

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



**DEBER DE GARANTE Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS
JURÍDICAS**

**CURSO DE ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL ECONÓMICO
(CICLO II - 2021)**

**PARA OBTENER EL TÍTULO EN:
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**DOCENTE ASESORA:
LIC. LILI VERÓNICA GARCÍA ERAZO**

**PRESENTADO POR:
SALINAS GUIDOS, CARLOS BLADIMIR**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, MARZO 2022

DEBER DE GARANTE Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

RESUMEN.

En el presente ensayo se desarrolla lo conducente al deber de garante que en el ejercicio de sus actividades tiene la persona jurídica, así como la responsabilidad de la misma. Estableciendo inicialmente y a la brevedad posible, lo relativo al surgimiento y evolución histórica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que nos sirve de sustento para crearnos una idea de los cambios que ha tenido en el tiempo y las posturas relativas a la imputación de esa responsabilidad penal, en consonancia con lo anterior y para crearnos una mejor perspectiva del tema expuesto, se desarrolla la conceptualización y el fundamento jurídico de la responsabilidad penal de la persona jurídica y del deber de garante de la misma, así como, el alcance del deber de garante y lo que genera el incumplimiento de este por parte de la persona jurídica y las repercusiones para los integrantes de ésta.

INTRODUCCIÓN

En toda la actividad comercial del día a día quedan evidenciadas las relaciones comerciales generadas por personas naturales y personas jurídicas, ciertamente es una constante, todas esas relaciones están conforme a lo dispuesto en la legislación vigente, de modo que, desde el ámbito comercial, existe una protección de los consumidores e incluso de proveedores; al buscar una protección desde el ámbito penal, encontramos algunos vacíos en la legislación en cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero a pesar de existir dicho vacío, estas deben de garantizar la protección de bienes jurídicos que puedan resultar lesionados, ya sea por la actividad comercial de la misma o por el actuar negligente de los dependientes de la misma.

Siguiendo esa línea es menester explicar el deber de garante y la responsabilidad penal de las personas jurídicas; siendo este el tema objeto del presente ensayo, es de destacar que se desarrollaran algunos antecedentes histórico que enmarcan el proceso evolutivo que ha tenido la aplicación de responsabilidad penal a la persona jurídica, siguiendo con la conceptualización de los elementos que engloba el tema ya relacionado, ya que por un lado se encuentra el deber de garante y por otro la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque la idea central es hacer que estos elementos convergen para realizar el análisis pertinente.

Consecuentemente, al analizar en conjunto los elementos expuestos, se encuentra con una diversidad de temas complementarios que servirán para crear una visión más amplia del tema y que ayudará a robustecer el conocimiento que se pretende transmitir; ya que, los temas a abordar tienen relación con las personas obligadas a denunciar cuando existe un detrimento en el deber de garante ya que la afectación puede ser colectiva, asimismo, establecer si dentro del seno de la persona jurídica (entendida como sociedad), los integrantes tienen la calidad de autores o de víctimas; pero sin perder de vista la responsabilidad de la persona jurídica como tal, al no dar cumplimiento efectivo al deber de garante en la salvaguarda de bienes jurídicos colectivos y mucho más si afectan el orden económico propiamente dicho.

1. HISTORIA.

1.1 SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

Todo inicia con el principio *societas delinquere non potest*¹ o *societas nemo patitur*, lo cual es una locución latina de origen romana, más derivada del derecho civil en el que trascendieron los romanos, con lo que, se pretende establecer a nivel de principio, que las personas jurídicas no pueden delinquir; pero, decir que las personas colectivas pueden cometer delitos ha sido una cuestión de la visión sobre el concepto de sujeto de Derecho Penal, sobre la acción y la culpabilidad que en cada sociedad ha ido variando en la historia.²

En tiempos anteriores al Iluminismo europeo del siglo XVIII y principios del XIX, y a los principios de Derecho Penal que de ese gran movimiento emanaron, se admitía sin ningún inconveniente la criminalización de los colectivos. En la escuela italiana se admitía la responsabilidad criminal desde Alberto da Gandino en 1290 a Julio Claro en 1575 y por casi todos los glosadores italianos de la baja Edad Media y del Renacimiento.

El jurista Bartolo di Sossaferrato en 1357, afirmaba que las asociaciones tenían una capacidad propia e impropia de delinquir; delinquen propiamente por omisión, y por comisión en actividades propias de su giro o competencia, e impropriamente son capaces de delinquir por graves infracciones a través de sus órganos o miembros. Con Cesare Beccaria se consolida la concepción de la exclusiva responsabilidad penal personal o individual que ha llegado hasta nuestros días, pues la ley francesa de 2-7 de marzo de 1791 suprimió las “corporations”.³

La idea fundamental que consolidó la negación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se inició con la obra de Savigny en la época más liberal. Desde una perspectiva individualista señalaba que las personas colectivas no tenían sustancia o configuración propia, que estaban en realidad compuestas de personas individuales que eran las que en

¹ Término que se ha utilizado como argumento para sostener que la persona jurídica o moral no debe ser objeto de responsabilidad penal.

² Pablo González Sierra. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” (tesis de doctorado, Universidad de Granada, 2012), 114. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20160608_01.pdf

³ Ídem.

realidad tomaban las decisiones y ejecutaban las órdenes, y eran las que, en todo caso, cometan las conductas delictivas; por tanto, las sociedades o asociaciones eran solamente unas ficciones, sin existencia real, que fueron creadas por el derecho para fines específicos, para ser instrumentalizadas y por esas razones veía un contrasentido imponerles alguna pena.

El libro *“Das Deutsche Genossenschaftsrecht”* (Derecho Corporativo Alemán) del civilista Otto von Gierke, considerado la fuente más importante de toda teoría de la responsabilidad corporativa y social del siglo XIX y principios del siglo XX. En su teoría organicista Gierke se opone a Savigny y refuta diciendo que una asociación o colectivo constituye una realidad social innegable que tienen personalidad real, cuyas acciones son imposibles de ser explicadas desde la perspectiva individual.⁴

Franz von Liszt celebra esa tesis llamándola “la doctrina justa” o “concepción justa”, pues veía cómo aconsejable que se castigue a las personas jurídicas y expresaba que “... es recomendable la aceptación de la doctrina (de Gierke) pues, por una parte el acto, detrás del cual se encuentra, no uno o varios individuos, sino una corporación, alcanza una significación distinta y más elevada y por otra parte, es contrario tanto a la justicia como a la política criminal, dejar impune al culpable y cargar exclusivamente la responsabilidad sobre un órgano de voluntad ajena”. Al señalar que las capacidades de las corporaciones en materia penal no son tan distintas a las que tiene en materia civil o mercantil, aseguraba que “... cualquier sociedad puede contratar; puede también celebrar contratos dolorosos o leoninos⁵, o no cumplir los contratos celebrados, de los que se derivan las obligaciones de dar...”.

En síntesis, durante las diferentes etapas históricas se ha discutido mucho sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sea utilizando algún otro tipo de conceptualización para referirse a ellas, como en la legislaciones que según la influencia doctrinaria del momento se determinaba que no eran responsables penalmente y tiempo

⁴ González Sierra, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, 115.

⁵ Expresión utilizada para hacer referencia a un contrato que en términos legales es considerado como abusivo, de modo tal que solo una de las partes obtiene grandes ventajas en relación a las demás intervinientes.

después, con otro tipo de influencia se volvía retomar la idea de la responsabilidad penal de las mismas.

2. CONCEPTUALIZACIÓN Y FUNDAMENTO JURÍDICO RELATIVO A LA PERSONA JURÍDICA Y AL DEBER DE GARANTE.

Al hablar de la persona jurídica, según lo preceptuado en el artículo 52 inc. 2 del Código Civil establece que son “las personas ficticias capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones y ser representadas judicial y extrajudicialmente”; además, esta deberá entenderse como una entidad de derecho privado, pudiendo comprender a las sociedades, asociaciones, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, sociedades de economía mixta o cualquier otro tipo de entidad de naturaleza privada que establezca⁶; por lo que, puede resultar muy amplio para el objeto de análisis que se trata de proponer. A manera de hacer menos confusa la utilización del término o cuando se haga referencia al mismo, entenderemos que hablamos de las “sociedades”⁷, lo cual está plenamente regulado en el Código de Comercio, estableciendo en el artículo 17 que los comerciantes sociales son “todas las sociedades independientemente de los fines que persiguen...”, agregando que la sociedad es “el ente jurídico resultante de un contrato solemne, celebrado entre dos o más personas, que estipulan poner en común, bienes o industria, con la finalidad de repartir entre sí los beneficios que provengan de los negocios a que van a dedicarse”. Siempre en el mismo cuerpo normativo, pero en el artículo 18, se establece que las sociedades se dividen en “sociedades de personas y sociedades de capitales”, claro está, que no realizare un análisis respecto de cada una de ellas, por ser distinto el objeto estudio.

El concepto de sociedad se refiere más bien al hecho de que el socio queda obligado, limitada o ilimitadamente, con relación a terceros, por los actos llevados a cabo por aquellas personas que tienen la facultad de obligar a la sociedad. Puede decirse que en la sociedad existe esta relación externa frente a terceros por lo cual el socio responde por y

⁶ Tomado de la propuesta de Ley sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos. “Transparencia: Ley de responsabilidad de las personas jurídicas”, acceso el 24 de octubre de 2021, <https://www.transparencia.gob.sv/institutions/capres/documents/269511/download#:~:text=La%20responsabilidad%20penal%20de%20las%20personas%20jur%C3%ADdicas%20comprende%20los%20hechos,autorizaci%C3%B3n%20o%20con%20su%20conocimiento.>

⁷ Un punto que vale la pena aclarar es que, en el desarrollo de esta investigación, se utilizarán términos como persona jurídica, sociedad o empresa, que para no recaer en algún tipo de error, se deberá tomar en consideración que se hacen referencia a lo mismo y ser vistos como sinónimos.

como miembro de la sociedad. Además, la sociedad es considerada también como contrato, y como tal debe llenar requisitos formales y esenciales en las obligaciones contractuales (capacidad, consentimiento, objeto y causa). Nace pues de la voluntad de dos o más personas que se reúnen para crear una persona jurídica, nueva y distinta de la de los asociados, y ha de considerarse oneroso por la obligación que contraen de aportar bienes o industria para finalmente obtener beneficios. Si la constitución de la sociedad se hace constar en escritura pública y ésta se inscribe en el Registro de Comercio, nace entonces un ente colectivo considerado como comerciante social, con personalidad jurídica propia, con capacidad para obligarse con cualquier persona y siempre que sus negocios sean lícitos.⁸

Al hablar de la posición de garante, esta se configura por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico determinante de que aquél se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico. De aquélla relación surge para el sujeto, un deber jurídico específico de evitación del resultado. De tal modo que la no evitación del resultado por el garante, sería equiparable a su realización mediante una conducta activa. La mayor parte de los autores fundamentan la posición de garante en la teoría formal del deber jurídico. La existencia de una posición de garante se deduce de determinadas fuentes formales, como lo son: la ley, el contrato y el actuar precedente peligroso, mejor conocida como injerencia.⁹

Además, terminológicamente respecto a este último punto, se habla también de autor en los delitos de comisión por omisión, aunque aquí el sujeto activo no hace lo que en el tipo penal, en el delito o falta que consiste en la producción de un resultado. Se trata, en sentido estricto, no de un sujeto activo, sino de un sujeto omisivo. Los requisitos que debe cumplir alguien para ser considerado autor de un delito en comisión por omisión se derivan de la propia naturaleza de esta forma de imputación. En los delitos de comisión por omisión, junto a la ausencia de la acción debida es preciso que el autor hubiese podido evitar el resultado. Sin embargo, la omisión no cobra relevancia jurídico-penal por el simple hecho de no haber evitado el resultado prohibido. El ordenamiento jurídico lleva aquí una selección entre todas las omisiones que no impidieron el resultado y dota de relevancia jurídico-penal, tan sólo, a las omisiones de quienes se encuentran en una situación tal, que

⁸ Julio Cesar Martínez. *Comentarios sobre el Código de Comercio de El Salvador, Tomo I*, (Textos Jurídicos Universitarios, San Miguel, El Salvador) 72.

⁹ “Tribunal Cuarto de Sentencia de San Salvador, Aspectos de derecho penal, Sentencia de fecha 11/07/02.” <https://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/webIj/Tribunales/Penal2002tribunales.pdf>

fundamenta el deber jurídico de evitar el resultado prohibido. Esto es lo que se llama posición de garante.¹⁰

La posición de garante es la relación especial entre el sujeto y el bien jurídico afectado; es una característica determinante de los delitos omisivos impropios. La relación entre el sujeto con el bien jurídico está determinada por aspectos encuadrados en la normativa vigente u por otras circunstancias determinantes, como la relación de disponibilidad material. La posición de garante toma los medios sociales y normativos para poder vincular el sujeto con el bien jurídico protegido y así fundamentar la estrecha conexión entre ambos.¹¹

Al referirnos a la posición de garante, materialmente es una cercanía entre el omitente y el bien jurídico afectado, dicho de otra manera es un elemento de autoría que caracteriza que el omitente tiene un deber especial, cuya infracción determina la consideración de su omisión dentro del marco penal de los delitos de comisión.

Al garante únicamente le incumbe el cuidado de una fuente de peligro que afecta bienes indeterminados, es decir, se trata de la vigilancia de los peligros creados por las propias acciones u omisiones. Es una realidad que todos los ciudadanos somos libres de realizar nuestras actividades y tareas con el equilibrio de responder por los daños que ello cause a los demás; de tal manera, el deber de actuar solo alcanza a la evitación de resultados adecuados a la fuente de peligro, ya que estos son los únicos que pueden fundamentar la responsabilidad de aquello generado por el comportamiento previo al momento de la acción original.¹²

3. ¿DE QUÉ ES GARANTE LA PERSONA JURÍDICA?

De cara a la responsabilidad penal individual omisiva en la actividad de la empresa importa destacar que existe una posición de garantía del titular de la empresa precisamente por su calidad de emprendedor: porque comienza una actividad productiva. Como esa actividad

¹⁰ María Ángeles Cuadrado Ruiz. “La posición de garante”, Revista de Derecho Penal y Criminología, N° 6, (2000): 1.

¹¹ Estefanía Daniela Acosta, “Estructura dogmática de las omisiones impropias análisis de los elementos objetivos del tipo”, Revista del Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas UNNE, n.3 (2019): 110, <https://revistas.unne.edu.ar/index.php/cum/article/view/4441/4140>

¹² Ídem. 111.

productiva supone riesgos para terceros, quien la inicia será garante de su control, sea por injerencia, sea por mantenimiento de fuentes de riesgo en su ámbito de dominio, en su círculo de organización.¹³ Misma explicación es utilizada para la responsabilidad penal colectiva, o mejor dicho de una sociedad.

En la propia razón de ese deber de garantía están sus límites. El empresario no es garante en relación con todos los peligros que para terceros surjan de su empresa, sino sólo en relación con aquellos que sean expresión de la actividad propia de la empresa y que la catalogan como fuente de peligro, lo que ocurrirá notoriamente con los riesgos laborales o para el medio ambiente, con los que puedan provocar derrumbes o explosiones, o con el riesgo que para la salud de los consumidores pueda suponer el consumo de alimentos, bebidas o fármacos producidos por aquélla, por poner algunos ejemplos. Tampoco parece merecer mayor discusión la posición de garantía de la empresa respecto de las personas, objetos o datos cuyo cuidado se encomienden a la empresa. En este caso la fuente del deber de garantía sería la delegación.¹⁴

3.1 ALCANCE DEL DEBER DE GARANTE DE LA PERSONA JURÍDICA.

Establecer este alcance es hablar por una parte, de la idea que, lo que desencadena la responsabilidad de la persona jurídica es la conducta de los administradores y sujetos asimilados en ejercicio de sus funciones: ya sea por cometer el delito en nombre o por cuenta de la persona jurídica, sea por incumplir sus deberes de supervisión, vigilancia y control. Doctrinalmente se ha denominado a la primera vía “responsabilidad vicarial” (heterorresponsabilidad) y a la segunda “autorresponsabilidad”.¹⁵

En ambas vías subyace también la idea de responsabilidad por falta de supervisión, vigilancia o control es decir: la idea de que la persona jurídica no responderá si en su nivel dirigente cumplió con sus deberes y tareas de supervisión para evitar ese delito. Esta idea se plasma de un modo distinto en cada una de las dos vías de imputación.

¹³ David Baigún, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ensayo de un nuevo modelo teórico* (Buenos Aires: Delapalma, 2000), 94.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Norberto J. de la Mata, *et al, Derecho penal económico y de la empresa* (La Mancha: Dyhinson, 2018), 137.

En el caso de la responsabilidad vicarial (delitos de representantes y personas con capacidad de decisión, organización y control), se destaca esencialmente por atribuirle responsabilidad penal a una persona jurídica por la realización de uno o más delitos por parte de una persona natural dentro de la organización empresarial, basado en ciertos criterios de conexión que pueden variar de sistema a sistema, pero que ordinariamente se trata del grado de responsabilidad que dicha persona natural tiene dentro del ente societario; este sistema se destaca por la transferencia de culpabilidad de la persona natural hacia la persona jurídica, que sólo es comprensible a la luz de la teoría de la ficción de las mismas, toda vez que se entiende que son personas en representación de ese ente moral las que actúan en su nombre, descartando la existencia de voluntad de la persona moral.¹⁶

De modo que en la autorresponsabilidad (delitos de cualquier persona al servicio de la empresa) aparece expresamente como presupuesto de la responsabilidad, sólo cabe atribuir el delito a la persona jurídica si en su nivel dirigente se produjo un incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control; y si ese incumplimiento hizo posible que alguien cometiera el delito en beneficio de la empresa. Es ese incumplimiento en el nivel dirigente el que permite atribuirle el delito a la persona jurídica, pues permite reprocharle a sus órganos de gobierno no haber prevenido lo que podían y debían haber evitado. Entonces, dado que el injusto propio no puede compartirse en coautoría y ha de ser, o bien perteneciente a la persona física, o bien perteneciente a la persona jurídica, los únicos elementos sobre los que construir un injusto autónomo de la persona jurídica tienen que girar en torno a un defecto de organización, de cultura empresarial, de conducción empresarial o de reacción ante el delito.¹⁷

3.2 DELEGACIÓN DE FUNCIONES.

Es normal que todos los deberes que incumben y son exigidos a las empresas sean realizados por personas físicas, al igual que las actividades para el funcionamiento del objeto social. Incluso las empresas con una estructura reducida, para realizar las actividades

¹⁶ Andrés Ortúzar Gjuranovic, “Modelo de atribución de responsabilidad penal en la ley N° 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿culpabilidad de la empresa, heteroresponsabilidad o delito de infracción de deber?” Revista Estudios de la Justicia, N° 16 (2012): 215-216.

¹⁷ Miguel Ángel, Boldova Pasamar, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española” Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXXIII, (2013): 232.

empresariales que les corresponden, realizan una distribución de roles o tareas; esto es así, porque al titular de la empresa o los socios, les es imposible materialmente realizar cada una de ellas y debido a eso se realizan por medio de sus subordinados.

De modo tal que, las tareas y competencias dentro de la empresa se van distribuyendo en todos los niveles jerárquicos, comenzando por los más altos, pasando por los mandos medios, hasta llegar a los niveles más bajos de la estructura empresarial. Es aquí donde surge un importante mecanismo de gestión de la organización denominado como la “delegación de funciones”.

Sin embargo, los principales deberes de garantía que posee el empresario tampoco los ejerce directamente, sino que se apoya en otras personas para poder tener una vigilancia y control de la fuente de peligro que representa la empresa para evitar daños a bienes jurídicos protegidos ajenos; esta delegación de funciones es una necesidad de las organizaciones que responde a la idea de la división de trabajo, pero igualmente a una exigencia de racionalización y efectividad en la tutela de bienes jurídicos.¹⁸

La delegación de funciones es un mecanismo a través del cual el delegante transfiere determinadas competencias que son suyas al delegado, además, no solo se le transfieren estos ámbitos de competencia, sino también la responsabilidad a que haya lugar sobre la gestión de los mismos; en otras palabras, se traspasan también deberes de garantía. La delegación puede realizarse a un determinado subordinado de la organización o a entes externos.

Con la delegación de funciones se produce una transformación de la posición jurídica del delegante y del delegado. Teniendo lugar a dos efectos trascendentes en materia de responsabilidad penal individual, en primer lugar, la delegación produce la creación de un nuevo deber de garantía en el delegado, y en segundo, una modificación (o mutación) del contenido del deber originario del delegante, subsistiendo un deber residual o secundario consistente en la supervisión y control del delegado¹⁹. En este sentido, quien delega prescinde del control inmediato (directo) de la fuente de peligro, que ya está en el ámbito

¹⁸ Juan Francisco, Pozo Torres, “Compliance y posición de garante: imputación de hechos delictivos al compliance officer”, Foro, Nueva Época, Vol. 23, Núm. 1, (2020): 138.

¹⁹ Jesús María, Silva Sánchez, “Deberes de vigilancia y compliance empresarial” , 81.

de competencia del delegado, y al que desde ahora corresponde ejercer una supervisión de la actividad de este último. Para que los efectos de la delegación surjan (creación de un deber nuevo y modificación del contenido del deber originario) es necesario que la misma sea jurídicamente válida; en caso contrario no se darían y para ello no nos sirven simplemente criterios de validez que sean meramente formales o procedimentales, sino que se debe estar a la concreta y real situación en la que se hallen el delegante y el delegado con relación al bien jurídico²⁰. Puede suceder que una delegación esté realizada de manera formal en el entramado societario, pero que se realice en una persona que no sea idónea para cumplir las funciones transferidas o por parte del delegante no se le provea de recursos materiales suficientes para que cumpla sus competencias.

Lascuraín Sánchez, señala que una delegación será válida y surtirá efectos jurídicos cuando el mecanismo de delegación se realice de manera libre, cuando se asuma libremente por parte del delegado y cuando se dote del dominio de la competencia, así como también el de la propia delegabilidad de la función (que no sea algo que no puede delegarse).²¹

Lo que significa que es trascendente el modo en el que se da la delegación, sobre quién recaea la misma (que debe ser persona idónea para cumplir lo transferido), así como la dotación de todos los recursos materiales, personales y financieros para un dominio suficiente del ámbito de competencia delegado. En caso contrario se produciría una invalidez de la delegación y, con ello, una mala gestión de este mecanismo que puede producir riesgos respecto a la responsabilidad penal del delegante.

3.3 LÍMITES EN EL DEBER DE GARANTE DE LA PERSONA JURÍDICA.

Estos están determinados en relación al cambio estructural u organizativo de la empresa (sociedad), permitiendo que la misma goce de ciertos beneficios al momento de tratar de imputar responsabilidad penal, de modo que a continuación se desarrollan algunas de esas formas, siendo por programas de cumplimiento o por la imputación de un hecho propio.

²⁰ Eduardo Demetrio Crespo, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, (Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2017) 91.

²¹ Adrian Nieto Martín (Dir), *Manual de cumplimiento penal de la Empresa. La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales*, (Tirant Lo Blanch, España, 2015) 170.

3.3.1 COMPLIANCE.

La expresión compliance se emplea para designar única y exclusivamente la obligación de las personas jurídicas de establecer mecanismos internos que prevengan que determinadas personas físicas, que ocupan puestos de relevancia o no, pero que al encontrarse al interior de la empresa, puedan realizar conductas de las cuales resulte responsable penalmente la empresa, ya sea porque se valgan de su estructura empresarial para la comisión del hecho delictivo, ya sea porque alguno de los sujetos individuales al interior de la persona jurídica cometa un hecho delictivo, debido a que la empresa no ha prevenido tal realización y ha ejercido el debido control.²²

La autorregulación empresarial, además de tener una función propia dentro del sistema de normas penales o de los ordenamientos jurídicos, ha generado un sistema de aplicación autónomo que ha contribuido a la expansión de los programas de cumplimiento; muchos códigos éticos o normas internas exigen a sus proveedores, por ejemplo, que cuenten con sistemas de cumplimiento homogéneos. Si el cumplimiento normativo, contiene un sistema de enforcement (aplicación) autónomo, las normas internas de la empresa que se integran en los programas de cumplimiento puede ser variados; los sistemas de cumplimiento más comunes, los afluentes son los siguientes:

- Legislación en ámbitos como la prevención de riesgos laborales, la protección de datos, el blanqueo de capitales o el abuso de mercado, el mercado de valores, etc. Estas normativas imponen a las empresas la obligación de adoptar controles internos con el fin de prevenir determinadas infracciones normativas. Aunque de ámbitos legislativos muy dispares, todas estas normas, procedentes de lo que se ha dado en llamar autorregulación regulada, imponen a las empresas: nombrar un responsable para la administración del riesgo, establecer un sistema de documentación, análisis de riesgos, establecer normas de conducta, etc. Esto puede apreciarse de mejor manera en el Derecho administrativo, que es el origen de procedencia de estas regulaciones, aporta buena parte de los elementos comunes o transversales de los programas de cumplimiento.

²² Nieto Martín, Adán. *Compliance y teoría del derecho penal*, 23 <http://www.derechopenalycriminologia.es/wp-content/uploads/2021/02/9788415948001.pdf>.

- Los programas de cumplimiento es el gobierno corporativo, término que tiene una definición tan ambigua como el de compliance, pero que representa un principio de carácter constitucional dentro de la empresa. Básicamente la idea del buen gobierno es que no exista abuso de poder dentro de las corporaciones. La conexión entre buen gobierno corporativo y sistema de cumplimiento es evidente en algunos países como Italia o Chile, donde el legislador exige un órgano independiente para que supervise el funcionamiento de los modelos de organización. Pero más allá de estas concretas plasmaciones legales, resulta evidente que el cumplimiento normativo necesita de la lógica del buen gobierno. Cuando se piensa en cómo controlar a los administradores o a los puestos más elevados de dirección con el fin de que no cometan infracciones resulta imprescindible contar con un órgano independiente del poder empresarial, de otro modo el control sobre la cúpula de la empresa no resulta creíble.
- Códigos éticos, existen en todas las grandes empresas y en donde se recoge su compromiso de lucha contra la corrupción, la condena de prácticas restrictivas de la competencia, la protección de datos, etc. Una de las aportaciones más importantes de los códigos éticos de la última generación es que dejan de ser declaraciones programáticas y tienen carácter obligatorio para los empleados, lo que se traduce en la imposición de sanciones disciplinarias cuando se infrinja el código ético. La vigencia de las normas anticorrupción, de protección de la competencia o blanqueo de capitales no solo se garantiza a través del Derecho penal, sino a través de sanciones que pueden ser incluso más temidas en ocasiones que las penales, como la pérdida del puesto de trabajo. Como puede apreciarse, la ética empresarial ha generado otro cuerpo normativo dentro de la empresa que integra o envuelve a todo el sistema de compliance. Fomentar una cultura de la legalidad en la empresa es imprescindible para que los sistemas de cumplimiento funcionen.

3.3.2 PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO.

Este principio no constituye un obstáculo insalvable para afirmar la posición de garante del empresario, pero, a su vez, del mismo resulta una primera limitación a la misma. Ello se debe a que con carácter general se considera que si un elemento de la empresa

objetivamente no peligroso conduce a un peligro para bienes jurídicos de terceras personas sólo después de su manipulación por parte de quien ejecuta el hecho, la constitución de una posición de garantía iría en contra del principio de responsabilidad por el hecho propio.²³

3.3.2.1 DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS.

En este caso se produce una traslación del correspondiente deber de garantía, y consecuentemente, la liberación de responsabilidad penal, salvo que con la trasmisión de la competencia aparezcan nuevos deberes jurídico-penales bajo la perspectiva de una posible culpa in eligendo, instruendo et custodiendo.²⁴

3.3.2.2 ACTUAR BAJO ÓRDENES Y CAPACIDAD DE DECISIÓN.

Cuando una persona dentro de la estructura de la empresa tiene que obedecer a ciertos mandatos por estar jurídicamente obligada por el cargo que ostenta, pero lo encomendado implica la realización de una acción notoriamente antijurídica, entonces, si este acata ese tipo de mandatos, consecuentemente también obra de manera contraria a Derecho. Ciertamente, lo antes relacionado no inhibe para que la persona que obedece esos mandatos antijurídicos pueda ampararse debido a un estado de necesidad e incluso por existir un error de prohibición.

Si se determina que la conducta típica ha sido desplegada en ejercicio de un derecho y a su vez no se acredita que la misma fue realizada con el ánimo de perjudicar a otro, estaremos una conducta típica no antijurídica y por tanto no podrá clasificarse como delictiva, a contrario sensu, si se acredita que el sujeto actuó con el propósito de perjudicar a otro, sí estaremos frente una conducta típica y antijurídica, situación que deja fuera de responsabilidad penal a aquellas conductas indiferentes que, si bien no se representan en la psique del individuo la finalidad de perjudicar a otro, sí se despliega de manera irresponsable, a pesar de ello se justifica, por no tener la intención de perjudicar a otro, pese a que cuenta con el conocimiento de que su actuar está sobrepasando los límites del riesgo permitido, con lo cual sin duda se pone en riesgo a todo el colectivo, por lo que sí debe preocupar a todos. Teniendo en cuenta que un elemento importante en este tipo de actuar es

²³ Demetrio Crespo, Eduardo. *Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados*, 22.

²⁴ Ídem.

la capacidad de decisión que tiene el sujeto dentro de la empresa, pero esta capacidad enfocada a la determinación de si la conducta o acto a ejecutar, es o no contrario a derecho, ya que puede realizar una valoración de lo que puede ser el resultado de la acción, concluyendo éste en su psique si el resultado afectaría a otros bienes jurídicos protegidos, por lo que, claramente queda a elección del sujeto la realización de algunos ordenados por el sujeto que se encuentra en una posición de superioridad en la estructura organizativa de la empresa.

4. INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE GARANTE.

Al verse quebrantada la obligación de protección de bienes jurídicos con conductas omisivas o de resultado, lo que genera algún tipo de responsabilidad y más aún, si esa responsabilidad recae en la persona jurídica propiamente dicha, que conducta corresponde tomar o cual es el paso a seguir, esos son cuestionamientos que la persona física que realiza la acción típica debe de analizar; ya que por un lado puede también tener una responsabilidad individual en el cometimiento de un ilícito o puede considerarse un cómplice al saber que la orden que ejecuta es contraria a derecho o a las buenas costumbres; verdaderamente, es una consideración un poco compleja si mezclamos la estabilidad laboral que pretende tener una persona física dentro de una empresa, ya que por motivaciones psíquicas, económicas, sociales u otras, puede incurrir en la lesión de un bien jurídico protegido y más si este tiene el carácter de colectivo.

4.1 OBLIGADOS A DENUNCIAR:

Como previamente se ha dicho, las motivaciones para la comisión de delitos son de distintos tipos, pero, al concretarse la lesión a bienes jurídicos colectivos por parte de una persona jurídica, ¿cuál será el modo de proceder en esos casos?, inicialmente hay que determinar la vía por la cual se ha conocido que existe el cometimiento de un delito, ya que él mismo pudo haber sido determinado por un funcionario público en una inspección realizada por la dependencia correspondiente de un Ministerio como puede ser el de Salud, Hacienda, Medio Ambiente, Trabajo, u otra entidad que tenga funciones de vigilancia o verificación otorgadas por la Ley y que determine el posible cometimiento de un delito, realizando la respectiva denuncia para que se realice el correspondiente procedimiento

investigativo; asimismo, está obligado a denunciar el que haya presenciado el cometimiento de un hecho delictivo, por lo que, los que integran la empresa o tengan algún tipo de vínculo con la misma pueden denunciar cuando existan lesiones a bienes jurídicos protegidos, llámense estos empleados, socios, deudores, acreedores, consumidores, los afectados u otros; al referirse a los empleados se engloba todo aquel que trabaja para la persona jurídica, sin importar cuál sea su posición en la estructura organizativa de la misma.

La responsabilidad de denunciar que recae sobre aquellos que tienen el carácter de socios dentro de una empresa es más complejo ya que la responsabilidad penal de la persona jurídica puede afectarlos directamente de manera económica; aunque pueden converger otros tipos de aspectos relevantes que serán abordados.

4.1.1 SOCIOS.

Esta connotación es aplicable a aquellos que tienen poder en la toma de decisiones en una sociedad, que ha sido a raíz de su aportación para la creación o para el crecimiento de una sociedad, adquiriendo derechos y obligaciones por formar parte de la misma, asumiendo las ganancias o mejor dicho los dividendos, que puedan generarse en el tráfico mercantil según el giro comercial, así como, también las pérdidas que puedan generarse dentro de un período fiscal; los socios podrán tener responsabilidad limitada o ilimitada, según el tipo de constitución de sociedad.

4.1.1.1 RESPONSABLES PENALMENTE.

En una sociedad encontramos, por un lado, las personas que participan en la toma de decisiones, por otra, las que ejecutan los actos y, también, las que se encuentran encargadas del control y la vigilancia; los encargados de tomar las principales decisiones directivas son los socios, responsables de las decisiones y directrices que tomen en asamblea los asociados o accionistas, pero de forma muy especial, ya que en todas ellas se sigue una regla general en la imputación de responsabilidad por la toma de decisiones, que es la siguiente: “quién

no se oponga a una decisión ilícita, y además no haga nada para corregirla, será responsable por los resultados que se produzcan en desarrollo de esa decisión”.²⁵

Para que un socio pueda eximirse de responsabilidad por la toma de una decisión ilícita debe oponerse a la misma y, a su vez, realizar todos los actos tendientes para dejarla sin efecto.

Se configura una responsabilidad de acción, cuando se aprueba una decisión que es ilegal, y una responsabilidad por omisión, en caso de que no realice las acciones tendientes a dejar la decisión sin efectos, esta última obligación hace que los socios ausentes en una asamblea general sean responsables si omiten realizar las acciones pertinentes para dejar sin efecto la decisión ilegal, después de conocerla, puesto que se entiende como un asentimiento o colaboración de la ilegalidad.²⁶ En igual sentido, se opera en la responsabilidad de los miembros de la junta directiva, cuando en sus reuniones se adopten medidas administrativas ilegales.

4.1.1.2 VICTIMAS.

Si se ha determinado que la toma de decisiones se realiza en las juntas de accionistas, ya sean ordinarias y extraordinarias, siendo que, si se toma una decisión que carezca de legalidad, el socio que no comparta tal decisión debe pronunciarse al respecto para no incurrir en responsabilidad en este caso de tipo penal, esto bajo los supuestos que el funcionamiento y dirección de la sociedad es determinado en las juntas, en esos casos la responsabilidad será directa para los que con sus decisiones lesionen bienes jurídicos colectivos.

En contraposición con lo anterior, cuando una sociedad (como persona jurídica) lesiona de alguna manera bienes jurídicos colectivos por el incumplimiento del deber de garante que se tiene, que claramente debe llevarse a cabo por los dependientes que trabajan en el seno de la sociedad y que deberían de garantizar el buen funcionamiento de la misma, cumpliendo con el ordenamiento jurídico vigente. La responsabilidad penal de la persona jurídica y mucho más la imposición de una pena a la misma, generaría además del

²⁵ Jorge Arturo, Abello Gual, “La delincuencia empresarial y la responsabilidad penal del socio”, Panorama, N° 7, Derecho (2009):75-76. <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/4780052.pdf>.

²⁶ Ídem, 76.

cometimiento de un hecho delictivo, la afectación directa en el patrimonio y prestigio que puedan tener los socios que la integran, quedando estos en una indefensión a pesar de no ser los responsables directos y consecuentemente podrían pasar a ser víctimas por la lesión a sus derechos.

4.2 IMPUTACIÓN DE UNA PENA A LA PERSONA JURÍDICA.

En una empresa incumplir el deber de garante y tener como resultado la lesión de bienes jurídicos, en consonancia con todo lo expuesto en el desarrollo de esta investigación implica que, la responsabilidad de la persona jurídica no sustituye necesariamente a la de la persona física, sino que puede acumularse a ella; es decir que, por la comisión de un delito pueden responder tanto la persona física como la persona jurídica, asimismo, es posible, que únicamente responda la persona jurídica a pesar de una exención de responsabilidad que pudiera corresponder a la persona física; de la misma manera, pueden responder de un mismo delito una pluralidad de personas físicas y personas jurídicas²⁷, entendiéndose que puede darse la exención ya previamente expuesta.

Algo muy criticado es que la responsabilidad penal de la persona jurídica, no es directa ya que no realiza un tipo, sino que verdaderamente es necesario que una persona física haya cometido el delito, pero no se exige que esta sea responsable penalmente del mismo, esto es así, por la determinación de la responsabilidad por hechos ajenos. Por tal razón, no se reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas porque de manera directa puedan cometer un delito, sino porque otras personas, como lo son las físicas, delinquen por, para o a través de ellas. Por lo es claro que estamos ante un sistema de heterorresponsabilidad, también llamado de responsabilidad vicarial o por transferencia. Otro punto muy importante es el de la tipicidad en las hipótesis de responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que también viene dada por el tipo realizado por la persona física en conjunción con los hechos de conexión, que también están a cargo de la persona física; y, otro elemento, es que no existe un hecho típico propio de la persona jurídica, por lo que, se toma en cuenta el hecho típico de la persona física en conexión con aquella.²⁸ Por lo que,

²⁷ Boldova Pasamar, Miguel Ángel. “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española”, 236.

²⁸ Boldova Pasamar, Miguel Ángel. “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española”, 237-238

la imputación de responsabilidad penal, la pena o la determinación de la misma, tenderá a variar, ya que, no existen delitos específicos imputables a la persona jurídica, si no que responderá por el delito cometido por la persona física, de igual manera la naturaleza de la pena será diferente, por ser inviable la aplicación de penas privativas a la libertad ambulatoria a las personas jurídicas.

CONCLUSIONES.

El deber de garante que tiene la persona jurídica es bastante complejo, pero muy importante y delicado, ya que su incumplimiento deviene en la lesión de bienes jurídicos colectivos, a la vez no importa el grado de responsabilidad que tenga una persona física dentro de la estructura organizativa de una empresa, siempre está obligada al cumplimiento de la normativa vigente y aún más en materia penal, ya que como se ha venido mencionando, la responsabilidad puede recaer también en la persona física y no solo en la persona jurídica, claro que, es algo que también tendrá que regularse por no existir una ley que determine o controle el actuar de las personas jurídicas; ya que me he limitado a tratar de plasmar una idea si existiera en nuestra normativa la imputación de delitos a la persona jurídica.

Como anteriormente lo he mencionado, la responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene que ser regulada por una Ley especial, en la cual se determine además el deber de garante, la protección de bienes jurídicos colectivos e individuales que pueden ser objeto de lesión por las actividades propias o impropias de la persona jurídica; necesariamente tendría que regularse por medio de una Ley especial el sistema de penas a imponer a las personas jurídicas, que desde mi perspectiva debe de ser de carácter particular o llamémoslo específico para la persona jurídica y así evitar que la misma adolezca de ser una ley penal en blanco, esto, sin que se dé una afectación directa a los socios y que en caso de darse que sea lo menos gravosa para los mismos; siempre que estos, no hayan tenido conocimiento previo y no hayan podido evitar el actuar delictivo; de tener conocimiento los mismos o al determinar la responsabilidad penal de la persona física, se debe de aplicar lo preceptuado en el código penal y leyes especiales vigentes, según el tipo de delito.

Nuestro sistema político al ser muy frágil, específicamente por los cambios muy frecuentes en la correlación de fuerzas legislativas es muy complicado dar seguimiento a iniciativas

que no hayan sido formuladas por los que actualmente forman parte del pleno legislativo, si bien, existieron algunos avances al someter a estudio la propuesta de Ley sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos, ya no tenemos conocimiento sobre una propuesta que solviente esta deuda. Es comprensible que a la luz de la doctrina es muy complicado imputar responsabilidad penal a la persona jurídica, pero es bueno recordar que el derecho es cambiante y que debe de apegarse a la realidad social de un país, por lo que, considero que falta mucho para tener un sistema eminente justo, pero falta poco, para intentar mejorarlo.

BIBLIOGRAFÍA.

Baigún, David, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ensayo de un nuevo modelo teórico. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000.

Burgueño Duarte, Luz Berthila. Autoría penal por responsabilidad colectiva: más allá del injusto individual. Primera edición. Serie Doctrina jurídica, núm. 848. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.

Mata, Norberto J. de la, Jacobo Dopico Gómez-Aller, Juan Antonio Lascurain Sánchez, y Adán Nieto Martín. Derecho penal económico y de la empresa. Madrid: Dykinson, 2018.

Serrano Piedecabras, José Ramón, Cuestiones actuales de derecho penal empresarial. Madrid: Colex, 2010.

Cuesta Arzamendi, José Luis de la, Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal. Cuenca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2001.

Alberdi, Francisco Orts. Delitos de comisión por omisión. Buenos Aires: Ediciones Ghersi, 1978.

Molina López, Ricardo. Temas de Derecho penal económico y patrimonial. Medellín: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 2018.

Demetrio Crespo, Eduardo y Dino Carlos Caro Coria. Derecho penal económico y teoría del delito: imputación objetiva y compliance penal. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020.

Cuba Vargas, Gilberto Bernardo. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y de los empresarios”. Revista de Actualidad Jurídica La Tribuna del Abogado, año V (2014): 197-212.

Boldova Pasamar, Miguel Ángel. “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española”, Estudios Penales y Criminológicos, V.XXXIII (2013): 219-263.

Demetrio-Crespo, Eduardo. “Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas”. Revista del Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho penal económico (2010): 1-27.

Demetrio-Crespo, Eduardo. “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”. Revista del Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho penal económico (2008): 1-25.

Foffani, Luigi. “Escándalos económicos y reformas penales: prevención y represión de las infracciones societarias en la era de la globalización”. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, nº 1 (2013): 189-203.

Rueda Martín, María Ángeles. “Sobre la necesidad de exigir una posición de garante para atribuir una responsabilidad penal”. Revista para el análisis del derecho (2015): 1-22.

Núñez Castaño, Elena. “Seminario internacional los delitos imprudentes en el ámbito empresarial”. Revista de Estudios de la Justicia, nº10 (2010): 157- 173.

González Sierra, Pablo. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Tesis doctoral. Universidad de Granada, 2012.
http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20160608_01.pdf

“Transparencia: Ley de responsabilidad de las personas jurídicas”, acceso el 24 de octubre de 2021.
<https://www.transparencia.gob.sv/institutions/capres/documents/269511/download#:~:text=La%20responsabilidad%20penal%20de%20las%20personas%20jur%C3%ADdicas%20comprende%20los%20hechos,autorizaci%C3%B3n%20o%20con%20su%20conocimiento.>

Aspectos de derecho penal, Tribunal Cuarto de Sentencia de San Salvador, Sentencia de fecha 11/07/02.
<https://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/webIj/Tribunales/Penal2002tribunales.pdf>

Estefanía Daniela Acosta, “Estructura dogmática de las omisiones impropias análisis de los elementos objetivos del tipo”, Revista del Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas UNNE, n.3 (2019): 110,
<https://revistas.unne.edu.ar/index.php/cum/article/view/4441/4140>

Norberto J. de la Mata, Jacobo Dopico Gómez-Aller, Juan Antonio Lascuráin Sánchez, y Adán Nieto Martín. Derecho penal económico y de la empresa. La Mancha: Dyhinson, 2018.