las Administraciones Públicas territoriales, por ser sujetos o entes de carácter público³⁸⁶. Esto es así, pues estas entidades de Derecho Público presentan una connotada relevancia constitucional, por la misma función que estas desarrollan, y a ello se le suma también, el interés general que persiguen las mismas, ya sea ejecutando políticas públicas o bien, prestando servicios a la comunidad, para la satisfacción de las necesidades humanas de la ciudadanía; lo anterior, con la excepción de las empresas del Estado chileno, pues estas si son sujetos

irregulares, expresa que estas sin gozan de personalidad jurídica propia, de lo cual deriva que dichas sociedades si deben ser incluidas en el art. 2 contenido en la Ley 20.393.

³⁸⁶ *Ibíd.* 254. Así, dice la autora, considerando que la Ley número 20.393 señala expresamente que rige para las personas jurídicas de Derecho privado, las personas de Derecho público como el Estado y sus organismos –verbigracia, las Municipalidades– quedan fuera de su ámbito subjetivo de aplicación. Sin embargo, por razones de transparencia, el legislador chileno decidió, que las empresas del Estado igualmente quedaran sometidas a la nueva regulación. Cabe tener presente también, dice esta autora, que de acuerdo con el inciso segundo del art. 1 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado n° 18.575, la Administración del Estado está constituida por los Ministerios, las Intendencias, Las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley. Así, sigue argumentando la referida autora, teniendo en cuenta que estas últimas entidades se consideran parte de la Administración del Estado, resulta plenamente justificado que la Ley n° 20.393 haya incluido a las empresas del Estado como un sujeto distinto de las personas jurídicas de Derecho privado; sin embargo es de tomar en cuenta, que las relaciones comerciales con sus usuarios y consumidores, se rige por las normas del Derecho privado en Chile.

incluidos en la aplicación de la ley, con independencia de que su personalidad jurídica, sea otorgada por imperio legal, es decir, por el Derecho público del Estado.

Por último, y como argumento culmen de este apartado, la responsabilidad penal de la persona jurídica en Chile, se extingue por las mismas causas que rigen para las personas naturales conforme lo demanda el art. 93 del CP chileno, salvo la muerte del sujeto –art. 19–, en vez de lo cual se regulan, bajo el término ciertamente poco feliz de “*transmisión de la responsabilidad penal de la persona jurídica*”, los casos de transformación, fusión, absorción, división o disolución voluntaria de la entidad, enunciados en el art. 18³⁸⁷; regulación que presenta mucha similitud, con la redacción del sistema penal italiano de atribución de responsabilidad a entes colectivos.

³⁸⁷ Una vez más, Héctor Hernández Basualto, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, 230. Cabe mencionar, apunta el autor, que esta última regulación, muy similar a la del Derecho penal italiano, está llamada a evitar la elusión de la responsabilidad penal de las entidades por medio de meras operaciones jurídicas formales.

CONCLUSIONES

1. Como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo, el origen de la noción de lo que hoy conocemos como persona jurídica, o sujetos ideales, puede ubicarse entre finales de la República Romana y el comienzo de la etapa Imperial, si así deseamos definirlo en un punto de partida y de inflexión inmediata. No obstante, la historia del hombre racional –*homo sapiens*– nos ha podido evidenciar, que este, para la consecución de sus fines –de distinta naturaleza–, siempre se ha visto necesitado de construir su ambiente personal y social a partir de estructuras organizativas y comunitarias, pues con la distribución de roles y funciones, el acceso a cualquier entorno de la realidad se vuelve más factible e inmediato.
2. Producto de lo anterior, el recorrido histórico nos muestra, que el Derecho como instrumento de control social, tuvo que tomar protagonismo en las relaciones jurídicas que se empezaron a gestar entre sujetos individuales y entes colectivos, pues las irregularidades y el impacto social que estos últimos empezaron a generar obligaba a crear instrumentos normativos que regulasen –desde sus inicios– su ámbito de actuación, y a imponer, en la manera de lo posible, alguna especie de sanción para lidiar con su accionar nocivo, cuando se tuviese por constatado en la comunidad.
3. Así, el avance de las estructuras de la sociedad, en complicidad con el desarrollo científico y tecnológico, conllevó, a que estos sujetos morales –o personas jurídicas como tales– obtuvieran un papel preponderante en casi todos los espacios que rodean la vida humana; en consecuencia, el mundo de lo jurídico en relación con estos temas, tuvo que pasar por ciertos reconfiguramientos, pues de simples aplicaciones de sanciones civiles y administrativas que podían experimentar y percibir

estos sujetos colectivos, se pasó verdaderamente a una instauración de un sistema de responsabilidad penal para los mismos, pues la necesidad y la demanda de la comunidad en general, de utilizar el control social más represivo del Estado para paliar las actuaciones de la criminalidad económica y de estos sujetos en particular, se tornó inminente.

4. En Europa –por mencionar, Portugal, España, República Checa, Francia– y en Latinoamérica –verbigracia, Chile, Ecuador, Perú–, se superó el aforismo normativo del “*Societas delinquere non potest*”. La discusión y superación en torno a este principio de exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, empezó a desarrollarse con demasiada profundidad en la dogmática jurídico-penal contemporánea, hace aproximadamente tres décadas, culminando, con la admisión del principio “*Societas delinquere potest*”, que permite en la actualidad, atribuir bajo estándares normativos, la dosimetría penal correspondiente a las personas jurídicas, en cada caso en particular, cuando así se haya tipificado en un Estado determinado.
5. La instauración de un sistema jurídico de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, puede considerarse como una herramienta más, de la que puede hacer uso el Estado Social y Democrático de Derecho para combatir la criminalidad económica, y la criminalidad organizada del Siglo XXI. Y es que puede decirse, que bajo esa sintonía constitucional, fue admitida sin ningún reparo la misma, en los Estados que se han atrevido a implementarla, obviamente, agregándole también, razones de peso político-criminológicas que no pueden apartarse ni un solo instante del análisis de este fenómeno de estudio.

6. Con independencia de las críticas que este sistema recibe, que sin lugar a dudas son valederas, pues ayudan a acrecentar la discusión científica que se gesta en torno a esta temática, máxime cuando se cuestiona situaciones de orden dogmático –normativo– atinentes a la capacidad de acción, al injusto personal que se le atribuye a la misma, y ya no se diga, cuando se ataca fervientemente la capacidad de culpabilidad de este tipo de sujetos empresariales, no puede pasarse por alto, que también la literatura penal en relación con estos tópicos ha dado fuertes respuestas, que permiten ir superando estos cuestionamientos, afirmando científicamente, que en estas sociedades del riesgo, el *homo economicus*, debe ser enfrentado y combatido esencialmente con la concreción y edificación de un sistema de responsabilidad penal de esta naturaleza.
7. De igual forma, puede mencionarse, que la estandarización de las sociedades del riesgo y el flujo arrollador –y abrumador– del desarrollo científico, han obligado a cualquier Estado, por no decir al mundo entero, a replantearse la manera de otorgar una protección reforzada – a nivel constitucional y legal– de ciertos bienes jurídicos que sirven de coraza y garantía para el pleno disfrute de otros bienes jurídicos y Derechos fundamentales de la persona humana; así, se habla en estos casos de aquellos bienes jurídicos difusos o colectivos, que se están viendo afectados por esta posmodernidad y por este industrialismo desenfrenado, ejemplo de ello, el medio ambiente, del cual con mucho ahínco se ha hablado en este esfuerzo investigativo.
8. Resulta entonces, que producto de esa protección de tipo reforzada que ha experimentado el Medio ambiente, el Estado de El Salvador desde hace un poco más de dos décadas decide estampar, implementar y regular a través del texto constitucional y por medio de legislación de

segundo grado, una política que permita modular las relaciones jurídicas entre la naturaleza y el ciudadano salvadoreño.

9. Sin embargo, pese a dichos esfuerzos –que quizá son únicamente de tipo formal–, se pudo constatar, a través de esta investigación dos aspectos: *por una parte*, la reforma constitucional que sufre el art. 117 de la Constitución, no reguló de manera directa el Derecho fundamental a un medio ambiente sano, pudiendo haberlo hecho; así entonces, tal Derecho se obtiene de forma implícita, a través de la Justicia constitucional emanada de la SC a través de su jurisprudencia, donde se superó una corriente *antropocentrista*, y se opta por una vertiente *ecocentrista*, misma que a todas luces, es mucho más legitimadora del contenido constitucional de este Derecho, a la vez que esta corriente es la que actualmente está pujando por la implantación de un Estado social y *ecológico* de Derecho.
10. Y *por último*, la determinación normativa que presenta el art. 256 del CP salvadoreño –delito de contaminación ambiental agravada– no es más que un claro ejemplo de Derecho penal simbólico, pues dicha regulación jurídica, únicamente pretende dotar de conciencia ecológica a las personas que ocupan posiciones relevantes dentro de la industria; en otras palabras, es una especie de política criminal vacía, dirigida esencialmente a las personas jurídicas, pues las mismas, según la técnica legislativa utilizada por el legislador salvadoreño, se presentan como el único sujeto activo de la relación criminal que puede llevar adelante el comportamiento lesivo, o en su caso, realizar materialmente el resultado o poner el peligro el bien jurídico tutelado por el referido ilícito penal; lo verídico es que, actualmente en el Estado de El Salvador, es imposible imputar ese comportamiento negativo a una personas jurídica o empresa, pues legalmente, no se ha admitido un sistema de atribución penal de esa naturaleza.

RECOMENDACIONES

1. Es innegable el protagonismo, relevancia social y el reconocimiento jurídico que durante muchos años se ha venido forjando en torno a las personas jurídicas como sujetos de Derecho, tanto en el plano material posibilitando su participación en el tráfico jurídico, como desde la óptica procesal, garantizándoles, el acceso a la tutela judicial efectiva reclamando su protección ante los órganos jurisdiccionales competentes; sin embargo, el Estado de El Salvador, actualmente solo contempla la instauración de un sistema de atribución de responsabilidad para este tipo de sujetos –o entes fictos–, desde un plano civil, asimismo, la ha desarrollado a partir de una justicia contenciosa administrativa y a través de una competencia ambiental; en ese sentido, se recomienda, que se genere el análisis legislativo correspondiente para llevar adelante la configuración, tipificación y regulación de un verdadero sistema de atribución de responsabilidad penal para personas jurídicas, o en su caso, que se siga examinando y estudiando el proyecto de ley, que la Asamblea Legislativa ya estaba confeccionando para esta especie de sujetos, tomando en cuenta que las bases para su instauración ya han sido reguladas por parte del Ordenamiento Jurídico-penal salvadoreño, no sólo por la determinación de un marco internacional, sino, también, por la concreción de normas jurídicas que apuntalan a este sistema de atribución penal en el Derecho domiciliario.
2. Siguiendo con la anterior propuesta de *lege ferenda*, además de sugerir la construcción y edificación de un sistema de atribución penal para personas jurídicas en el Estado de El Salvador, es necesario también, instaurar una cultura del cumplimiento normativo por parte de todo el sector empresarial, comercial y económico, pero que esta cultura venga

precedida por la concreción de un verdadero proceso de formación de ley, que obligue a toda persona jurídica, a adoptar dentro de su ámbito de actuación un verdadero programa de cumplimiento normativo penal *-criminal compliance program-* con el objeto de reducir cualquier actuación riesgosa que se pueda originar dentro del giro de la empresa.

3. De igual manera se recomienda, como propuesta de *lege ferenda*, que sea el Banco Central de Reserva en conjunción con la Corte de Cuentas de la República y Superintendencia del Sistema Financiero, las Autoridades Estatales encargadas de ir actualizando el contenido normativo de los *criminal compliance program*, así como de su verificación y cumplimiento por parte del sector económico-empresarial de todo el territorio nacional.
4. En igual sentido, se sugiere, que la implementación de un manual de cumplimiento normativo *eficiente*, por parte de una persona jurídica, sea considerada una de exclusión o en su caso de atenuación de la responsabilidad penal, cuando se desprenda un accionar ilícito por parte de un sujeto colectivo o ente empresarial; lo anterior se sugiere de esa forma, en razón de que, la misma literatura científica respecto de estos tópicos, ha demostrado que las regulaciones jurídicas que configuran este tipo de sistemas de atribución penal, contemplan a los manuales y protocolos de cumplimiento, como causas de exclusión de esta última, a la vez que esto generaría una especie de fidelidad al Derecho, asegurando la vigencia de la misma, en una finalidad de prevención especial positiva, cuando de imposición de penas se trate.
5. Por otra parte, sería verdaderamente una conquista constitucional, que la Asamblea Legislativa en el menor tiempo posible, reformase el contenido del texto normativo que subyace en el art. 117 de la Constitución, con el objeto de regular de manera explícita y directa el Derecho fundamental a un medio ambiente sano, pues la Justicia

constitucional sobre estos temas, han sugerido de forma implícita esa circunstancia.

6. Asimismo, el art. 256 del CP de El Salvador, debería ser modificado, pues actualmente presenta una especie de *laguna de agravación*, cuando el sujeto activo que realiza el comportamiento delictivo no reúne las cualidades y características de una persona jurídica, en consecuencia, se debería de incluir a sujetos individuales o personas naturales, dentro del texto normativo que regula la referida disposición, pues al considerarse un ilícito penal derivado o subordinado, el comportamiento que subyace en el mismo se ve complementado por el tipo penal básico o simple, previsto y sancionado en el art. 255 del CP, de lo que se colige, que ajustando ambos comportamientos delictivos, una persona física podría verse involucrada, también, en un dosimetría penal cualificada, y no sólo una persona jurídica, como tal cual aparece regulado actualmente la tipificación cualificada de este ilícito penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

OBRAS

1. Adán Nieto Martín, dir., *et al*, *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015).
2. Adán Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, (Madrid, Iustel, 2008).
3. Antonio Fernández de Buján, director, Gabriel Gerez Kraemer, Coord., España: *Hacia un Derecho Administrativo y Fiscal Romano II* (España: Editorial Dykinson, 2013).
4. Antonio Vodanovic Haclicka, *Manual de Derecho Civil: Parte Preliminar y General*, Tomo I, (Chile: 1998).
5. Ariel Álvarez Gardiol, *Introducción a una teoría general del Derecho: El método jurídico*, (Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1986).
6. Arturo Alessandri Rodríguez, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil*, (Chile: Imprenta Universal, 1981).
7. Bernardo Feijóo Sánchez, *El delito corporativo en el Código Penal Español*, (Cizur Menor: Civitas, 2016).
8. Bernd Schünemann, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana*, (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996).
9. Bernd Schünemann, *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*, (Alemania: Editorial Wistra, 1982).
10. Blanca Mendoza Buergo, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, (Madrid, Editorial Civitas, 2001).
11. Carlos Gómez-Jara Diez, Coord. *Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y Posibilidad de Aplicación*, (Perú, Editorial Ara Editores, 2007).

12. Carlos Gómez-Jara Diez, *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial*, (Perú, Ara Editores, 2009).
13. Carlos Gómez-Jara Diez, *La Culpabilidad Penal de la Empresa*, (España: Editorial Marcial Pons, 2005).
14. Carlos Gómez-Jara Diez, *La responsabilidad penal de las empresas en los EE. UU.*, (Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006).
15. Carlos Gómez-Jara Diez, *Responsabilidad penal de la persona jurídica. Aspectos sustantivos y procesales* (Madrid, La Ley, 2011).
16. Carlos Gómez-Jara Diez., "Distinciones teóricas en la observación del sistema jurídico penal: breves apuntes sobre la teoría de reflexión del derecho penal", en: *El Funcionalismo en Derecho Penal, Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs.*, Coord., por Eduardo Montealegre Lynett., Tomo II., (Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2003)
17. Claus Roxin, "Sentido y Limites de la Pena Estatal", en *Problemas Básicos del Derecho Penal*, Trad. por Diego Manuel Luzón Peña, (España: Editorial Reus, 1976); el mismo, *¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal?*, en Cuadernos de Política Criminal, (España: Sin Editorial, 1986). 671-692.
18. Claus Roxin, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal.*, Trad. por Francisco Muñoz Conde, (España: Editorial Reus, 1981).
19. Claus Roxin, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal.*, 2ª ed., Trad. por Francisco Muñoz Conde, (Argentina: Editoriales Hammurabi, 2002).
20. David Baigún, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, (Argentina: Editorial Depalma, 2000).
21. Dulce María Santana Vega, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, (Madrid: Dykinson, 2000).
22. E. B. Pašukanis., *Finalidad de la Teoría General del Derecho*, Trad. al castellano por Virgilio Zapatero.

23. Edmund Mezger., *Tratado de Derecho Penal.*, Tomo II., Traducción de la segunda ed. alemana y notas de Derecho Español por Arturo Rodríguez Muñoz, (España: sin editorial, 1957).
24. Eduardo Demetrio Crespo, Adán Nieto Martín, Dir., *et al, Derecho penal económico y Derechos humanos*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018).
25. Elvia Arcelia Quintana Adriano, Coord., *La vigencia del código de comercio de 1890*, (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2018).
26. Enrique Bacigalupo Zapater, *Curso de Derecho Penal Económico.*, Dir., (España: Editorial Marcial Pons, 1998).
27. Ernest Von Beling, *Esquema de Derecho Penal*, Trad., por Sebastián Soler, (Argentina, Editorial Depalma, 1944).
28. Estuardo L. Montero Cruz, *El Funcionalismo Penal (Una Introducción a la Teoría de Günther Jakobs)*, (Perú, sin editorial, 2008).
29. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho Penal: Parte General*, 2ª Ed. (Argentina: Editorial Tucumán, 2002).
30. Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, *Responsabilidad Civil de las Personas Jurídicas Por Actos de Sus Administradores o Dependientes.*
31. Francesco Ferrara, *Teoría de las Personas Jurídicas*, Trad., del Italiano por, Eduardo Ovejero, (España: Editorial Reus, 1929).
32. Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal: Parte General*, 5ª Ed., (España: Editorial Tirant lo Blanch, 2002).
33. Franz Von Liszt, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II., 3ª Ed., Trad., al castellano por Luis Jiménez de Asúa, 20ª ed. alemana, (España: Editorial Reus, s/año).
34. Friedrich Karl Von Savigny, *System Des Heutigen Römischen Rechts*, Tomo II, (Alemania: Veil & Comp., 1840), Trad., al castellano por Jacinto Mesías y Manuel Poley, en *Sistema de Derecho Romano Actual*, 2ª Ed. (España: Editorial de Góngora, 2009).

35. Gonzalo Quinteros Olivares, Fermin Morales Prats y Josep Miquel Prats Canut, *Manual de derecho penal, Parte general*, (Madrid: Aranzadi, 1999).
36. Gonzalo Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código penal*, (Madrid, Editorial Civitas, 1997).
37. Gonzalo Rodríguez Mourullo, *Derecho Penal: Parte General*, (España, Editorial Civitas, 1978).
38. Guillermo Antonio Borda, *Manual de Derecho Civil: Parte General*, 18ª ed., (Argentina: Editorial Perrot, 1996).
39. Günther Jakobs, *Derecho Penal, Parte General: Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2ª ed., (España: Editorial Marcial Pons, 1997).
40. Günther Jakobs, *Sobre la Teoría de la Pena*, (Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1998).
41. H. Welzel, *Derecho penal alemán*, 11ª Ed., (Alemania, s/editorial, 1969).
42. Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho penal*, Tomo I., Traducción y adiciones de Francisco Muñoz Conde y Santiago Mir Puig, (España: s/editorial, 1981).
43. Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, 4ª ed., (Argentina: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2009).
44. Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán*, Trad., al castellano por Juan Bustos Ramírez y Santiago Yáñez Pérez, 11ª Ed. Alemana y 2ª Ed. Castellana, (Chile: Editorial jurídica de chile, 1976).
45. Hans Welzel., *Derecho Penal Alemán.*, Trad. de la 11ª Ed., alemana, por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez., 4ª ed., (Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993).
46. Hans Welzel., *Derecho Penal, Parte General.*, Trad. por Carlos Fontán Balestra., (Argentina, Editorial Depalma, 1956).
47. Henry Alexander Mejía, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, (San salvador: Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, 2014).

48. Ivan Meini Méndez, *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, (España: Editorial Tirant lo Blanch, 2003).
49. Jacinto Pérez Arias, *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, (España: Editorial Dykinson, 2014).
50. Jesús María Silva Sánchez, Bernd Schünemann, Jorge de Figueiredo Días, *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, (Barcelona, Editorial Bosch, 1995).
51. Jesús-María Silva Sánchez, dir., y Raquel Montaner Fernández, coord., *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, (Barcelona, Atelier, 2013).
52. Jesús-María Silva Sánchez, *La Expansión del Derecho Penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª Ed., revisada y ampliada, (España: Editorial Civitas, 2001).
53. José Daniel Cesano, *Estudios Sobre la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica*, (Editorial Dykinson, Argentina, 2006).
54. José Miguel Zugaldía Espinar, *Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional Societas delinquere non potest*, (España: cuadernos de política criminal, 1980).
55. José Miguel Zugaldía Espinar, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal. Colección Delitos*, (España: Editorial Tirant lo Blanch, 2013)
56. Juan Bustos Ramírez, *Derecho Penal, Parte General.*, 4ª ed., aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormazabal Malarée, (España: sin editorial, 1994).
57. Juan Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal, Parte general*, 3ª edición, (Barcelona, Ariel, 1989).
58. Juan Francisco Pozo Torres, *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador*, (Quito, corporación estudios y publicaciones, 2018).

59. Klaus Tiedemann, "Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en derecho comparado", en *La Reforma de la Justicia Penal (Estudios en homenaje al Profesor Klaus Tiedemann)*, Coord. Por Juan Luis Gómez Colomer y José Luis González Cussac., (España: Publicaciones de la Universitat Jaume I, 1997).
60. Klaus Tiedemann, Dir., Adán Nieto Martín, Coord., et al, *El Derecho Penal económico en la Unión Europea*, (Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2004).
61. Laura Zúñiga Rodríguez, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, (Navarra, Aranzadi, 2003).
62. Lozano-Higuero y Pinto, *La protección procesal de los intereses difusos*, (Madrid: Ruffino Blanco, 1983).
63. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, (Madrid, Editorial Trotta, 1995, original 1989).
64. Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín, *El Derecho penal económico en la era compliance*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013).
65. Luis Gracia Martín, *Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas*.
66. Luis Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro en derecho penal II*, (Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1986).
67. Luis Gracia Martín, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2003).
68. Luis Jiménez de Asúa, *Derecho Penal Soviético*, (Argentina: Editorial Tipográfica, 1947).
69. Luis Miguel Reyna Alfaro, *Introducción a la teoría del delito y a las consecuencias jurídicas del delito*, (Lima, Instituto Pacífico, 2016).
70. Ma. Isabel Sánchez García de Paz, *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal* (Valladolid, Universidad de Valladolid, 1999).

71. Marín De Espinosa Ceballos, E. B, y José Miguel Zugaldía, directores, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y en España*, (Cizur menor: Aranzadi, 2015).
72. Mayda Goite Pierre, Coord., *Las Consecuencias Jurídicas Derivadas del Delito y una Mirada a la Persona Jurídica desde Cuba y España*, (España: Editorial Tirant lo Blanch, 2012).
73. Miguel Bajo Fernández y Silvina Bacigalupo Saggese, *Derecho Penal Económico* (España: Editorial Ceura, 2010).
74. Miguel Bajo Fernández, Agustín Jorge Barreiro, Carlos Suarez González, Editores, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, (España: Editorial Civitas, 2005).
75. Miguel Bajo Fernández, Bernardo José Feijóo Sánchez y Carlos Gómez-Jara Díez, *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, (España: Editorial Civitas, 2012).
76. Miguel Bajo Fernández, *De Nuevo Sobre la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*, (España: Anuario de Derecho Penal de Ciencias Penales –ADPCP- 1981).
77. Miguel Bajo Fernández, *Derecho Penal Económico: Aplicado a la Actividad Empresarial*, (España: Editorial Civitas, 1978).
78. Miguel Polaino-Orts., “Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto”, en: *El Funcionalismo en Derecho Penal, Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs.*, Coord., por Eduardo Montealegre Lynett., Tomo II., (Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2003).
79. Pablo González Sierra, *La imputación Penal de las Personas Jurídicas, análisis del art. 31 bis CP*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014).
80. Percy García Caveró, *Derecho Penal Económico: Parte General*, (Perú: Editorial ARA Editores E.I.R.L., 2003).
81. Percy García Caveró, *La Persona Jurídica en el Derecho Penal*, (Perú, Editorial Grijley, 2008).
82. Percy García Caveró, *La responsabilidad de las personas jurídicas, órganos y representantes*, (Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004).

83. Percy García Cavero, *La Responsabilidad Penal del Administrador de Hecho de la Empresa: Criterios de Imputación.*, (España: Editorial J.M. Bosch, 1999).
84. Rafael Márquez Piñero, *Teoría de la antijuridicidad*, (Ciudad de México, Universidad Autónoma de México, 2003).
85. Ramiro M. Rubinska y Daniel Schurji, *Derecho Penal Económico*, Tomo I, Coords., (Argentina, Editorial Marcial Pons, 2010).
86. Raúl Eugenio Zaffaroni y Marco Antonio Terragni, Coords., *Derecho Penal del Siglo XXI.*, (Argentina, Editorial Jurídicas Cuyo, 2005).
87. Raúl Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Skolar, *Derecho Penal. Parte general*, (Buenos Aires, Ediar, 2000).
88. Reinhart Maurach, *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I (Argentina, Editorial Astrea, 1994).
89. Reinhart Maurach., *Tratado de Derecho Penal.*, Tomo II., Traducción de la 7ª ed. alemana., (Argentina: sin editorial, 1995).
90. Rudolf Von Jhering, *El Espíritu de la Ley Romana Durante las Diversas Etapas de su Desarrollo*, Vol. III.2 (Alemania, 1865).
91. Santiago Mir Puig y Diego-Manuel Luzón Peña, Coords., *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, (España: Editorial J.M Bosch Editor, 1996).
92. Santiago Mir Puig, *Derecho Penal: Parte General*, 8ª Ed. (España: Editorial Reppertor, 2006).
93. Santiago Mir Puig, Juan Luis Modolell González, José-Ignacio Gallego Soler, Carlos Simón Bello Rengifo, Coords., *Estudios de Derecho penal económico*, (Caracas, Livrosca, 2002).
94. Sebastián Soler, “La Naturaleza de la Culpabilidad”, citado en: *Derecho Penal Contemporáneo*, n.10 (México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1965).
95. Silvina Bacigalupo Saggese y Jesús Lizcano Álvarez, *Responsabilidad Penal y Administrativa de las Personas Jurídicas en Delitos Relacionados con la Corrupción*, (España: Editorial Cyan, 2013).

96. Silvina Bacigalupo Saggese, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, (España: Editorial Boch, 1998).
97. Silvina Bacigalupo Saggese, *La responsabilidad penal de los entes colectivos: el modelo de imputación del Código Penal*, en: *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Miguel Bajo*, (Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2017).
98. Sylvia Enseñat De Carlos, *Manual de compliance officer. Guía práctica para los responsables de compliance de habla hispana*, (Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2016).
99. Tomás Salvador Vives Antón, *Fundamentos del Sistema Penal*, (España, Editorial Tirant Lo Blanch, 1996).
100. Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, (Barcelona, Editorial Paidós, 1998, (original 1986), él mismo, *Las políticas ecológicas en la edad del riesgo*, (Barcelona, Editorial Roure, Barcelona, 1998 (original 1988), y *La sociedad del riesgo global*, (Madrid, Editorial Siglo Veintiuno, 2002 (original 1999).

REVISTAS

1. Alessandro Baratta, "Principios de Derecho penal mínimo", *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*, Trad. por Beatriz Lenzi, n. 37-40 (2004).
2. Alfonso Galán Muñoz, "La Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica tras la Reforma de la Ley Orgánica 5/2010: Entre la Hetero y la Autorresponsabilidad". *Revista de estudios jurídicos. Conferencias Impartidas en las Universidades de Las Palmas de Gran Canaria y La Laguna.*, n. 15, (2011).
3. Alicia Beatriz Azzolini Bincaz, "La Culpabilidad". Artículo de revista jurídica disponible en: <https://docplayer.es/55344678-La-culpabilidad-alicia-beatriz-azzolini-bincas-i-el-concepto-de-culpabilidad-en-la-dogmatica-juridico-penal.html>.
4. Bern Schünemann, "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de criminalidad de empresa", Trad. por Daniela Brückner y Juan Antonio Lascuráin, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, ADPCP, n. III (1998).

5. Bernd Schünemann, “La Punibilidad de las Personas Jurídicas, desde la Perspectiva Europea”, en: *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Coord., por Universidad Autónoma de Madrid, Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann (España: Boletín Oficial del Estado –BOE-, 1995); él mismo, “Responsabilidad Penal en el Marco de la Empresa. Dificultades Relativas a la Individualización de la Imputación”, Coord. por *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales –ADPCP-*, Vol. LV., Ponencia Presentada al Seminario Internacional Complutense Sobre Responsabilidad por el Producto, (España: Universidad Complutense de Madrid, 2003); asimismo, “La Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos Directivos en la Unión Europea”, en: *Constitución Europea y Derecho Penal Económico. Mesas redondas Derecho y Economía.*, (España, Editorial Ramón Areces, 2006).
6. Blanca Lozano, “La Responsabilidad de la Persona Jurídica en el Ámbito Administrativo Sancionador (A propósito de la STC 246/1991, del 19 de diciembre)”, *Revista de Administración Pública*, n.129 (1992).
7. Carlos Gómez-Jara Díez, “¿Responsabilidad Penal de Todas las Personas Jurídicas? Una Antecrítica al Símil de la Ameba Acuñado por Alex Van Weezel”. *Revista de Política Criminal*, Vol. 5, n.10 (2010).
8. Christian Oltra, “Modernización Ecológica y Sociedad del Riesgo. Hacia un análisis de las relaciones entre ciencia, medio ambiente y sociedad”, *Revista del Departamento de Sociología y Análisis de las Organizaciones de la Universidad de Barcelona*, n.78 (2005).
9. Daniel Borrillo, “Delitos ecológicos y derecho represivo del medio ambiente: reflexiones sobre el derecho penal ambiental en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Constitucionales, Hermenéutica y Teoría del Delito*, s/n, (2011).
10. Dino Carlos Caro Corias, “Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos”, *II Congreso Internacional de Derecho Penal*, s/n, (1997).
11. Dulce María Santana Vega, “Consideraciones críticas sobre la responsabilidad penal de los partidos políticos como instrumento de lucha contra la corrupción”, *Revista Política Criminal*, Vol. 15, n.29, (2020).
12. Emiliano Borja Jiménez, “Globalización y concepciones de Derecho penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 29, (2009).

13. Emilio Octavio de Toledo, "Las actuaciones en nombre de otro", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (1984).
14. Fernando Velásquez V., "Hans Welzel: Una aproximación a su vida y a su obra", *Revista IUSTA*, s/n (2007).
15. Francisco Muñoz Conde, "La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles", *Cuadernos de Política Criminal*, n.3 (1977).
16. Gonzalo Quintero Olivares, "La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema adoptado por el Código penal", *Estudios Jurídicos*, (2011).
17. Günter Heine, "La Responsabilidad Penal de las Empresas: Evolución Internacional y Consecuencias Nacionales", *Anuario de Derecho Penal*, s/n (1997).
18. Günther Jakobs., "El Principio de Culpabilidad", Texto ampliado de la conferencia pronunciada por el Profesor Jakobs el día 13-05-1992, en la Universidad Complutense de Madrid., Trad. por Manuel Cancio Meliá, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (España: Universidad Autónoma de Madrid, 1992).
19. Hans Joachim Hirsch, "*Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbände*", Trad., al castellano por Patricia S. Ziffer, "La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Asociaciones de Personas", (Argentina: Universidad de Buenos Aires) de la conferencia dictada por el autor en la sesión del 17/3/1993, en la Academia de Ciencias Penales de Renania-Westfalia.
20. Hans-Heinrich Jescheck, "Evolución del Concepto Jurídico Penal de Culpabilidad en Alemania y Austria", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Trad., al castellano por Patricia Esquinas Valverde, (2003).
21. Héctor Hernández Basualto, "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile", *Revista de Política Criminal*, Vol. 5, n. 9, (2010).
22. Iván Fabio Meini Méndez, El "actuar en lugar del otro" en el derecho penal peruano, *Revista de Derecho: Nuevo Foro Penal*, n.62 (1999).

23. Iván Navas Mondaca y Antonia Jaar Lavarca, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena”, *Revista de Política Criminal*, Vol. 13, n. 26, (2018).
24. Javier Camilo Sessano Goenaga, “La protección penal del medio ambiente. Particularidades de su tratamiento jurídico”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, s/n (2002).
25. Javier Cigüela, “Culpabilidad, identidad y organización colectiva”, *Revista de Política Criminal*, Vol. 12, n.24 (2017).
26. Javier Sánchez Bernal, en: “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, *Revista de Derecho*, n. 4 (2012).
27. Jeanne Gobat, en su artículo ¿Qué es un Banco? *Revista finanzas y desarrollo*, s/n, (2012).
28. Jesús María Silva Sánchez, “La evolución ideológica de la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 29, n. 86-87, (2008).
29. Jesús María Silva Sánchez, “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto”, *Diario la Ley*, n. 7464 (2010).
30. Joachim Vogel, “Derecho Penal y Globalización”, Trad. y Coord. por Manuel Cancio Meliá, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.9 (2005).
31. José Hurtado Pozo, “Responsabilidad Penal de la Empresa en el Derecho Penal Suizo”, *Revista Derecho penal y Criminología*, n. 86-87 (2008).
32. José Luis De La Cuesta Arzamendi, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español”, *Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal (ReAIDP)*, (2012).
33. José Luis Díez Ripollés, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, n.7-1 (2005).
34. José Luis Lezama, “El medio ambiente como construcción social: reflexiones sobre la contaminación del aire en la Ciudad de México”, *Estudios Sociológicos XIX*, n. 56. (2001).

35. José Miguel Zugaldía Espinar, "Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español", artículo de revista del *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*, s/n (2010).
36. José Miguel Zugaldía Espinar, "Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas", *Cuadernos de Política Criminal*, n. 53, (1994).
37. José Miguel Zugaldía Espinar, "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015, del 30 de marzo)".
38. José Miguel Zugaldía Espinar, "Teorías Jurídicas del delito de las personas jurídicas (aportaciones doctrinales y jurisprudenciales). Especial consideración de la teoría del hecho de conexión", *Cuadernos de Política Criminal, Época II, Sección de Estudios Penales*, n.121, (2017).
39. José Milton Peralta, "Prevención general Positiva como respeto por el orden jurídico", *Revista para el análisis del Derecho*, n.2 (2008).
40. José Roberto Pazmiño Ruíz y Juan Francisco Pozo Torres, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y compliance: caso Ecuador", *Revista Derecho Penal y Criminología*, n.109, (2019).
41. Juan Carlos Carbonell Mateu, "Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010 del C.P. Español".
42. Julián Ramiro Mateus y David William Brasset, "La Globalización: sus efectos y bondades". Fundación Universidad Autónoma de Colombia, *Revista Economía y Desarrollo*, Vol. 1º, n. 1º, (2002).
43. Klaus Tiedemann, "Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas", *Anuario de Derecho Penal*, n.96 (1997).
44. Laura Zúñiga Rodríguez, "La responsabilidad civil de la persona jurídica por delito (A propósito de la sentencia del caso Crousillat)", *Congreso de la República*, s/n, (sin año).

45. Lucía Lourdes Vicentini, "Personas jurídicas de carácter público en el Derecho Internacional Privado" *Revista científica de ciencias jurídicas y notariales In Iure*, año.2, vol.2, (2012).
46. Luigi Ferrajoli, "Criminalidad y Globalización", Trad., por Miguel Carbonell, (2008).
47. Luis Gracia Martín, "Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia", *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, n. 2, (2006).
48. Luis Regis Prado, "El ambiente como bien jurídico penal: aspectos conceptuales y delimitadores", *Revista Penal*, n. 22, (2008).
49. Luis Rodríguez Ramos, "Societas delinquere non potest: nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión", *Revista de Derecho penal*, s/n, (2012).
50. María Ángeles Villegas García, "Hacia un modelo de autorresponsabilidad de las personas jurídicas. La STS (Pleno de la Sala de lo Penal) 154/2016, de 29 de febrero", *Diario La Ley, Sección Doctrina*, n. 8721, (2016).
51. María Concepción Rayón Ballesteros, "Los programas de cumplimiento penal: origen, regulación, contenido y eficacia en el proceso", *Análisis Jurídico y Económico Escorialense*, n. 51 (2018).
52. María del Rocío Rosales Ortega, "Modernidad, naturaleza y riesgo", artículo de revista publicado en, Pedro Luis Sotolongo Codina y Carlos Jesús Delgado Díaz, *La revolución contemporánea del saber y la complejidad social. Hacia unas ciencias sociales del nuevo tipo*, (2006).
53. María Eugenia Coppedé, "Ecocentrismo: una de las tipologías del pensamiento ambientalista", *Revista DPI, cuántico, innovando el Derecho*, UBA, s/n, (2014).
54. María José Jiménez Díaz, "Sociedad del riesgo e intervención penal", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.16-08 (2014).
55. Marlus H. Arns de Oliveira, "Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica en el Ámbito del Derecho Penal Económico", *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, vol. IX., n. 35., (2015).

56. Mauricio Márquez Buitrago, "La protección del ambiente y los límites del Derecho penal", *Red de revistas científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, Vol. 4, s/n, (2007).
57. Mercedes García Arán, "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", *Estudios Penales y Criminológicos*, n. XVI, (1992-1993).
58. Miguel Abel Souto, "Las leyes penales en blanco", *Área de Derecho Penal, Universidad Santiago de Compostela*, (2005).
59. Miguel Ángel Morales Hernández, "Los criterios jurisprudenciales para exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas en el delito corporativo", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, n.19, (2018).
60. Moisés Moreno Hernández, "Consideraciones Dogmáticas y Políticas Criminales en Torno a la Culpabilidad", *Boletín Informativo*, n.7, (1984).
61. Nimrod Mihael Champo Sánchez, "El Derecho penal frente a la globalización", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 116, (2006).
62. Pedro Donaires Sánchez, "Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Derecho Comparado", *Revista Derecho y Cambio Social*, s/n (2013).
63. Pedro Martín Giordano, "Hacia una definición de constructivismo operativo a partir de la dimensión temporal de sentido", *VI Jornadas de Jóvenes Investigadores*. Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, (2011).
64. Percy García Cavero, "Esbozo de un Modelo de Atribución de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas", *Revista de Estudios de la Justicia*, n.16, (2012).
65. Percy García Cavero, "La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas", *Ponencia pronunciada en las XXVII jornadas internacionales de Derecho penal*, (2005).
66. Percy García Cavero, "Seminario Internacional: Los Delitos Imprudentes en el Ámbito Empresarial", *Revista de Estudios de la Justicia* n.10, (2008).

67. Raquel Puentes Poyatos, María del Mar Velasco Gámez, y Juan Vilar Hernández, "El buen gobierno corporativo en las sociedades cooperativas", *Revista de Estudios Cooperativos, Revesco* no. 98 (2009).
68. Reinhart Maurach, "El Concepto Final de Acción y sus Efectos Sobre la Teoría de la Estructura del Delito", *Revista de la Universidad Externado de Colombia* Vol. VI., n.3, (1965).
69. Reinhart Maurach, "La Teoría de la Culpabilidad en el Derecho Penal Alemán", *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, Vol. 6, n.3 (1965).
70. Roberto P. Guimarães, "Modernidad, medio ambiente y ética: un nuevo paradigma de desarrollo", *Documentos, Serie, Ensayos, CEPAL*, (1997).
71. Santiago Carretero Sánchez, "El papel de los principios generales del Derecho en la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Diario La Ley, Sección doctrina*, n.8751, (2016).
72. Silvina Bacigalupo Saggese, "La problemática del sujeto en el Derecho penal", *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales ICADE*, s/n (1997).
73. Vicente Magro Servet, "Hacia la necesidad de implantación del plan de prevención jurídica de las empresas", *Diario La Ley*, n. 7633 (2011).
74. Vilma Rodríguez Morales, Leticia M. Bustamante Alfonso y Magdalena Mirabal Jean-Claude, "La protección del medio ambiente y la salud, un desafío social y ético actual", *Revista cubana de salud pública*, n. 37 (2011).
75. Winfried Hassemer, "Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 45, (1992).
76. Yolanda M. Guerra García, "Breve Introducción al tema de: la responsabilidad en las personas jurídicas", *Revista de Administración y Responsabilidad del Estado*, s/n, (2005).

TESIS

1. Adriana Gabriela Ibáñez, “El sistema punitivo aplicable a personas jurídicas por delitos ambientales”, (Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2019).
2. Arkaitz Rodríguez Martínez, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos ambientales a la luz de las últimas reformas del código penal”, (Tesis de Maestría, Universidad del País Vasco, 2015-2016).
3. Clara Gutiérrez Muñoz, en su obra, “El estatuto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos de derecho material”, (Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2016).
4. Estefanía Rama Martínez, “El blanqueo de capitales. Concepto, técnicas utilizadas y elementos que hacen un país más atractivo”, (Tesis de Maestría, Universidad Da Coruña, 2019).
5. Jaume Antich Soler, “Compliance Program Penal y sus efectos en la exención y atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica” (Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2017).
6. Luzdimar Rojas Vásquez, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de contaminación ambiental”, (Tesis para optar al título de abogado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2020).
7. Nelly Salvo Ilabel, “Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno”, (Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2014).

LEGISLACIÓN NACIONAL

1. Constitución de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Constituyente de El Salvador, 1983).
2. Código Civil, (El Salvador: New York Imprenta Eduardo O. Jenkins, 1860).
3. Código de Comercio, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1970).

4. Código Penal de la República de El Salvador, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1997).
5. Código Procesal Penal de la República de El Salvador, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009).
6. Código Tributario de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2001).
7. Decreto Legislativo N° 871, emitido por la Asamblea Legislativa, el 13 de abril del 2000 (Reforma del Art. 117 de la Constitución de la República de El Salvador).
8. Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1996).
9. Ley de Bancos, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1999).
10. Ley de Impuesto Sobre la Renta, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1991).
11. Ley de Medio Ambiente de El Salvador, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998).
12. Ley de Partidos Políticos, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2013).

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

1. Ley 20.393 Chilena sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.
2. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal Español.

JURISPRUDENCIA

1. Sala de lo Civil, *Sentencia Definitiva, Referencia: 83-AP-07* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2008).
2. Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia: 931-2014* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015).

3. Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad*, Referencia: 178-2013 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016).
4. Sala de lo Penal, *Sentencia Definitiva*, Referencia: 22CAS2015 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016).