

**APROXIMACIÓN A LOS MODELOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS
PERSONAS JURÍDICAS.**

JAVIER CAMILO AMADOR PERILLA

Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

Facultad de Jurisprudencia

2012

INTRODUCCIÓN.

Uno de los temas más debatidos en la dogmática jurídico – penal que tiene mayor relevancia en la actualidad se concentra en la sociedad del riesgo y sus consecuencias en el desarrollo del Derecho penal moderno debido a las características que ésta tiene. Así, menciona la doctrina que esta sociedad se caracteriza en primer lugar porque se general nuevos riesgos que afectan a un gran número de personas¹, se encuentran grandes problemas para imputar esos riesgos a quienes los originan ya sean personas naturales o jurídicas² y por último, resulta en algunos casos bastante complejo especificar los riesgos. Sobre esto se menciona: “La “*sociedad del riesgo*”- como ya apuntamos- es aquella en la cual los riesgos aluden a daños que no se pueden delimitar, daños que son, a su vez, globales y, a menudo, irreparables; los cuales afectan a todos los ciudadanos, y emergen como producto de decisiones humanas.”³

Y es que es evidente que en la actualidad la comunidad ha adquirido gran interés por aspectos que antes no representaban ningún peligro para las personas. Situación que resulta obvia ya que los avances tecnológicos, científicos y en general de todas las áreas del conocimiento producen consecuencias en la sociedad que no son ajenas al Derecho penal. En relación con este aspecto menciona el profesor Silva Sánchez: “*El derecho penal es un*

¹ Castro, Carlos Guillermo; Henao Cardona, Luis Felipe; Balmaceda Hoyos, Gustavo. *Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Primera edición, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009, p. 26 y ss.

² Castro, Carlos Guillermo; Henao Cardona, Luis Felipe; Balmaceda Hoyos, Gustavo. *Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Primera edición, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009, p. 27.

³ Castro, Carlos Guillermo; Henao Cardona, Luis Felipe; Balmaceda Hoyos, Gustavo. *Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Primera edición, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009, p. 44.

instrumento cualificado de protección de bienes jurídicos especialmente importantes. Sentado esto, parece obligado tener en cuenta la posibilidad de que su expansión obedezca, al menos en parte, ya a la aparición de nuevos bienes jurídicos -de nuevos intereses o de nuevas valoraciones de intereses preexistentes- (...) Por un lado, cabe considerar la conformación o generalización de nuevas realidades que antes no existían -o no con la misma incidencia- y en cuyo contexto ha de vivir la persona, que si ve influida por una alteración de aquellas; así, a mero título de ejemplo, las instituciones económicas del crédito o de la inversión.”⁴

Sin lugar a dudas, las características dadas en la anterior definición se han visto reflejadas en la realidad del mundo actual. Son numerosos los ejemplos de gran connotación a nivel mundial que al respecto pueden darse, como por ejemplo el célebre caso de la firma auditora *Arthur Andersen*⁵, que finalmente salió absuelta de su problema judicial⁶. Recientemente se ha presentado el caso del banco HSBC, el cual ha sido acusado de lavado de activos⁷. Pero para no ir tan lejos, existen casos en Colombia en donde queda en

⁴ Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Editorial Civitas, Madrid, 2001, p. 25.

⁵ Arthur Andersen era una firma encargada de auditar las cuentas de la empresa Enron. Fue acusada de “persuadir de manera corrupta a sus empleados”. Al respecto se menciona: “... Odom (socio de la auditora) instó a todo el mundo a que cumpliera con la política de retención de documentos de la empresa, añadiendo: “Si se destruyen siguiendo nuestra política habitual, y al día siguiente nos demandan, será estupendo... Nosotros hemos seguido nuestra propia política, y cualquier cosa que existiera que pudiera ser de interés para alguien, ha desaparecido y es irre recuperable.”. En: Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española.*, editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 249.

⁶ http://www.abc.es/hemeroteca/historico-01-06-2005/abc/Economia/el-supremo-estadounidense-absuelve-a-arthur-andersen-por-el-caso-enron_202852909154.html Consultada el día 3 de julio de 2012.

⁷ <http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/contaminacion-de-funza-es-culpa-del-alcalde/20090806/nota/857262.aspx> Consultada el día 20 de julio de 2012.

evidencia que las consecuencias de la denominada sociedad del riesgo también nos afectan. Tal es el caso de la multinacional Big Cola, cuyo actuar generó un problema ambiental en la zona de Funza⁸, afectando gravemente a la comunidad. Todos estos casos tienen en común que personas jurídicas se han visto involucradas en la comisión de conductas punibles, lo cual representa un gran problema a la hora de hacerles la respectiva imputación.

En el contexto anteriormente planteado, se justifica la elaboración de este escrito, pues como se mencionará en el desarrollo del mismo, el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha cobrado más relevancia en la actualidad debido a que se presentan diversos casos como los anteriormente mencionados, generando gran debate entre los tratadistas del Derecho penal y los mismos operadores jurídicos.

En este orden de ideas, en primer lugar se realizará un breve desarrollo histórico, en donde se hará referencia a las posiciones adoptadas por la doctrina sobre la admisión o no de la responsabilidad penal de personas jurídicas, destacando sus posiciones básicas sobre el tema.

En segundo lugar, se abordará las teorías propuestas mediante las cuales se ha planteado la posibilidad de imputar o hacer responsable penalmente a una persona jurídica. Entre estas se destaca el modelo constructivista que posibilita imputar a la persona jurídica por el hecho propio de esta y el modelo de la culpabilidad por defecto de organización, que también permite hacer responsables a estos entes por sus propias actuaciones. Como característica esencial de estos modelos se encuentra que se trata de sistemas de

⁸ <http://www.cnnexpansion.com/economia/2012/07/17/lavado-de-dinero-en-hsbc-desde-bital> Consultada el día 3 de julio de 2012.

autorresponsabilidad, en donde es la empresa la misma responsable por sus propios hechos.

De otra parte, se hará la descripción del modelo de responsabilidad por atribución. Este modelo se caracteriza por ser de heterorresponsabilidad, es decir, se tiene en cuenta las actuaciones de las personas físicas que actúan en la empresa, ya sea cualquier empleado o los que conforman sus órganos directivos. Se hará referencia especialmente al modelo estadounidense, pero además se tendrán en cuenta algunos elementos aplicados en las diferentes legislaciones que consagran este sistema.

En tercer lugar se hará una descripción del modelo alemán, esto porque a pesar de ser un país donde la producción académica es prácticamente la doctrina dominante en materia penal a nivel mundial, el sistema legal no admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de ahí la importancia de conocer que solución se ha establecido para resolver esta situación.

Finalmente se analizará el actual modelo colombiano, teniendo en cuenta que no existe un sistema legal para atribuir responsabilidad penal a las empresas, pero que se han realizado esfuerzos por detener o aplicar consecuencias en los casos donde pueda llegarse a constatar que la lesión de bienes jurídicos ha sido desarrollada con ocasión de la actividad de estos entes.

RESUMEN.

En la presente monografía se pretende hacer una descripción de los diferentes modelos propuestos para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas. Entre estos modelos se encuentran los que proponen sistemas de autorresponsabilidad, es decir, teniendo en cuenta únicamente las actuaciones de la propia empresa. De otra parte, se hace referencia al modelo de heterorresponsabilidad, en el cual se tiene en cuenta las actuaciones de las personas físicas que actúan a nombre de la empresa. Se hace además una breve referencia al modelo alemán, el cual no consagra sanciones penales, sino de carácter administrativo.

Finalmente se hace referencia a la situación actual de la responsabilidad penal de personas jurídicas en Colombia.

ABSTRACT.

In this paper is intended to provide a description of the various models proposed for attributing criminal liability to legal persons. Among these models are the proponents of self-responsibility systems, considering only the actions of the company. Furthermore, referring to hetero responsibility model, this takes into account the activities of individuals acting on behalf of the company. It also makes a brief reference to the German model, which does not establish criminal penalties, but administrative. Finally, referring to the current state of the criminal liability of legal persons in Colombia

APROXIMACIÓN A LOS MODELOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS.

Con ocasión de la discusión sobre la admisión o no de la responsabilidad penal de personas jurídicas se han propuesto diversos modelos o teorías para responder a los postulados mediante los cuales se ha negado que las personas jurídicas puedan ser responsables penalmente. En este sentido, son tres teorías que han cobrado gran relevancia debido al profundo estudio y análisis que los autores han desarrollado sobre esta materia e inclusive su implementación en varios sistemas jurídicos. Se destacan la teoría constructivista, la teoría del defecto por organización y la teoría de la responsabilidad por atribución. Antes de hacer su respectivo desarrollo conviene tener en cuenta algunos aspectos históricos.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

La discusión sobre admitir o no la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido un tema analizado desde inmemorables tiempos. En primer lugar se intentó resolver el problema de colectividades en la comisión de un hecho delictivo. Así por ejemplo se dice que en épocas del Derecho penal primitivo se castigaba a miembros de familias cuando alguno participara en algún delito⁹.

⁹ Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, novena edición, editorial Reppertor, Barcelona, 2011, p. 200.

Sin embargo, la generalidad apuntaba a que no era posible que las personas jurídicas respondieran penalmente. En este sentido, cabe destacar lo adoptado en el derecho romano. Para ellos aplicaba la célebre máxima “*societas delinquere non potest*”. En este sentido, MOMMSEN señala: “*No tenían tampoco capacidad penal aquellos sujetos jurídicos a los cuales no era aplicable el concepto de moralidad. Así sucedía con toda comunidad de varias personas, aun en el caso en que el Estado hubiera concedido a las mismas capacidad jurídica.*”¹⁰

De igual forma, en la edad media se siguió con esta tendencia. Tal es el caso de lo expuesto por FEUERBACH, quien afirma: “*En un crimen que hubiesen cometido todos o la mayor parte de los miembros de una colectividad, la pena no puede alcanzar a la colectividad como tal, sino limitarse únicamente a los individuos culpables.*”¹¹

La doctrina más desarrollada también encuentra dificultades a la hora de atribuir responsabilidad penal a los entes jurídicos. Así por ejemplo, ROXIN descarta que las personas jurídicas puedan tener capacidad de pena, solo reconoce que puedan ser sancionadas mediante otras áreas del Derecho. Al respecto afirma: “*El legislador debe recurrir a la contravención y a la multa administrativa, en vez de a la incriminación y a la pena, cuando la perturbación social pueda anularse con la sanción menos onerosa (por evitar la pena de prisión y en todo caso los antecedentes penales) del derecho contravencional mejor o tan bien como con la pena. A veces queda descartada de*

¹⁰ Mommsen, Teodoro. *Derecho penal romano*. Editorial Temis, Bogotá, 1991, p. 52

¹¹ Feuerbach, H. A. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 127. La explicación de esta postura surge a raíz de aplicar a las personas jurídicas la teoría de la ficción. En: Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, novena edición, editorial Reppertor, Barcelona, 2011, p. 194.

antemano la pena como sanción: puesto que la misma solo se les puede imponer a los hombres, las personas jurídicas y las agrupaciones de personas sólo pueden ser sancionadas con multas contravencionales.”¹²

De igual forma, ROXIN tampoco les reconoce capacidad de acción. En tal sentido menciona: *“Finalmente, el concepto de acción tiene el cometido de excluir todo lo que, de antemano e independientemente de la configuración cambiante de los tipos, no se toma en consideración para un enjuiciamiento jurídicopenal: así, sucesos causados por animales, actos de personas jurídicas, meros pensamientos y actitudes internas (...) En este punto se habla del “significado práctico” de la acción como “elemento límite”, o de su “función de delimitación”.*”¹³

En un mismo sentido se encuentra la postura del profesor JESCHECK. Este autor no reconoce una capacidad de acción de las personas jurídicas y tampoco la capacidad de culpabilidad de éstas, pues según él, actúan a través de sus órganos: *“Las personas jurídicas y las asociaciones de personas sólo tienen capacidad de actuar por medio de sus órganos por lo que no pueden ser castigadas por sí mismas. Además, frente a ellas la desaprobación ético-social que reside en la pena no posee ningún sentido, porque un reproche culpabilístico sólo puede alzarse frente a personas individuales responsables y no frente a miembros no intervinientes o frente a una masa patrimonial. La punibilidad de colectivos de personas es incompatible con la estructura teórica del Derecho penal alemán,*

¹² Roxin, Claus. *Derecho penal parte general. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Civitas, Madrid, 2008, p. 71 – 72.

¹³ Roxin, Claus. *Derecho penal parte general. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Civitas, Madrid, 2008, p. 234 – 235.

especialmente con los conceptos de acción y de culpabilidad.”¹⁴

Pese a lo anterior, el mismo autor propone que para las personas jurídicas sea construido otro sistema, aunque reconoce también que no es necesario porque existen medidas que pueden ser efectivas. En todo caso no considera correcto que las personas jurídicas se beneficien por los delitos cometidos por sus representantes. Es por esto que afirma: “*El legítimo objetivo político-criminal de que los entes colectivos con patrimonios jurídicamente autónomos pierdan los beneficios obtenidos a través de los delitos cometidos por sus órganos, debe y puede ser alcanzado de un modo distinto al de la pena (comiso, pérdida de la ganancia y retirada del sobreprecio).*”¹⁵

Por su parte el profesor JAKOBS también niega la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esta situación la sustenta en el sentido de que estos entes no tienen capacidad de culpabilidad, pues no se determinan a partir de la conciencia. Sobre esto resalta: “*(...) el concepto de culpabilidad, que ha sido desarrollado para las personas naturales y que constituye la identidad de éstas a partir de la uniformidad de la conciencia atribuida, no puede alargarse o deformarse para abarcar también a las personas jurídicas cuya identidad se garantiza por medio de su constitución.*”¹⁶

El profesor EUGENIO RAÚL ZAFFARONI tampoco admite que las personas jurídicas

¹⁴ Jescheck, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal Parte general*. Comares, Granada, 2002, p. 243.

¹⁵ Jescheck, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal Parte general*. Comares, Granada, 2002, p. 244.

¹⁶ Jakobs, Gunther. ¿Punibilidad de las personas jurídicas? En: *El funcionalismo en Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 340. Esta afirmación la sustenta el profesor Jakobs con base en lo siguiente: “*Sin embargo, la identidad de la persona jurídica, a diferencia de la de la persona natural, no se determina a partir de la conciencia sino a partir de la unidad de su constitución. Permanece invariable incluso cuando cambian los órganos (...)*” p. 340.

puedan cometer delitos. Esto porque tales entes, según él, no tienen capacidad de conducta en el ámbito penal¹⁷. Señala además que los actos de estos entes sólo son asimilables metafóricamente a los realizados por personas naturales¹⁸. En consecuencia de esto el profesor ZAFFARONI solo admite que las personas jurídicas sean sancionadas a través de normas del Derecho civil o del Derecho administrativo¹⁹.

Sin embargo, se ha dado respuesta a estas dificultades. Se ha admitido por otro sector de la doctrina que efectivamente las personas jurídicas tienen capacidad de acción y de culpabilidad²⁰. El argumento consiste en que no es posible considerar que sólo hay un concepto único válido de acción y de culpabilidad, además de que los existentes sólo son aplicables a personas físicas, lo cual al ser aplicados a personas jurídicas, sería metodológicamente incorrecto²¹.

Resulta de gran importancia además el hecho de que organismos internacionales hayan exigido a través de tratados la implementación de un sistema de responsabilidad penal para personas jurídicas. Tal es el caso de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional del año 2000, (cuyo propósito es, según el artículo 1 de la misma, “*promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la*

¹⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Estructura básica del Derecho penal*. Ediar, Buenos aires, 2009, p. 70.

¹⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Estructura básica del Derecho penal*. Ediar, Buenos aires, 2009, p. 70.

¹⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Estructura básica del Derecho penal*. Ediar, Buenos aires, 2009, p. 71.

²⁰ Zugaldía Espinar, José Miguel. La admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: un pilar básico del moderno derecho penal económico. En: AA. VV. *Estudios de Derecho penal económico*, Editorial Livrosca, Caracas, 2002, p. 144.

²¹ Zugaldía Espinar, José Miguel. La admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: un pilar básico del moderno derecho penal económico. En: AA. VV. *Estudios de Derecho penal económico*, Editorial Livrosca, Caracas, 2002, p. 144.

delincuencia organizada transnacional”), que en su artículo 10 establece: “*Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves²² en que esté involucrado un grupo delictivo organizado²³, así como por los delitos tipificados con arreglo 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención.*”²⁴

Como se ha podido observar, los problemas que afronta la admisión de la responsabilidad penal de la persona jurídica se centran en tres aspectos, que estos entes no tiene capacidad de acción, de culpabilidad y de pena. Es por esta situación que la estructura de los modelos de responsabilidad penal de personas jurídicas centran sus esfuerzos en delimitar cada uno de estos conceptos y hacerlos atribuibles a las empresas, para poder superar las críticas y plantear una solución a la problemática criminal que se vive en la sociedad postmoderna.

2. MODELO CONSTRUCTIVISTA DE AUTORRESPONSABILIDAD.

El desarrollo del modelo constructivista²⁵ de responsabilidad penal de las personas jurídicas

²² El artículo 2 de la misma Convención define los delitos graves así: “*Por “delito grave” se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave*”

²³ El artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas del año 2000 define a los grupos delictivos organizados de la siguiente manera: “*Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.*”

²⁴ Los delitos a los que hace referencia la Convención, tipificados en la misma son: participación en un grupo delictivo organizado, blanqueo del producto del delito, corrupción y obstrucción a la justicia.

²⁵ La denominación dada a este modelo surge de tomar como fundamento la teoría de los sistemas sociales que según esta teoría sirve para superar el problema de que las categorías modernas del derecho penal

parte dos presupuestos a saber: su compatibilidad con los principios del Derecho penal moderno y la imputación de responsabilidad a la empresa por el hecho propio. En primer lugar se busca que en la implementación de un sistema de responsabilidad penal para empresas “(...) *deben tenerse muy en cuenta tanto los fines que se persiguen con ello como la compatibilidad que puede alcanzarse con los principios fundamentales del Derecho penal moderno. Y es que, si no se procede de esta manera, se corre el riesgo o bien de introducir una regulación inadecuada desde el punto de vista político-criminal, o bien de sentar las bases de una institución inapropiada desde la perspectiva científico-penal.*”²⁶

En segundo lugar, se establece la necesidad de hacer responsable penalmente a una empresa por su hecho propio, es decir, sin tener en cuenta las actuaciones de sus miembros o representantes. Sobre esto menciona el profesor GÓMEZ – JARA: “(...) *se propondrá un modelo de autorresponsabilidad penal empresarial, que lejos de basarse en determinadas actuaciones de personas físicas, se fundamente en la esencia de la propia organización empresarial.*”²⁷

Con base en los dos puntos anteriormente mencionados el modelo constructivista desarrolla

están hechas para individuos, más no para empresas.. Sobre esto dice el profesor Gómez- Jara: “*De los diferentes paradigmas filosófico-sociales que existen en la actualidad, el modelo constructivista escoge, como su propia denominación indica, el del constructivismo operativo, corriente epistemológica de la teoría de los sistemas sociales autopoieticos.*” En: “Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española.* editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 13.

²⁶ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española.* editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 8.

²⁷ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española.* editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 10 – 11.

sus planeamientos teniendo en cuenta los elementos o instituciones propias del Derecho penal individual, para así respetar los principios del Derecho penal moderno y además poder fundamentar su modelo de responsabilidad por el hecho propio. Esto mediante el concepto de equivalentes funcionales.²⁸ Es así como, a partir de esos postulados se hace la construcción del modelo, haciendo referencia a instituciones como lo son la imputabilidad, la culpabilidad y la pena. Elementos desarrollados para el Derecho penal individual, pero que fundamentan también la responsabilidad penal de personas jurídicas.

2.1. LA IMPUTABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

Es importante resaltar, que el modelo constructivista sienta sus bases en la teoría de los sistemas, cuyo máximo exponente es el profesor NIKLAS LUHMANN. Esta teoría estudia los sistemas como una realidad y cómo funcionan y se comportan en ésta. En este sentido se indica: “(...) en el caso de la teoría de los sistemas, se refieren al mundo real. El concepto de sistema designa lo que en verdad es un sistema y asume con ello la responsabilidad de probar sus afirmaciones frente a la realidad.”²⁹. Como consecuencia del análisis de los sistemas en primer lugar esta teoría define la forma cómo los sistemas

²⁸ Por ejemplo, en relación con la culpabilidad menciona el profesor Gómez – Jara: “Pues bien, ante esta difícil situación la forma de abordar la problemática que adopta el modelo constructivista es construir un concepto empresarial que, si bien no sea idéntico al concepto de culpabilidad individual, resulte funcionalmente equivalente. Es decir, conforme al modelo constructivista, culpabilidad empresarial y culpabilidad individual no son iguales, pero si funcionalmente equivalentes.” En: Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 40 – 41.

²⁹ Luhmann, Niklas. *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Editorial Anthropos – Centro Editorial Javeriano, Barcelona, 1998, p. 37

actúan. En efecto, en esta teoría se establece que la acción se manifiesta o se realiza a través de la comunicación, la cual permite reducir la complejidad y su propia autosimplificación.³⁰

La comunicación a su vez tiene tres características que hacen que ésta sea la acción del sistema: en primer lugar se habla de representación, lo cual implica que la información a comunicar tiene como característica que es selectiva, es decir, se puede decidir qué información reunir³¹; en segundo lugar se menciona la expresión, que se traduce en el acto de comunicar³²; y por último, la apelación, la cual consiste en la expectativa de éxito que la comunicación pueda tener.³³

Resulta relevante señalar además que la comunicación es entendida también como un sistema autorreferencial³⁴ que depende de comunicaciones anteriores. Al respecto se señala: “*Cuando a una acción comunicativa le sigue otra, se prueba siempre si la comunicación anterior se entendió. Por más sorprendente que sea la comunicación siguiente, siempre se le utiliza para poder observar y demostrar que se basa en la comprensión de la comunicación*

³⁰ Luhmann, Niklas. *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Editorial Anthropos – Centro Editorial Javeriano, Barcelona, 1998, p. 140.

³¹ Luhmann, Niklas. *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Editorial Anthropos – Centro Editorial Javeriano, Barcelona, 1998, p. 141.

³² Luhmann, Niklas. *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Editorial Anthropos – Centro Editorial Javeriano, Barcelona, 1998, p. 142.

³³ Luhmann, Niklas. *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Editorial Anthropos – Centro Editorial Javeriano, Barcelona, 1998, p. 142.

³⁴ Sobre esta característica, y su relación con el constructivismo menciona el profesor Arnold lo siguiente: “*El constructivismo incorpora en calidad de componente constitutivo la autorreferencialidad. La primera y más decisiva característica de esta epistemología es que se autoincluye como tema de conocimiento. Al desplazar sus preocupaciones desde la naturaleza de los objetos (ontología) a las posibilidades de su observación, el constructivismo está en condiciones para abordar los problemas inherentes a la autoimplicación de las observaciones de la realidad y sus artefactos con las distinciones que las hacen visibles.*” En: Arnold, Marcelo. *Teoría de sistemas y sociología: Los desafíos epistemológicos del constructivismo*. En: Revista de Ciencias Sociales (CI), número 010, Universidad Arturo Prat, Iquique, 2000, p. 92.

anterior.”³⁵

La comunicación como elemento esencial del sistema, sugiere para el caso de las personas jurídicas un apoyo a contrarrestar aquellas críticas que hacen referencia a su falta de conciencia. De este modo la comunicación sería el equivalente de la conciencia. Sobre esto se menciona: “*El fundamento básico radica en el postulado del constructivismo operativo que, apoyándose en los avances de las ciencias de la comunicación, parte de la base de que tanto conciencia como comunicación muestran los mismos caracteres de autorreferencialidad, recursividad, y reflexión.*”³⁶

Como consecuencia de esta forma de definir la comunicación se tiene además que los sistemas cuentan con otras dos características: la autorreferencialidad y autopoiesis. En este sentido, el profesor LUHMANN define estas características de la siguiente manera: “*se refiere, más bien. A que tales sistemas pueden producir por si mismos, como unidad, todo lo que utilizan como unidad (sin importar la complejidad), para lo cual recurren a aquellas unidades ya constituidas en el sistema.*”³⁷

En definitiva, son dos los conceptos relevantes y que sirven de fundamento en las afirmaciones sobre este tipo de responsabilidad penal de personas jurídicas: autorreferencia y autopoiesis. Estos conceptos los define de forma más simple el profesor Pérez de la

³⁵ Luhmann, Niklas. *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Editorial Anthropos – Centro Editorial Javeriano, Barcelona, 1998, p. 145.

³⁶ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 34.

³⁷ Luhmann, Niklas. *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Editorial Anthropos – Centro Editorial Javeriano, Barcelona, 1998, p. 396.

siguiente manera: “*autorreferencia equivale a un sistema entendido como conjunto de elementos que se relacionan entre si, teniendo en cuenta el entorno, mientras autopoiesis significa que el sistema puede crear sus propios elementos y la estructura que resulta de ellos.*”³⁸

El modelo constructivista define a la empresa como un sistema autopoietico. En consecuencia resulta de gran relevancia el concepto de comunicación desarrollado por la teoría de los sistemas. En este orden de ideas el profesor GÓMEZ- JARA afirma: “*Desde la perspectiva aquí adoptada debe afirmarse que la organización, como todo sistema social, esta compuesto por comunicaciones. Ahora bien, se trata de un tipo específico de comunicación: es un sistema compuesto por decisiones o, más exactamente, por la comunicación de decisiones.*”³⁹ Y de esta característica se deriva otra de gran relevancia a saber: “*La decisión se configura, en definitiva, como el modo de operación específico de las organizaciones y posibilita la autopoiesis organizativa.*”⁴⁰ Esto permite entender que “*los sistemas organizativos son independientes de los miembros concretos*”^{41 42}

³⁸ Pérez Pinzón, Álvaro Orlando. *El funcionalismo en la sociología actual*. En: AA. VV. *El funcionalismo en Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 123.

³⁹ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 125 – 126.

⁴⁰ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 126.

⁴¹ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 127.

⁴² Sin embargo esta posición de entender a la empresa como independiente de los miembros que la conforman no ha estado exenta de críticas. El profesor Díez Ripollés menciona: Las vías escogidas por este modelo para hacer responder a la persona jurídica por su injusto propio culpable ya no infringen

Con base en estos planteamientos el profesor GÓMEZ -JARA define cuatro atributos que hacen que una empresa sea un verdadero actor corporativo⁴³, estos son: el límite del sistema, la estructura del sistema, los elementos del sistema y la identidad del sistema. La reunión de estos elementos hace que la empresa contenga un nivel de complejidad y en consecuencia una autorreferencialidad, característica propia de estos sistemas como se mencionó anteriormente.

En este orden de ideas, el límite del sistema hace referencia a la condición de miembro⁴⁴, la estructura del sistema es entendida como los programas de decisión implementados en la empresa⁴⁵, los elementos del sistema se definen como las decisiones con las cuales se crea los elementos del propio sistema⁴⁶ y finalmente la identidad del sistema hace referencia a la identidad corporativa⁴⁷. Con todo esto concluye el autor: “*Por tanto, las empresas deben*

directamente el principio de exclusión de la responsabilidad por el hecho ajeno. Pero tropiezan con otros problemas según el criterio de imputación elegido. Lo pasamos a analizar en el orden inverso aludido. Los dos últimos criterios, el de cultura corporativa defectuosa y el de reacción defectuosa al delito, configuran un derecho penal de autor, desligado del hecho delictivo concreto y ,por ello, opuesto al principio de responsabilidad por el hecho concreto.” En: Díez Ripollés, José Luis. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española*. En: <http://www.indret.com/pdf/875.pdf> Consultado el primero de octubre de 2012.

⁴³ Gómez – Jara Díez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 36.

⁴⁴ “*Las normas del propio sistema son las que determinan quien es miembro de la organización.*” Gómez – Jara Díez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 36 – 37.

⁴⁵ Gómez – Jara Díez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 36.

⁴⁶ Gómez – Jara Díez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 37.

⁴⁷ Gómez – Jara Díez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. editorial B de F, Buenos Aires,

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.”⁴⁸

De otra parte, una característica dada a las personas jurídicas es la de la ciudadanía empresarial⁴⁹. Este concepto “*ostenta una notable significación tanto teórica como práctica: se trata del concepto del ciudadano corporativo fiel al derecho.*”⁵⁰. Esta cualidad atribuible a las personas jurídicas tiene a su vez dos aspectos, el formal y el material. En relación con el aspecto formal este “*hace referencia a aquella empresa que tiene el deber de institucionalizar una cultura empresarial de fidelidad al derecho.*”⁵¹. Es decir, se trata de que una persona jurídica cumpla con las normas de un ordenamiento jurídico.

Esa fidelidad al derecho, que se traduce en cumplimiento de normas, lo denomina la

2010, p. 37.

⁴⁸ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española.* editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 39.

⁴⁹ Con este planteamiento se intenta superar dificultades reconocidas por un sector de la doctrina en el sentido de reconocer el estatus de ciudadanía a las personas jurídicas. Sobre este aspecto afirma el profesor García: “*En la actual discusión penal, el primer escollo dogmático para poder hacer penalmente responsables a las empresas radica en la falta de atribución del estatus ciudadano a las personas jurídicas., es decir, en su capacidad de culpabilidad. Que la persona jurídica conforma un ámbito de organización al que se le puede atribuir socialmente determinados hechos, constituye una afirmación extendida en los estudios de sociología de la organización que encuentran reconocimiento incluso en regulaciones jurídicas como la civil y la comercial.*” En: García Cavero, Percy. *Derecho penal económico. Parte general. Tomo I.* Editorial Grijley, Lima, 2007, p. 659 – 660.

⁵⁰ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española.* editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 20.

⁵¹ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española.* editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 20.

doctrina como *compliance*, elemento que su vez guarda estrecha relación con la autorregulación. En este sentido se menciona: “*En efecto, el hecho de que parte de la potestad regulatoria se transfiera del Estado a las organizaciones empresariales, implica que determinadas actividades propiamente estatales tales como la implementación de mecanismos para promocionar el cumplimiento de la legalidad y para investigar la vulneración de derecho se transfiera a las empresas. La responsabilidad por este tipo de actividades conlleva el establecimiento de mecanismos adecuados de “corporate compliance” o cumplimiento normativo.*”⁵²

En el caso del aspecto material del concepto, este hace referencia a “*aquella empresa que participa en los asuntos públicos*”⁵³. Menciona además el profesor GÓMEZ-JARA que ésta parte del concepto hace énfasis en la ciudadanía misma que en la fidelidad al derecho.⁵⁴

Ahora, es preciso establecer de qué forma la empresa puede hacer ejercicio de su participación en asuntos públicos. Sobre este aspecto menciona Gómez-Jara: “*El primer indicio puede hallarse en la asunción cada vez mayor de funciones públicas que, de la mano de autorregulación*⁵⁵, *vienen ejercitando las organizaciones empresariales en la*

⁵² Gómez-Jara, Carlos. *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. En: Bajo Fernández, Miguel; Feijoo Sánchez, Bernardo José; Gómez-Jara, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomsom Reuters, Navarra, 2012, p. 114.

⁵³ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 23.

⁵⁴ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 23.

⁵⁵ La autorregulación en materia empresarial se fundamenta de la siguiente manera: “*En términos generales puede afirmarse que, como consecuencia de los inmensos niveles de complejidad social que ha alcanzado la sociedad moderna, el Estado se ha visto incapaz de regular todas las esferas sociales y de proporcionar el apoyo y la protección que precisan amplios sectores de la población. El Levitarán no*

sociedad moderna. Este primer indicio se consolida con el paulatino reconocimiento de derechos fundamentales que igualmente se percibe en este tipo de sociedad, siendo especialmente relevante a estos efectos una determinada interpretación de la libertad de expresión corporativa.”⁵⁶ De esta definición se desprende además que la mencionada libertad de expresión tiene como consecuencia que la persona jurídica puede cuestionar las normas. Sobre esto se afirma: “no cuesta demasiado adivinar que organizaciones empresariales participan de forma cada vez más activa en la conformación de normas sociales y jurídicas. Por ello, la imposición de una sanción penal a una organización empresarial, conforme a una norma penal, resulta legítima en que la medida en ésta ha tenido la oportunidad de participar en la producción del sentido normativo y, de esta manera, cuestionar legítimamente dicha norma.”⁵⁷

Esta característica de ciudadanía que se le atribuye a las empresas no ha sido ajena a distintos campos del Derecho. De ahí que la adopción de este concepto adquiriera mayor relevancia debido al reconocimiento por parte de otras áreas encargadas del estudio empresarial. Es así como la participación de las personas jurídicas en el desarrollo de la

puede intervenir adecuadamente en investigación y desarrollo necesario para evaluar y regular correctamente los riesgos que amenazan la sociedad moderna. Precisamente por esta incapacidad del Estado para controlar riesgos creados por la sociedad post-industrial moderna, es que resulta necesario alentar la autorregulación empresarial para manejar adecuadamente dichos riesgos.” En: Gómez-Jara, Carlos. Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: Bajo Fernández, Miguel; Feijoo Sánchez, Bernardo José; Gómez-Jara, Carlos. Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Thomsom Reuters, Navarra, 2012, p. 112.

⁵⁶ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española.* editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 26.

⁵⁷ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española.* editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 26.

sociedad también ha sido estudiado en el campo de la responsabilidad social. Sobre esto se ha mencionado: “*Hay empresas ciudadanas que producen relaciones de proximidad en orden a promover mejores condiciones de vida y relaciones de auto – ayuda; otras se despliegan en asociaciones en las que las personas comparten sus recursos para mejorar la vida de la comunidad. Hay empresas ciudadanas que defienden causas, tutelan derechos y prestan servicios en el ámbito de la salud, de la educación, de la ecología, de la cultura, de la convivencia local o de la cooperación internacional. Hay empresas ciudadanas que responden a la democratización de la propiedad de la empresa y sus modos de autogestión y cogestión, e incluso a la idea de empresa – comunidad.*”⁵⁸ Es de destacar además que en este concepto se reconoce también a la empresa su capacidad de autogestión o autorregulación, tal como lo propone el concepto de ciudadanía corporativa expuesto por el modelo constructivista. Situación que se reconoce expresamente en algunos países, como por ejemplo Inglaterra y Gales, en donde una corporación es reconocida como una persona, no como una cosa, la cual es sujeto de derechos⁵⁹.

Evidentemente este concepto de ciudadanía corporativa deja ver que para esta teoría las empresas adquieren un rol en la sociedad⁶⁰, en especial lo relacionado con el ciudadano corporativo fiel al derecho. Posición similar a lo expuesto por el profesor GÜNTHER

⁵⁸ García Roca Joaquín. *La función social de la empresa ciudadana*. En: AA. VV *Integración social y ciudadanía corporativa*, Coords: Jesús Conill y Christoph Luetge. Fundación Étnor, Valencia, 2007, p. 41.

⁵⁹ Wells, Celia. *Corporate criminal liability in England and Wales: Past, present and future*. En: *Corporate criminal liability. Emergence, convergence, and risk.*, Springer, New York, 2011, p. 94.

⁶⁰ Similar posición es tenida en cuenta en el sistema de Inglaterra, en donde las corporaciones son entendidas como entidades reales y actores en el derecho. En: Wells, Celia. *Corporate criminal liability in England and Wales: Past, present and future*. En: *Corporate criminal liability. Emergence, convergence, and risk.*, Springer, New York, 2011, p. 94.

JAKOBS, en su teoría de los roles, quien afirma: “*La responsabilidad jurídico-penal siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol. Entre roles cuya infracción aquí se aborda se pueden diferenciar fácilmente dos clases. Por un lado, están los roles especiales, los que una determinada persona tiene porque debe configurar junto con otras personas un mundo común, más o menos completo. (...) En lo fundamental aquí se trata de abordar el quebrantamiento de roles pertenecientes a un segundo grupo, roles sin características especiales, esto es, roles comunes o dicho con mayor precisión: se trata del quebrantamiento del único rol común que existe, el rol de comportarse como una persona en Derecho, es decir, el de respetar los derechos de los demás como contrapartida al ejercicio de los derechos propios.*”⁶¹ Tal coincidencia es explicable en el entendido de que el profesor JAKOBS para el desarrollo de su propuesta también adopta la teoría de los sistemas sociales⁶²

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente descrito, el modelo constructivista determina o hace su propuesta de que las personas jurídicas tienen capacidad de acción. Como se ha mencionado, los elementos o instituciones del Derecho penal individual no resultan compatibles con un modelo de responsabilidad penal de personas jurídicas, esto desde la perspectiva del modelo constructivista. En consecuencia se trata entonces de establecer un equivalente funcional. De este modo se afirma: “*De esta manera, partiendo de ciertos*

⁶¹ Jakobs, Günther. *La imputación objetiva en Derecho penal*, editorial Civitas S. A., Madrid, 1996, p. 145 – 147.

⁶² Para un desarrollo profundo del tema puede consultarse: Jakobs, Günther. *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons ediciones Jurídicas, Madrid, 1997. Propuesta que sin embargo no ha sido exenta de críticas, como por ejemplo lo ha hecho el profesor Bernd Schünemann en diversos escritos. Sobre esto puede verse por ejemplo: Schünemann, Bernd. *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico – penal*. Grupo editorial Ibáñez, Bogotá, 2007.

postulados constructivistas y de determinadas posiciones de la teoría penal moderna, se logra trasladar la cuestión de la capacidad de acción a la capacidad de organización, para terminar afirmando la capacidad de autoorganización de la empresa.”⁶³

Para desarrollar este concepto esta teoría parte de los presupuestos anteriormente mencionados, en especial de la posibilidad que tiene las empresas de organizarse a sí mismas debido a su alto nivel de complejidad interna. En este orden de ideas, se propone un supraconcepto que abarca tanto a personas físicas como a jurídicas para así determinar que éstas últimas pueden ser productoras de hechos contrarios al ordenamiento jurídico penal partiendo de la idea que éstas tienen la característica común con las personas físicas de organizar contactos sociales. Al respecto se dice: *“En efecto, tanto las personas físicas como los denominados sujetos colectivos pueden considerarse organizadores de contactos sociales idóneos en la medida la que se les adscribe cierta competencia para la organización de contactos sociales y, por consiguiente, la correspondiente responsabilidad; en pocas palabras, ambos tienen competencia sobre los contactos.*”⁶⁴

De la anterior definición surge además un concepto de gran importancia para el Derecho penal individual y que también puede ser aplicable a las personas jurídicas, conforme a lo expuesto en el modelo constructivista: el riesgo permitido⁶⁵: *“Así, desde la perspectiva*

⁶³ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española.* editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 27.

⁶⁴ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española.* editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 30.

⁶⁵ En relación con el riesgo permitido, menciona el profesor Roxin: *“Aquí se va a entender por riesgo permitido una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero quede modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causales de*

*normativista, el momento decisivo viene dado por la atribución de competencia sobre ámbitos de organización, de lo cual deriva que del ámbito de organización propio no deben dimanar riesgos superiores al permitido; en caso de que si lo hagan, la persona es penalmente responsable por dichos riesgos. Es decir, a la persona se le reconoce una libertad para configurar su ámbito de organización como quiera, siempre y cuando de dicha configuración no deriven riesgos superiores al permitido.”*⁶⁶ Puede observarse entonces la similitud que guarda este concepto con el aplicado en el Derecho penal para individuos.

Una vez definido que las personas jurídicas son sujetos imputables⁶⁷ hay que señalar una consecuencia que al respecto parece lógica y que resulta de gran importancia para el modelo constructivista de autorresponsabilidad, y es que también hay personas jurídicas inimputables. Tal conclusión no resulta correcta solamente por hacer una comparación o

justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo.” En: Roxin, Claus. *Derecho penal parte general. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Civitas, Madrid, 2008, p. 371.

⁶⁶ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 31.

⁶⁷ A pesar de esto, hay que establecer además que tipo de personas jurídicas pueden ser sujetas de imputabilidad. Así, el profesor Feijoo Sánchez afirma en relación con la legislación española vigente lo siguiente: “*La reforma en este punto nos demuestra que el ordenamiento penal no es ni puede ser inmune a la evolución de las sociedades y que dicha evolución no sólo determina una expansión de la parte especial del Derecho penal. La radical transformación del Derecho penal vigente a través del art. 31 bis obedece a factores complejos que se interrelacionan entre sí cuya influencia exacta resulta difícil de determinar.*”

Desde el punto de vista político criminal esos factores hacen que, además de contemplar penas para las personas jurídicas creadas para cometer delitos o utilizadas como instrumentos para los actos delictivos, el Derecho penal pueda actuar contra personas jurídicas titulares de organizaciones que se dedican preferentemente a actuaciones adecuadas en el tráfico social. Es decir, el Derecho penal no se ocupa ya sólo de “personas jurídicas marginales”, sino que se ha extendido a las “personas jurídicas de cuello blanco” de tal manera que una empresa que cotice en el IBEX 35 puede llegar a ser considerada un delincuente.” En: Feijoo Sánchez, José. *La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico – penal*. En: Bajo Fernández, Miguel; Feijoo Sánchez, Bernardo José; Gómez-Jara, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomsom Reuters, Navarra, 2012, p. 50.

paralelo entre el Derecho penal individual y el Derecho penal aplicado a las personas jurídicas, sino que además es ajustado con los planteamientos propios de la teoría⁶⁸.

La inimputabilidad de las personas jurídicas se justifica en el concepto de actor corporativo expuesto anteriormente⁶⁹. Como se mencionó éste solo surge cuando hay una complejidad interna suficiente. En este orden de ideas, al alcanzarse la complejidad se da el desarrollo de una autorreferencialidad que trae como consecuencia la autodeterminación del propio sistema, lo cual constituye un punto relevante para la responsabilidad penal.⁷⁰

Así, es posible comparar el Derecho penal individual con los postulados del modelo constructivista: *“En este sentido, se puede establecer, de nuevo, una equivalencia funcional entre el desarrollo de un complejidad interna suficiente en el ser humano y en la organización empresarial. Así, al igual que el niño no es imputable en Derecho penal individual hasta que sus sistema psíquico no es suficientemente complejo, esto es, hasta que no ha alcanzado 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*

⁶⁸ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 33 - 34.

⁶⁹ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 15.

⁷⁰ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 37 - 38.

alcanzado determinado nivel interno de autorreferencialidad -autoorganización-”⁷¹.

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente descrito el modelo constructivista plantea una serie de consecuencias al reconocer la imputabilidad e inimputabilidad de las personas jurídicas. En efecto, propone este modelo que se deben excluir de responsabilidad penal las sociedades pantalla debido a sus propias características: *“En efecto, este tipo de sociedades no tiene desarrollada una complejidad interna suficiente que las dote de una autorreferencialidad bastante de cara al Derecho penal. De hecho, en el caso de las sociedades pantalla se aprecia claramente que se trata de sociedades plenamente heteroadministradas, carentes de la necesaria autonomía administrativa.”⁷²*. Tal conclusión emana de las características descritas que el modelo constructivista les atribuye a las personas jurídicas entendidas estas como sistemas⁷³.

De otra parte, se entiende que en todo caso estas sociedades pantalla no deben prestar complicidad en la comisión de conductas punibles. Pero en la medida en que como anteriormente señalé, este tipo de sociedades se consideran como inimputables para el modelo constructivista, se propone usar para este caso la figura del levantamiento

⁷¹ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 38 – 39.

⁷² Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 107.

⁷³ En este mismo sentido el profesor Percy García afirma: *“A efectos de la imputación penal, la persona jurídica es considerada como una coordinación de distintas esferas de organización de sujetos individuales, en la que solamente estos resultan titulares de competencias por organización e instituciones penalmente relevantes. No obstante, una imputación jurídico penal desde esta perspectiva sólo puede ser satisfactoria en el caso de pequeñas empresas con una estructura organizativa elemental, mostrándose, por el contrario, a todas luces insuficiente cuando se trata de empresas modernas complejamente organizadas.”* En: García Cavero, Percy. *Derecho penal económico. Parte general*. Tomo I. Editorial Grijley, Lima, 2007, p. 653.

corporativo⁷⁴, pues como ya se anotó este tipo de sociedades carecen de autorreferencialidad y tienen un sistema de heteroadministración.

2.2. INJUSTO EN EL MODELO CONSTRUCTIVISTA.

En todo lo anteriormente descrito, el modelo constructivista de responsabilidad penal de personas jurídicas analiza de esta forma el elemento del injusto. Como se ha establecido, una de las características de este modelo es que es la persona jurídica es responsable por sus propios actos, no por los de una persona física⁷⁵. Es por tal motivo que quienes defienden esta teoría hacen referencia a que lo relevante en el caso del injusto es determinar si configuró defectuosamente su organización interna, y no analizar esto en la culpabilidad.⁷⁶

⁷⁴ Esta figura se define como “un remedio mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de sociedad o de asociación con que se haya revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular.” Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *El levantamiento del velo corporativo en Colombia.*, En: León Robayo, Edgar Iván; López Castro, Yira; Rincón Cárdenas, Erick. *Levantamiento del velo corporativo. Panorama y perspectivas. El caso colombiano.*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 63.

⁷⁵ Gómez – Jara Diez, Carlos. *El injusto típico de la persona jurídica.* En: Bajo Fernández, Miguel; Feijoo Sánchez, Bernardo José; Gómez-Jara, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas.* Thomsom Reuters, Navarra, 2012, p. 135.

⁷⁶ Gómez – Jara Diez, Carlos. *El injusto típico de la persona jurídica.* En: Bajo Fernández, Miguel; Feijoo Sánchez, Bernardo José; Gómez-Jara, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas.* Thomsom Reuters, Navarra, 2012, p. 136. Para esta teoría el mencionado defecto de organización se analiza en sede del injusto y no de la culpabilidad. En este sentido se afirma textualmente: “*De esta manera, el defecto de organización no constituye una característica de la culpabilidad sino que se ubica en el ámbito del injusto (...) la culpabilidad esta relacionada con una dimensión más interna de la persona jurídica: su disposición al cumplimiento de la legalidad. Y dicha disposición se plasma en su cultura empresarial.*”. P. 136.

2.3. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL MODELO CONSTRUCTIVISTA.

La teoría de la imputación objetiva constituye un elemento importante en el modelo constructivista⁷⁷ para determinar el injusto de las personas jurídicas⁷⁸. En tal sentido se afirma: “*Como decimos, entonces, la determinación de la organización correcta o defectuosa de una persona jurídica se produce por medio de la teoría de la imputación objetiva. Pues bien, e primer nivel de la imputación objetiva consistirá en observar la organización de la persona jurídica y establecer si la misma ha generado un riesgo por encima del permitido. A continuación, y como segundo nivel de imputación objetiva deberá acreditarse que ese riesgo no permitido es el que se ha realizado en el resultado lesivo concreto.*”⁷⁹

⁷⁷ Al respecto se afirma: “*De entre las teorías modernas en Derecho penal que se ocupan de esta cuestión, probablemente sea la teoría de la imputación objetiva la que mayores prestaciones permita en este ámbito. Ello no sólo porque se encuentra afincada en la doctrina y jurisprudencia española, sino porque, conceptualmente, capta con mayor plausibilidad y sencillez lo que en el fondo es objeto de debate. En este sentido, la utilización de la imputación objetiva para la determinación de la vertiente objetiva del injusto es comúnmente aceptada. Adicionalmente, debido al desarrollo cada vez más intenso de estándares objetivos de organización de las personas jurídicas, la verificación -y correspondiente carga de la prueba para la acusación- de la correspondencia de la organización de una determinada persona jurídica con dichos estándares se puede realizar con mayor facilidad.*” En: Gómez – Jara Diez, Carlos. *El injusto típico de la persona jurídica*. En: Bajo Fernández, Miguel; Feijoo Sánchez, Bernardo José; Gómez-Jara, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomsom Reuters, Navarra, 2012, p. 141.

⁷⁸ No obstante para algunos la imputación objetiva no es en si misma problemática a la hora de analizar la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enfoque se hace en otros elementos: “*La dificultad no se encuentra, por tanto, en la imputación de un riesgo prohibido a la esfera de organización de la persona jurídica, sino en la capacidad de la persona jurídica para poder recibir una imputación personal.*” En: García Caveró, Percy. *Derecho penal económico. Parte general. Tomo I*. Editorial Grijley, Lima, 2007, p. 660.

⁷⁹ Gómez – Jara Diez, Carlos. *El injusto típico de la persona jurídica*. En: Bajo Fernández, Miguel; Feijoo Sánchez, Bernardo José; Gómez-Jara, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomsom Reuters, Navarra, 2012, p. 141 -142.

De lo anteriormente citado puede concluirse que en el ámbito de la imputación objetiva en el caso de las personas jurídicas se trata de establecer en primer lugar si hay un defecto de organización o si inclusive, es inexistente⁸⁰ ya que este constituye la superación o no del riesgo permitido. Aquí resulta importante conocer cómo determinar si efectivamente hay un defecto de organización o no. Sobre este particular se propone tener en cuenta lo estándares de los sectores industriales en los cuales la empresa ejerce actividad.⁸¹

En segundo lugar, hay que establecer lo concerniente a la realización del riesgo en el resultado. Sobre esto menciona la doctrina: “(...) *debe poder establecerse que el concreto riesgo permitido generado por ese defecto de organización es el que se ha realizado en ese resultado lesivo. Así, puede que se compruebe que la persona jurídica se encuentra defectuosamente organizada respecto de un determinado tipo de riesgo penal, pero el que finalmente se realizó en el resultado es otro distinto.*”⁸²

Finalmente, en el campo de la imputación objetiva queda por analizar lo relacionado con la intervención de terceros. Frente a esto, se propone que resulta aplicable en primer lugar el

⁸⁰ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 67.

⁸¹ Dice la doctrina: “Así, dichos estándares crean una suerte de concepto empresa media del sector que resulta de extrema utilidad para valorar el posicionamiento de la sociedad respecto de los riesgos que se generan en un determinado sector de actividad -por ejemplo, no parece desaventurado indicar que la adecuada organización para conjurar los riesgos financieros de una entidad crediticia variarán sustancialmente en tiempos venideros, por lo que un programa de cumplimiento adecuado debe tener en cuenta dicha variación significativa-.” En: Gómez – Jara Diez, Carlos. *El injusto típico de la persona jurídica*. En: Bajo Fernández, Miguel; Feijoo Sánchez, Bernardo José; Gómez-Jara, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomsom Reuters, Navarra, 2012, p. 141 -142.

⁸² Gómez – Jara Diez, Carlos. *El injusto típico de la persona jurídica*. En: Bajo Fernández, Miguel; Feijoo Sánchez, Bernardo José; Gómez-Jara, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomsom Reuters, Navarra, 2012, p. 144.

principio de confianza⁸³, esto inclusive, en el caso de que esos terceros sean también personas jurídicas⁸⁴. De igual forma se acude también al concepto de la prohibición de regreso: “Así mismo, el instituto de la prohibición de regreso puede ayudara determinar si se produce la imputación de un determinado resultado a un ámbito común a dos personas jurídicas o si, por el contrario, se debe considerar que, en cierta forma, se ha abandonado la esfera de organización de una de ellas y sólo puede ser atribuible a la otra. En ciertos casos los conocimientos especiales -topos por excelencia en la prohibición de regreso- de la persona jurídica no coinciden en modo alguno con los de la persona física, y por tanto, pueden desplegar importantes efectos en este ámbito.”⁸⁵

2.4. EL DOLO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL MODELO CONSTRUCTIVISTA.

Corresponde en este punto el estudio del dolo. En relación con la responsabilidad penal empresarial, la solución más sencilla es analizar este elemento en relación con las personas

⁸³ Este principio lo define el profesor Jakobs de la siguiente manera: “El principio de confianza significa que, a pesar de la experiencia de que otras personas cometen errores, se autoriza a confiar -en una medida aun por determinar- en su comportamiento correcto (entendiéndolo no como suceso psíquico, sino como estar permitido confiar). En: Jakobs, Günther. *Derecho penal Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S. A., Madrid, 1997, p. 253.

⁸⁴ Gómez – Jara Diez, Carlos. *El injusto típico de la persona jurídica*. En: Bajo Fernández, Miguel; Feijoo Sánchez, Bernardo José; Gómez-Jara, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomsom Reuters, Navarra, 2012, p. 143.

⁸⁵ Gómez – Jara Diez, Carlos. *El injusto típico de la persona jurídica*. En: Bajo Fernández, Miguel; Feijoo Sánchez, Bernardo José; Gómez-Jara, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomsom Reuters, Navarra, 2012, p. 144.

físicas y así admitir el traslado de éste a la persona jurídica. Solución típica de los modelos de heterorresponsabilidad⁸⁶. Sin embargo se presentan diversas dificultades, como por ejemplo que hacer en el caso en que no se puede determinar la persona física.

Para solucionar esto, se ha recurrido a establecer un modelo en el que se pueda atribuir el dolo a la propia persona jurídica⁸⁷, esto teniendo en cuenta un concepto normativo de éste elemento⁸⁸. En este orden de ideas, se propone que el conocimiento, como elemento del dolo, se determine como un equivalente funcional respecto a lo establecido en el Derecho penal individual. Por esto, se entiende el conocimiento como conocimiento organizativo del riesgo⁸⁹.

Para determinar si efectivamente la persona jurídica tiene el conocimiento requerido, se ha acudido a dos tesis. La primera establece que si una persona física de un órgano de

⁸⁶ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 60.

⁸⁷ En tal sentido afirma el profesor Silva Sánchez: “*El modelo de responsabilidad por el hecho propio no requiere una transferencia a la persona jurídica de la responsabilidad de las personas naturales que se integran en la estructura organizativa de la empresa. Es una responsabilidad de estructura “anónima” en cuanto a la intervención individual, aunque, de todos modos, resulte compatible con la atribución de responsabilidad individual a la persona o personas físicas que realizaren directamente la actuación delictiva.*” En: Silva Sánchez, Jesús María. La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas. En: AA. VV. *Revista Derecho penal y Criminología*, No. 86. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2008, p. 133.

⁸⁸ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 61. Teniendo en cuenta además la referencia que se hace sobre la relativización del elemento volitivo sobre el cognitivo que expresa el autor.

⁸⁹ Gómez – Jara Diez, Carlos. *El injusto típico de la persona jurídica*. En: Bajo Fernández, Miguel; Feijoo Sánchez, Bernardo José; Gómez-Jara, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomson Reuters, Navarra, 2012, p. 149. Al respecto dice el autor: “*Respecto del conocimiento del riesgo, se debe establecer una equivalencia funcional entre conocimiento individual (relevante para la responsabilidad penal de la persona física) y conocimiento organizativo (decisivo para la responsabilidad penal de la persona jurídica). Precisamente sobre la base de esta equivalencia es que en otro lugar he definido el dolo de la persona jurídica como conocimiento organizativo del riesgo*”.

dirección tiene el respectivo conocimiento del riesgo, esto implica un indicio de que la persona jurídica tiene un conocimiento organizativo respecto del mismo⁹⁰. En segundo lugar se ha acudido al concepto del conocimiento colectivo, el cual implica que se atribuye a la persona jurídica la suma del conocimiento de todos o algunos de sus directivos o empleados.⁹¹

De otra parte, también se ha hecho la distinción entre los sistemas de injusto simples y los constituidos, dependiendo del tipo de conocimiento que éstos tengan. En tal sentido destaca la profesora BACIGALUPO: *“Mientras que los sistemas de injusto simples se basan en el conocimiento personal de sus miembros, los sistemas de injusto constituidos se fundan en características de pertenencia independientes de la persona de sus miembros y, por lo tanto, exigen un escaso conocimiento. Los sistemas de injusto constituidos pueden estar integrados por un número considerablemente superior de miembros al que caracteriza un sistema de injusto simple.”*⁹². De igual forma, para esta autora en los sistemas de injusto constituido la comunicación tiene un papel importante para que éstos mantengan su homogeneidad⁹³, tal como también lo defienden los exponentes del modelo constructivista, como se ha expuesto anteriormente.

En definitiva, se ha propuesto un concepto de dolo empresarial así: *“(…) el dolo en el*

⁹⁰ Gómez – Jara Diez, Carlos. *El injusto típico de la persona jurídica*. En: Bajo Fernández, Miguel; Feijoo Sánchez, Bernardo José; Gómez-Jara, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomsom Reuters, Navarra, 2012, p. 149.

⁹¹ Gómez – Jara Diez, Carlos. *El injusto típico de la persona jurídica*. En: Bajo Fernández, Miguel; Feijoo Sánchez, Bernardo José; Gómez-Jara, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomsom Reuters, Navarra, 2012, p. 150 – 151.

⁹² Bacigalupo, Silvana. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 184.

⁹³ Bacigalupo, Silvana. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 184.

*Derecho penal empresarial se entiende como conocimiento organizativo del concreto riesgo empresarial – en los delitos de peligro – que se realizan en el resultado típico – en los delitos de resultado -”.*⁹⁴

2.5. LA CULPABILIDAD EMPRESARIAL EN EL MODELO CONSTRUCTIVISTA.

En relación con la culpabilidad, el modelo constructivista de responsabilidad penal de personas jurídicas propone un concepto fundamentado en una cultura empresarial de incumplimiento del derecho.⁹⁵ ⁹⁶ En consecuencia el modelo no estudia el defecto de organización en sede de la culpabilidad. Al respecto se dice: *“El planteamiento constructivista renuncia al concepto de defecto de organización en el ámbito de la culpabilidad para incidir en el aspecto relevante desde el punto de vista de la culpabilidad: la disposición jurídica del sujeto sobre el que se impone la pena. Dicha disposición jurídica se sintetiza en la cultura empresarial de cumplimiento o incumplimiento de la*

⁹⁴ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española.* editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 62.

⁹⁵ Gómez – Jara Diez, Carlos. *La culpabilidad de la persona jurídica.* En: Bajo Fernández, Miguel; Feijoo Sánchez, Bernardo José: Gómez-Jara, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas.* Thomsom Reuters, Navarra, 2012, p. 168.

⁹⁶ Resulta curioso el hecho de que el profesor Percy García haga una crítica al modelo constructivista expuesto por el profesor Gómez – Jara pero a su vez haga una propuesta que termine siendo similar a lo que critica o por lo menos, parte de sus mismas bases. Al respecto menciona: *“En nuestra opinión, la culpabilidad de la empresa solamente puede alcanzarse mediante un concepto analógico. Siguiendo los desarrollos de la teoría de los sistemas, la empresa alcanza una individualidad derivada de su capacidad de autoorganización y desarrolla intereses societarios ajenos a los de sus órganos, representantes y socios. (...) La simple autoorganización de una persona jurídica no es suficiente, sin embargo, para fundamentar su responsabilidad jurídico – penal, en tanto se requiere además que la organización de la persona jurídica pueda defraudar expectativas sociales esenciales.”* En: García Cavero, Percy. *Derecho penal económico. Parte general. Tomo I.* Editorial Grijley, Lima, 2007, p. 680.

legalidad.”⁹⁷

La justificación de la culpabilidad como fidelidad al derecho tiene tres ejes fundamentales. En primer lugar se habla de una cultura empresarial de fidelidad al derecho, cuya justificación surge básicamente porque debido a las características de la sociedad postmoderna, el Estado no tiene la capacidad para regular todos los aspectos que producen riesgos, y en consecuencia se reconoce una autonomía consistente en la capacidad de autorregulación de las empresas. Por la motivo se exige entonces que estos sistemas mantengan una cultura de cumplimiento del Derecho.⁹⁸

En segundo lugar, entendida la persona jurídica como un ciudadano fiel al derecho, se reconoce que estas tienen un margen de libertad (de auto organización) que se ve enfrentado a las responsabilidades que tienen producto de ésta.⁹⁹

Finalmente, se reconoce un aspecto material de la culpabilidad empresarial el cual consiste en reconocer la posibilidad que tienen las personas jurídicas en participar en asuntos públicos¹⁰⁰. En tal sentido se afirma: “(...) *se viene entendiendo que, si bien una*

⁹⁷ Gómez – Jara Diez, Carlos. *La culpabilidad de la persona jurídica*. En: Bajo Fernández, Miguel; Feijoo Sánchez, Bernardo José; Gómez-Jara, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomsom Reuters, Navarra, 2012, p. 168.

⁹⁸ Gómez – Jara Diez, Carlos. *La culpabilidad de la persona jurídica*. En: Bajo Fernández, Miguel; Feijoo Sánchez, Bernardo José; Gómez-Jara, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomsom Reuters, Navarra, 2012, p. 169.

⁹⁹ Gómez – Jara Diez, Carlos. *La culpabilidad de la persona jurídica*. En: Bajo Fernández, Miguel; Feijoo Sánchez, Bernardo José; Gómez-Jara, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomsom Reuters, Navarra, 2012, p. 170. “*La institución negativa del *nenimen laedere* empresarial encuentra su anclaje constitucional, en opinión de varios autores, en la libertad de empresa, y lleva aparejado la obligación, al igual que en el individuo, de mantener el ámbito de organización (empresarial) propio dentro de los márgenes del riesgo permitido.*”

¹⁰⁰ Gómez – Jara Diez, Carlos. *La culpabilidad de la persona jurídica*. En: Bajo Fernández, Miguel; Feijoo Sánchez, Bernardo José; Gómez-Jara, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*.

corporación como tal no puede votar, sí que se le reconoce el derecho a participar en lo que realmente cuenta en democracia: el debate entre los ciudadanos. En definitiva, a las corporaciones, al igual que a los individuos, se les reconoce un derecho a participar en el proceso de creación y definición de las normas sociales. Dicho proceso no viene marcado por el derecho de voto sino principalmente por la libertad de expresar juicios en el discurso público sobre las normas sociales, contribuyendo así a la conformación de las mismas.”¹⁰¹

2.6. TEORÍA DE LA PENA EN EL MODELO CONSTRUCTIVISTA.

El modelo constructivista entiende la pena con base en un criterio que es reconocido también en el Derecho penal individual: la prevención general positiva¹⁰². Así las cosas,

Thomsom Reuters, Navarra, 2012, p. 170.

¹⁰¹ Gómez – Jara Diez, Carlos. *La culpabilidad de la persona jurídica*. En: Bajo Fernández, Miguel; Feijoo Sánchez, Bernardo José; Gómez-Jara, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomsom Reuters, Navarra, 2012, p. 171.

¹⁰² Este concepto lo define el profesor Jakobs de la siguiente manera: “ *Así se pone también de relieve ya cómo ha de entenderse la pena en cuanto reacción al conflicto: La pena —como la infracción de la norma— no debe ser considerada sino como un suceso no exterior (dado que entonces sólo aparece la sucesión irracional de dos males), sino que también la pena significa algo, es decir, que la significación del comportamiento infractor no es determinante y que lo determinante sigue siendo la norma. Se demuestra así que el autor no se ha organizado correctamente: Se le priva de medios de organización. Esta réplica ante la infracción de la norma, ejecutada a costa de su infractor, es la pena. Correlativamente a la ubicación de la infracción de la norma y de la pena en la esfera del significado, y no en la de las consecuencias externas de la conducta, no puede considerarse misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma , debiendo equipararse, a tal efecto, vigencia y reconocimiento. El reconocimiento también puede tener lugar en la consciencia de que la norma es infringida; la expectativa (también la del autor futuro) se dirige a que resulte confirmado como motivo del conflicto la infracción de la norma por el autor, y no la confianza de la víctima en la norma. En todo caso, la pena da lugar a que la norma siga siendo un modelo de orientación idóneo. Resumiendo: Misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del*

esta prevención se concretiza en el concepto de la retribución comunicativa, reafirmando también así el concepto de fidelidad al derecho. En este orden de ideas, la retribución comunicativa se describe así: “Así, de acuerdo con la teoría de la pena basada en la retribución comunicativa, la pena cumple la función de contribuir -en el sentido de aumentar la probabilidad de éxito de la comunicación- al establecimiento comunicativo de la norma, derivando como prestación el reforzar la fidelidad al Derecho.”¹⁰³

Finalmente queda por establecer que catálogo de penas se puede implementar para las personas jurídicas. Al respecto, no se da una lista clara de cuales penas pueden ser impuestas a las personas jurídicas, pero si se deja claro que estas deben responder a las necesidades actuales de la sociedad y a las características mismas de las personas jurídicas, haciendo relevancia en el estatus que estas tienen en la comunidad.¹⁰⁴

2.7. CRITICAS AL MODELO CONSTRUCTIVISTA.

El modelo constructivista a pesar de todo su desarrollo no ha sido exento de críticas e inclusive este modelo de responsabilidad penal no ha sido instaurado en ningún sistema

infractor, frente al cuestionamiento de la norma”En: Jakobs, Günther. Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, Ediciones Jurídicas S. A., Madrid, 1997, p. 13 – 14.

¹⁰³ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española.* editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 157.

¹⁰⁴ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española.* editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 160.

jurídico, aunque se discute si puede haber alguna relación con el modelo español, como lo desarrollaré mas adelante.

La principal crítica al modelo constructivista proviene del profesor BERND SCHÜNEMANN, quien hace un reparo en el sentido de las normas dirigidas a las personas jurídicas no ofrecen directamente la prohibición de lesionar bienes jurídicos, sino que lo hace de forma indirecta, es decir, exige solamente un requisito de organización de la empresa. Con esto el profesor SCHÜNEMANN no reconoce tampoco que la capacidad de organización pueda ser asimilada a la capacidad de acción, que es la forma como actúan las personas jurídicas en el modelo constructivista, como ya se expuso. En este orden de ideas expresa SCHÜNEMANN: *“Mediante las normas de conducta (normas primarias) del derecho penal genuino se prohíben a los individuos determinadas acciones lesivas (harmful) y la infracción culpable de esta prohibición da lugar a la pena. Sin embargo, debido a que estas acciones directamente lesivas sólo son cometidas por el individuo y no por la asociación, la norma dirigida a la asociación debe tener otro contenido (...) Es decir, la norma dirigida a la asociación no prohíbe directamente la lesión de bienes jurídicos, sino que solo tiene un efecto indirecto. Su contenido directo consiste en exigencias organizativas a la asociación.”*¹⁰⁵

Con base en lo anterior, menciona además que las normas dirigidas a las personas jurídicas no exigen un comportamiento para estas sino que las normas tiene la exigencia de resultados: *“(…) las normas de organización dirigidas a la agrupación constituyen un*

¹⁰⁵ Schünemann, Bernd. *Nuevas tendencias internacionales en la responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas*. En: *XXV jornadas internacionales de derecho penal*, Coord.: Jaime Bernal Cuéllar, Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 292.

derecho reflexivo en el sentido de la teoría de los sistemas autopoyéticos, según la que la norma no exige un determinado comportamiento, sino la obtención de un determinado resultado, mientras que las vías y los medios para la misma los tiene que elegir y configurar los destinatarios de las normas.”¹⁰⁶ Esto parece indicar que el profesor SCHÜNEMANN no reconoce que pueda ser aplicado el concepto del ciudadano corporativo fiel al derecho, tan defendido por el modelo constructivista.

De igual forma SCHÜNEMANN hace referencia a la multa administrativa como tipo de sanción contra las personas jurídicas, modelo usado en Alemania¹⁰⁷, pues en su decir no producen un efecto preventivo suficiente. Al respecto encuentra una dificultad que consiste en lo siguiente: *“De ellos se desprende que la multa administrativa de las empresas sólo ejerce un efecto motivador extremadamente insignificante sobre la dirección de las mismas: puesto que la multa administrativa tiene que ser pagada por la empresa, ésta únicamente disminuye los beneficios de los accionistas, pero no afecta al conejo de administración, y si, como suele suceder, la junta general de accionistas ni siquiera extrae consecuencias personales de ella, a los directivos no les afecta lo más mínimo.*”¹⁰⁸

En este caso, el profesor SCHÜNEMANN hace una propuesta teniendo en cuenta lo que

¹⁰⁶ Schünemann, Bernd. *Nuevas tendencias internacionales en la responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas*. En: XXV jornadas internacionales de derecho penal, Coord.: Jaime Bernal Cuéllar, Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 293.

¹⁰⁷ Böse, Martin. *Corporate criminal liability in Germany*. En: *Corporate criminal liability. Emergence, convergence, and risk.*, Springer, New York, 2011, p. 227.

¹⁰⁸ Schünemann, Bernd. *Nuevas tendencias internacionales en la responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas*. En: XXV jornadas internacionales de derecho penal, Coord.: Jaime Bernal Cuéllar, Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 297. Menciona además el autor que *“La explicación del escaso efecto preventivo incluso de las multas administrativas cuantitativamente exorbitantes podría encontrarse en que desde la perspectiva empresarial se trata de un factor de coste ordinario que al parecer se puede compensar sin mayor problema con el correspondiente cálculo.”*

para él es la vía ideal: “una sanción que no sólo surta efecto en los accionistas, sino también en los directivos y que, por un lado, sea eficiente y, por otro, sí sea suficientemente sensible para no causar su propia ineficacia por estrategias elusivas de provocación específicas.”¹⁰⁹ En este orden de ideas establece como solución a la problemática planteada la aplicación de la curatela de la empresa.

Ésta curatela consiste básicamente en una medida de vigilancia en la cual se permite el ejercicio de las labores de los órganos de administración de las empresas, pero que a su vez garantiza la seguridad y legalidad de las actividades empresariales¹¹⁰. Esto trae como beneficios, según el profesor SCHÜNEMANN, reducir la comisión de delitos de la corporación en el futuro y tener un efecto preventivo – general anterior a su aplicación en caso de disminución de prestigio por parte de los órganos de administración.¹¹¹

Teniendo en cuenta las características anteriormente mencionadas concluye el profesor SCHÜNEMANN afirmando: “A mi juicio, la extraordinaria ventaja de la curatela de la empresa esbozada mas arriba reside en que mediante una combinación, única, de componentes represivos y preventivos, precisamente se hace frente de modo adecuado a la fuente de “actitud criminal del grupo” pudiendo prescindir de una estrangulación de la empresa para intensificar la eficiencia y, por consiguiente, de lesionar el derecho

¹⁰⁹ Schünemann, Bernd. *Nuevas tendencias internacionales en la responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas*. En: XXV jornadas internacionales de derecho penal, Coord.: Jaime Bernal Cuéllar, Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 301.

¹¹⁰ Schünemann, Bernd. *Nuevas tendencias internacionales en la responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas*. En: XXV jornadas internacionales de derecho penal, Coord.: Jaime Bernal Cuéllar, Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 302.

¹¹¹ Schünemann, Bernd. *Nuevas tendencias internacionales en la responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas*. En: XXV jornadas internacionales de derecho penal, Coord.: Jaime Bernal Cuéllar, Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 302.

fundamental a la propiedad de los accionistas.”¹¹²

3. MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS POR DEFECTO DE ORGANIZACIÓN.

Existe además otro modelo de responsabilidad penal propia de la empresa. Esta propuesta es desarrollada principalmente por el profesor KLAUS TIEDEMANN, y ampliamente desarrollada por la profesora LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ.

En este orden de ideas, el profesor TIEDEMANN parte de reconocer que las personas jurídicas son destinatarias de normas y pueden cumplirlas. Al respecto dice: *“Según una opinión correcta, las empresas, y especialmente las personas jurídicas pueden ser plenas destinatarias de normas del Derecho penal, en tanto y en cuanto ellas pueden aportar aquello que es lo jurídicamente debido.”*¹¹³

El modelo de culpabilidad por organización tiene puntos de convergencia con el modelo constructivista, pero difiere en los aspectos más relevantes, como se verá a continuación.

En primer lugar el modelo de culpabilidad por organización defectuosa parte de la idea de

¹¹² Schünemann, Bernd. *Nuevas tendencias internacionales en la responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas*. En: XXV jornadas internacionales de derecho penal, Coord.: Jaime Bernal Cuéllar, Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 305. Cabe resaltar en este punto que tal afirmación se produce además porque en principio no esta de acuerdo con medidas como la disolución de la persona jurídica: *“Así mismo, para medidas tan estrictas como la disolución de la persona jurídica, comparable con la pena de muerte de las personas físicas, la solución de la tercera vía no ofrece una justificación a no ser que se apliquen como ultima ratio para evitar futuros daños , es decir; no como normalmente, como sanción posterior, sino, como excepción, como medida de seguridad de cara al futuro.”*p. 294.

¹¹³ Tiedemann, Klaus. *Derecho penal económico. Introducción y parte general.*, Grijley, Perú, 2009, p. 233 – 234.

que los riesgos y lesión de bienes jurídicos son en muchas ocasiones producto de la falta de organización de la empresa misma¹¹⁴.

Esta postura ha sido también acogida con base en la teoría de los bienes jurídicos, apartándose de conceptos normativistas, posición diferente al modelo constructivista, como se desarrolló en los capítulos anteriores. En este orden de ideas menciona la profesora LAURA ZÚÑIGA: *“La responsabilidad penal debe ser entendida en su función social, como atribución de pena de acuerdo a los parámetros constitucionales de protección preventiva de bienes jurídicos. Esto significa que la discusión dogmática se está abriendo a los problemas sociales, siendo esto el resultado del cambio de paradigma que se está produciendo en todas las ciencias, en que su legitimidad se basa en la capacidad funcional para resolver los problemas que se le plantean.”*¹¹⁵ En desarrollo de esta postura se justifica la imputabilidad de las personas jurídicas, pues son estas quienes en últimas son las que crean los riesgos que afectan los bienes jurídicos¹¹⁶.

Ahora, el modelo de responsabilidad por defecto de organización también propone que este sistema se construya hecho especialmente para las empresas, tal como sucede con el

¹¹⁴ Zúñiga Rodríguez, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas.*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 289. Al respecto menciona: *“Abona en favor de la tesis que debe abordarse los fenómenos de delitos cometidos en sistemas complejos en clave de sistema, empresa u organización, el hecho constatado científicamente de que los peligros y lesiones de bienes jurídicos dentro de un empresa, son en la mayoría de veces el resultado de defectos de una serie de conductas atribuibles a la organización de la misma empresa (políticas de empresa), que no pueden individualizarse en una concreta decisión de una persona concreta, sino en un deficiencia de largos años de falta de cuidado del riesgo consciente.”*

¹¹⁵ Zúñiga Rodríguez, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas.*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 291.

¹¹⁶ Zúñiga Rodríguez, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas.*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 292.

sistema de inimputables o de menores, tomando como base las características propias de estos entes, respetando, desde luego, las garantías mínimas de los sistemas penales existentes.¹¹⁷

En consecuencia de lo anterior, concluye la profesora ZÚÑIGA: *“Si los estudios científicos demuestran que la empresa es un ente generador de riesgos para bienes jurídicos, y que los delitos se producen normalmente por defecto de organización de la propia empresa, es a ella a la que hay que dirigir la prevención, ideando clases de sanción intimidatorias para la propia organización, pero con reglas de imputación claras.”*¹¹⁸

3.1. LA CAPACIDAD DE ACCIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL MODELO DE DEFECTO POR ORGANIZACIÓN.

Como se mencionó anteriormente ya el profesor TIEDEMANN reconoce que las personas jurídicas son destinatarias de normas jurídicas¹¹⁹. Tal postura es compartida por SILVANA BACIGALUPO, que al respecto afirma: *“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 una acción, propia de la persona jurídica. Es decir, la existencia de*

¹¹⁷ Zúñiga Rodríguez, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas.*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 293.

¹¹⁸ Zúñiga Rodríguez, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas.*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 294.

¹¹⁹ Tiedemann, Klaus. *Derecho penal económico. Introducción y parte general.*, Grijley, Perú, 2009, p. 233 – 234.

*una norma de imputación permite aceptar la existencia de una acción de la persona jurídica, aunque ésta 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.”*¹²⁰

Una vez reconocida la capacidad de acción de las personas jurídicas, es preciso establecer la estructura del delito que pueda ser aplicable a estos entes.

3.2. EL INJUSTO EN EL MODELO DE DEFECTO POR ORGANIZACIÓN.

Una vez reconocida la capacidad de acción de las personas jurídicas es procedente hacer referencia al injusto en materia de responsabilidad penal de estos entes. En relación con éste modelo, quienes lo apoyan definen el injusto como de organización¹²¹. Vale la pena recordar que en todo caso en este modelo se establece una diferenciación entre las actuaciones punibles cometidas por los administradores y las de la misma empresa, al igual que en el modelo constructivista¹²².

Es así entonces como con base en los presupuestos de este modelo se dan las características del injusto. En este orden de ideas menciona la profesora LAURA ZÚÑIGA: “*En estos casos el injusto de organización esta constituido por la peligrosidad objetiva de la cosa,*

¹²⁰ Bacigalupo, Silvana. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 170.

¹²¹ Zúñiga Rodríguez, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas.*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 319.

¹²² Zúñiga Rodríguez, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas.*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 320.

fundamentada en una serie de conductas dolosas efectuadas por sus directivos, es decir, por constituir un elemento peligroso en manos de sujetos responsables que la utilizan con fines criminales.”¹²³ De otra parte, también se destaca que el fundamento para la sanciones a las personas jurídicas se sustenta en la prevención especial positiva y negativa.¹²⁴

Siguiendo con la postura adoptada en este sistema, se establece que no es admisible la ejecución de conductas en grado de tentativa, esto teniendo en cuenta que se exige una lesión al bien jurídico por parte de la persona jurídica debido a su defecto de organización y también por aplicación al principio de fragmentariedad del Derecho penal.¹²⁵

3.3. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL MODELO DE POR DEFECTO DE ORGANIZACIÓN.

En relación con la figura de la imputación objetiva, este modelo acoge las mismas reglas que se aplican a las personas físicas, como lo son la creación de un riesgo no permitido y su concreción en el resultado.¹²⁶ En caso de las personas jurídicas y a efectos de esta teoría, se señala que “(...) *la organización debe haber creado un riesgo para el bien jurídico por*

¹²³ Zúñiga Rodríguez, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas.*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 320.

¹²⁴ Zúñiga Rodríguez, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas.*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 320.

¹²⁵ Zúñiga Rodríguez, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas.*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 321.

¹²⁶ Para un desarrollo profundo del tema puede verse: Roxin, Claus. *Derecho penal parte general. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito.* Civitas, Madrid, 2008, p. 362 y ss.

acción u omisión organizacional, es decir, por conductas activas u omisivas evitables en la organización.”¹²⁷ En este aspecto cabe resaltar que como no se tratan de acciones físicas o humanas se deben tener en cuenta entonces las normas que regulan la organización de la empresa, como por ejemplo, las leyes del país donde opera la empresa, los estatutos y el objeto social, los deberes impuestos a los empresarios, entre otros¹²⁸.

Frente a todo lo anterior, puede concluirse que el elemento objetivo del injusto abarca los presupuestos de la teoría de la imputación objetiva, que comprende tanto el riesgo permitido¹²⁹ como el análisis de la respectiva normatividad que se debe cumplir¹³⁰, la efectiva lesión de un bien jurídico.

¹²⁷ Zúñiga Rodríguez, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas.*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 321.

¹²⁸ Zúñiga Rodríguez, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas.*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 322 - 324.

¹²⁹ En relación con este elemento, menciona la profesora Laura Zúñiga: “*El riesgo permitido, es decir, la reglamentación de la materia que desarrolla el control estatal de dichos riesgos. El carácter antijurídico de la actuación de la organización está dado por el incumplimiento de dicha normativa que consiste en una serie de mandatos y prohibiciones. Concretamente, se trata de los deberes jurídicos del empresario, que se focalizan en los directivos, pues ellos son quienes tienen el poder de dirección y, por tanto, el dominio de la organización.*” En: Zúñiga Rodríguez, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas.*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 323 – 324.

¹³⁰ “*Es decir, tiene que observarse de acuerdo al medio interno y externo, tanto social como normativo, ya que la persona jurídica es un ente normativo por excelencia. En este sentido habrá que analizar sus objetivos formales y materiales, es decir, no sólo lo que dicen los estatutos, sino los fines concretos que va asumiendo la organización en un desarrollo institucional. Si conforme a todos estos elementos, se produce una lesión a un bien jurídico como materialización del riesgo desaprobado, estamos ante un injusto de organización empresarial.*” En: Zúñiga Rodríguez, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas.*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 322.

3.4. EL DOLO EN EL MODELO DE DEFECTO POR ORGANIZACIÓN.

En este aspecto corresponde hablar concretamente del dolo. Para justificar la existencia de este elemento en la teoría, se ha optado por acoger un concepto que en el cual se le da mayor relevancia a la parte cognitiva de éste, más precisamente el conocimiento del peligro generado para los bienes jurídicos. Sobre este punto se afirma: *“Con el objeto de que el dolo no pierda su carácter legitimante de intervención, ampliando su contenido con la mera configuración de un “dolo de peligro”, la profesora Laurenzo, sostiene, con razón, que debe exigirse la representación del peligro concreto de producción del resultado, o lo que es lo mismo, la conciencia del riesgo directo e inmediato que la acción implica para la integridad del bien jurídico”*¹³¹

Conforme a lo anterior, se reconoce entonces que el dolo en el caso de las personas jurídicas se configura principalmente por el elemento cognitivo. En este orden de ideas queda entonces hacer referencia sobre cual es conocimiento que se le exige a las personas jurídicas.

No se está de acuerdo con la postura de sumar los conocimientos de todo el personal de la empresa, pues según los defensores de esta teoría, eso equivaldría a que todas las actuaciones son dolosas.¹³² En cambio, se propone que el conocimiento equivale a un

¹³¹ Zúñiga Rodríguez, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas.*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 327.

¹³² Zúñiga Rodríguez, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas.*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 328.

defecto de organización¹³³. Su justificación se describe de la siguiente manera: “*La organización era consciente del potencial de lesión y, pese a dicho conocimiento, no le importó el riesgo material e injustificable de que se produjera una lesión (similar al estado mental de la imprudencia). Se trata de tener como referencia el conocimiento que debía tener la empresa en su actuación organizacional.*”¹³⁴

3.5. LA CULPABILIDAD EN EL MODELO DE DEFECTO POR ORGANIZACIÓN.

La culpabilidad para este modelo de responsabilidad se justifica básicamente en la contención y prevención de riesgos que puedan producir las empresas a los bienes jurídicos¹³⁵. Tal consideración se toma con base en los fines que puede tener la pena a la hora de ser aplicada a la persona jurídica, y así se afirma literalmente: “*El fundamento de la culpabilidad penal de la persona jurídica está dado por la finalidad que se considera cumple la pena tanto como norma primaria (en la fase de conminación legal), como norma secundaria (cuando es impuesta por el juez penal). La sanción que puede ser impuesta a las personas jurídicas es de carácter penal porque cumple con las finalidades preventivas y retributivas que se predicán de las penas. Se trata de evitar los comportamientos que ponen*

¹³³ Zúñiga Rodríguez, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas.*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 328.

¹³⁴ Zúñiga Rodríguez, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas.*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 329.

¹³⁵ Zúñiga Rodríguez, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas.*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 305.

en riesgo los bienes jurídicos, haciendo que las empresas cumplan con las normas de conducta”¹³⁶.

En vista de que se reconoce la existencia de riesgos ciertos que pueden lesionar bienes jurídicos producto de su actuación, en consecuencia se reconoce la capacidad de autorregulación misma de las empresas, tal como se ha desarrollado en la descripción de este modelo¹³⁷. Y es aquí mismo como se justifica la teoría¹³⁸ del defecto de organización: *“El fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica en la prevención (control y vigilancia) de las conductas de riesgo para bienes jurídicos que desarrolla con su actividad, ha de ser el punto de partida, pues entronca con toda la filosofía moderna de autorresponsabilidad empresarial y la idea de que un sujeto con libertades ha de ser un sujeto con responsabilidades y si la empresa no puede ser controlada desde fuera por el ordenamiento (teorías liberales predominantes al albor de la globalización), debe ser ella misma la que desarrolle mecanismos de prevención de sus actividades.”*¹³⁹

¹³⁶ Zúñiga Rodríguez, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas.*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 305.

¹³⁷ Así lo reconoce la profesora Laura Zúñiga también en: Zúñiga Rodríguez, Laura. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Principales problemas de imputación*, en: *Estudios de derecho judicial No. 115*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 117.

¹³⁸ Esta teoría del defecto por organización ha sido criticada pues se considera que este defecto de organización no puede derivar en una culpabilidad propia de la persona jurídica: *“(…) resulta más que dudoso si la culpabilidad por defecto de organización es expresión de una culpabilidad en sentido estricto de la persona jurídica o, por el contrario, una regla de transferencia de responsabilidad a la persona jurídica por el hecho culpable de las personas físicas que, en el seno de la misma, infringen los deberes de organización y vigilancia que recaen sobre ellos (…)* del defecto de organización no se puede derivar, en sí, una “culpabilidad”: el defecto de organización sería, más bien, un “dato objetivo”, quedando pendiente de aclaración la cuestión de en qué casos y por qué la persona jurídica puede ser estimada “culpable” del defecto de organización que se produce en su seno.” En: Silva Sánchez, Jesús María. La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas. En: AA. VV. *Revista Derecho penal y Criminología*, No. 86. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2008, p. 141.

¹³⁹ Zúñiga Rodríguez, Laura. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Principales problemas de*

Teniendo en cuenta lo anterior, es decir, si se admite que las personas jurídicas producen riesgos que lesionan bienes jurídicos, que puede ser justificable una sanción penal para estos entes, y que además tiene un grado de libertad de autorregularse así misma, se reconoce que la capacidad de culpabilidad esta dada por una infracción al deber de vigilancia, como culpa *in vigilando* y culpa *in eligendo*¹⁴⁰, más concretamente como un defecto de organización. Tal concepto lo define el profesor TIEDEMANN de la siguiente manera: “(...) o sea cuando el titular de la empresa o cualquier otro obligado a efectuar el control omitiesen “asegurar el cumplimiento de los deberes empresariales, que el mismo no estuviera en condiciones de realizar, contratando a una persona idónea y confiable, o, cuando él (hubiese regulado) las competencias de manera tan poco clara que esto propicia el peligro de que se llegue a violar deberes empresariales porque o bien nadie se siente competente o lo sea solamente una persona inidónea para ello.”¹⁴¹

Como puede observarse este modelo guarda relación con el modelo constructiva en la medida en que reconoce la capacidad de autoorganización de las empresas, pero difiere en relación con algunos de sus planteamientos. En todo caso la idea final de estas teorías consiste en atribuir una responsabilidad penal a las personas jurídicas por un hecho propio de las mismas.

imputación, en: *Estudios de derecho judicial No. 115*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 117.

¹⁴⁰ Zúñiga Rodríguez, Laura. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Principales problemas de imputación*, en: *Estudios de derecho judicial No. 115*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 118.

¹⁴¹ Tiedemann, Klaus. *Derecho penal económico. Introducción y parte general.*, Grijley, Perú, 2009, p. 237.

4. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURIDICAS EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL VIGENTE Y SU RELACIÓN CON LOS MODELOS DE AUTORRESPONSABILIDAD PROPIOS.

El modelo español de responsabilidad penal de personas jurídicas ha servido de discusión para formar el debate respecto de la admisión o no de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Tal discusión se ha centrado en primer lugar con lo establecido en el artículo 31 del código penal de 1995, modificado por la ley orgánica 15/2003 y las denominadas consecuencias accesorias, y su posterior modificación en el año 2010, mediante la Ley Orgánica 5/2010. Por tal motivo es necesario hacer referencia a los dos modelos y sus características más importantes.

En principio, no había posibilidad alguna de hacer responsable a las personas jurídicas por la comisión de conductas punibles¹⁴². Sin embargo, surgieron las denominadas consecuencias accesorias, que tuvieron origen mediante la modificación realizada al artículo 31 del Código penal español por la Ley orgánica 15/2003, agregando un apartado que dice: *“En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica, en cuyo nombre o por cuenta actuó”* Evidentemente, de la redacción del apartado,

¹⁴² Sin embargo, se consagró la figura del actuar por otro. Al respecto dice la norma: *“El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.”*

puede observarse que tal norma no consagra responsabilidad penal de personas jurídicas, pues afirma que el responsable es una persona física condenada mediante sentencia, y se establece una solidaridad en relación con el pago de la multa impuesta.

En todo caso la doctrina consideró que esa solidaridad de la persona jurídica en el pago de la multa que se impone a la persona física si bien no constituía una pena para la persona jurídica, si podría ser asimilable a las consecuencias accesorias que consagra la misma legislación citada en el artículo 129¹⁴³¹⁴⁴.

Así mismo, es pertinente mencionar que la doctrina abrió la posibilidad de reconocer como penas a estas consecuencias accesorias, razón por la cual algunos autores se refiere a estas consecuencias como medidas de seguridad: *“Por tanto, y en conclusión, creo que cabe sostener que las legalmente denominadas “consecuencias accesorias” son medidas de seguridad jurídico – penales que recaen sobre las personas jurídicas en tanto que centros*

¹⁴³ *“El juez o tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 31 del mismo, previa audiencia del ministerio fiscal y de los titulares o de sus representantes legales podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias: Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años. Disolución de la sociedad, asociación o fundación. Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años. Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años. La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años. 2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa. 3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma “*

¹⁴⁴ Sobre este punto señaló el profesor Santiago Mir: *“El nuevo art. 31,2 CP ha venido a añadir , como se ha visto, la responsabilidad solidaria y directa de pagar la pena de multa impuesta al autor físico de un delito cometido en nombre de la persona jurídica. También esta disposición ha de verse como una consecuencia accesoria de la pena impuesta a la persona física que haya actuado en nombre de la persona jurídica (la actual redacción del art. 129 CP también la menciona)”* En: Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general.*, octava edición, editorial Reppertor, Barcelona, 2009. p. 198.

de imputación de la lesión de una norma jurídico – penal de valoración, siendo así que, además, es previsible que continúen produciendo tal lesión en el futuro. Como tales consecuencias estrictamente jurídico – penales, su imposición debe estar sujeta a los principios garantísticos mínimos propios del derecho penal.”¹⁴⁵ ¹⁴⁶

Con todo lo anteriormente descrito, la legislación española dio un primer paso para atribuir responsabilidad penal a las empresas. Pero no fue sino hasta el año 2010, cuando se consagró en el sistema español una verdadera responsabilidad penal de personas jurídicas¹⁴⁷. Menciona el artículo 31 bis añadido por la Ley orgánica 5/2010:

“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido

¹⁴⁵ Silva Sánchez, Jesús María. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal*. En: *Derecho penal económico. Manuales de formación continuada*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001. p. 347.

¹⁴⁶ Similar opinión es establecida por el profesor Santiago Mir, quien afirma: “*Otra cuestión es si las medidas previstas por el CP para las personas jurídicas, aun no siendo verdaderas penas, pueden considerarse una forma distinta de “responsabilidad penal”. Nada lo impide si esta expresión se entiende en un sentido amplio que incluya no sólo las penas, sino también las medidas de seguridad y las medidas previstas para personas jurídicas en cuanto ambas se imponen en el marco de un proceso penal y tiene por objeto la prevención de delitos.*”. En: Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general.*, octava edición, editorial Reppertor, Barcelona, 2009. p. 199.

¹⁴⁷ Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, novena edición, editorial Reppertor, Barcelona, 2011, p. 200.

sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. 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 apartado 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.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que 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 responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a. Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b. Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las

responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c. Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d. Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.”

En relación con el artículo citado, ha surgido la discusión sobre si la responsabilidad consagrada en el Código penal español corresponde a un modelo de heterorresponsabilidad o si por el contrario se puede hablar de un modelo de autorresponsabilidad. Quienes defienden que el modelo consagrado se trata de una forma de heterorresponsabilidad

afirman que la conducta punible debe haber sido realizada por una persona física vinculada a la persona jurídica y que con el delito se obtenga un beneficio para la sociedad, pues así lo exige la norma.¹⁴⁸

En este sentido se afirma además: *“Por otro lado, la responsabilidad penal de la persona jurídica no es directa, sino que requiere que una persona física haya cometido un delito, pero ya no que sea responsable penalmente del mismo (...). En este sentido se prevé que 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 aludidos en el artículo 31 bis 1, aun cuando la persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella.”*¹⁴⁹

En todo caso, quienes apoyan el modelo de autorresponsabilidad, niegan que el sistema español sea totalmente de heterorresponsabilidad, y responden a la postura anterior lo siguiente: *“Si bien es cierto que una de las características esenciales del modelo español es que debe existir un delito de una persona física en provecho de la persona jurídica -doloso, por mas señas, con la única excepción del delito de financiación de terrorismo donde cabe un comportamiento por imprudencia grave de la persona física-, ello no significa que se pueda fundamentar la RPPJ en el injusto y la culpabilidad de otro.”*¹⁵⁰ Tal afirmación es

¹⁴⁸ Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, novena edición, editorial Reppertor, Barcelona, 2011, p. 202.

¹⁴⁹ Boldova, Miguel Ángel; Rueda, María Ángeles. *La Responsabilidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Penal Español*. En: *Corporate criminal liability. Emergence, convergence, and risk.*, Springer, New York, 2011, p. 277.

¹⁵⁰ Feijoo Sánchez, Bernardo José. Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español. En: Bajo Fernández, Miguel; Feijoo Sánchez, Bernardo José; Gómez-Jara, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomsom Reuters, Navarra, 2012, p. 66.

así, pues se considera que el injusto cometido por una persona física si esta relacionado con el hecho típico de otra, no implica esto necesariamente que se tenga que responder por una culpabilidad ajena¹⁵¹.

De otra parte, también se destaca que quienes afirman que el modelo consagrado en la ley española es de heterorresponsabilidad, solamente tiene en cuenta el primer inciso de la norma, y no los siguientes, en donde se puede evidenciar que puede haber persecución penal sin tener en cuenta a la persona física. Sobre esto se afirma: *“En primer lugar, desde un punto de vista interno al art. 31 bis, el modelo vicarial o por trasferencia resulta incompatible con los apartados segundo y tercero conforme a los cuales las personas jurídicas pueden responder sin la correspondiente culpabilidad de una persona física. Como establecen dichos apartados dos y tres, la persona jurídica puede ser perseguida independientemente (porque no haya sido individualizada, no haya sido posible dirigir el procedimiento contra las personas físicas, hayan fallecido o se hayan sustraído a la acción de la justicia).”*¹⁵² Y es que además se argumenta que en el mismo artículo se establece la responsabilidad penal de la empresa, por su hecho propio y además se le atribuye una característica propia de culpabilidad.¹⁵³ Circunstancia que reafirma la tesis de la

¹⁵¹ Feijoo Sánchez, Bernardo José. Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español. En: Bajo Fernández, Miguel; Feijoo Sánchez, Bernardo José; Gómez-Jara, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomsom Reuters, Navarra, 2012, p. 66.

¹⁵² Feijoo Sánchez, Bernardo José. Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español. En: Bajo Fernández, Miguel; Feijoo Sánchez, Bernardo José; Gómez-Jara, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomsom Reuters, Navarra, 2012, p. 72.

¹⁵³ Feijoo Sánchez, Bernardo José. Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español. En: Bajo Fernández, Miguel; Feijoo Sánchez, Bernardo José; Gómez-Jara, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomsom Reuters, Navarra, 2012, p. 72.

consagración de un modelo de autorresponsabilidad.

A pesar de lo anterior tampoco se reconoce que el modelo español sea un modelo de autorresponsabilidad puro, y esto es así porque como bien se entiende, el modelo no prescinde completamente de la conducta humana¹⁵⁴, pues se concluye así de la lectura misma del artículo 31 bis¹⁵⁵. De modo que si no se verifica un delito cometido por la persona física no puede haber responsabilidad penal de personas jurídicas, sin que esto implique, como se mencionó anteriormente, que de no determinarse quien fue el autor (persona física) no pueda imputarse responsabilidad penal a la empresa¹⁵⁶.

Queda entonces por definir que conductas de personas físicas pueden llegar a desencadenar una responsabilidad penal de las personas jurídicas. La respuesta es sencilla: *“Cualquier modalidad delictiva de la persona física es relevante para generar la RPPJ: conductas de autoría o de participación y tanto delitos consumados como en grado de tentativa. Lo más*

¹⁵⁴ Feijoo Sánchez, Bernardo José. Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español. En: Bajo Fernández, Miguel; Feijoo Sánchez, Bernardo José; Gómez-Jara, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomsom Reuters, Navarra, 2012, p. 86.

¹⁵⁵ Al respecto se menciona: *“Esto es evidente si tenemos en cuenta que el propio Código Penal establece la pena de multa en relación a la gravedad del hecho delictivo cometido por la persona física.”* En: Feijoo Sánchez, Bernardo José. Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español. En: Bajo Fernández, Miguel; Feijoo Sánchez, Bernardo José; Gómez-Jara, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomsom Reuters, Navarra, 2012, p. 86.

¹⁵⁶ En este sentido menciona el profesor Mir Puig: *“un sector doctrinal entiende que existen indicios para concluir que el legislador habría previsto un sistema de autorresponsabilidad, o de culpabilidad de la empresa por los propios actos. Uno de ellos consistiría en que la responsabilidad penal de las personas jurídicas también será exigible aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella (art. 31 bis, 2). Otro, en la incomunicabilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad de la persona física que comete el delito (art. 31 bis, 3)”*. En: Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, novena edición, editorial Reppertor, Barcelona, 2011, p. 202.

conveniente parece ser entender que quedan fuera del ámbito del art. 31 bis los supuestos enormemente excepcionales de actos preparatorios cuando todavía no se ha dado principio a la ejecución del delito, especialmente en los casos de falta del debido control por parte del administrador o representante legal ya que lo contrario supondría llevar las obligaciones de control demasiado lejos.”¹⁵⁷

5. EL MODELO DE RESPONSABILIDAD POR ATRIBUCIÓN. ESPECIAL REFERENCIA AL MODELO ESTADOUNIDENSE.

Una vez visto el desarrollo de las principales teorías que defienden la imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas con base en el hecho propio de la misma corresponde describir el modelo de responsabilidad por atribución. Es de resaltar que este modelo ha sido consagrado en diferentes legislaciones, en especial del *common law*, por lo que en este caso es pertinente referirse a los diferentes sistemas particulares, haciendo especial referencia al sistema estadounidense, lo cual se hará a través del desarrollo de este punto.

Este modelo de responsabilidad por atribución, como menciona el profesor BERDUGO, encuentra sus orígenes en el derecho privado¹⁵⁸, en donde a las sociedades se les atribuye

¹⁵⁷ Feijoo Sánchez, Bernardo José. Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español. En: Bajo Fernández, Miguel; Feijoo Sánchez, Bernardo José; Gómez-Jara, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomsom Reuters, Navarra, 2012, p. 89.

¹⁵⁸ AA. VV. *Curso de Derecho penal. Parte general*. Ediciones Experiencia, Barcelona, 2010, p. 549.

los comportamientos de sus representantes¹⁵⁹. Tal propuesta parte de la idea de entender a la persona jurídica como una figura humana, en donde se considera a los administradores como su cerebro y sus manos¹⁶⁰. De esta forma en principio parece resolverse los problemas de los conceptos de acción, o la culpabilidad de estos entes, pues se traslada la culpabilidad de personas físicas a las personas jurídicas.¹⁶¹

En este sentido, el profesor SILVA SÁNCHEZ propone la siguiente definición: “*El modelo de responsabilidad por atribución a la persona jurídica presupone la comisión de un hecho delictivo completo por una de las personas físicas integradas en su seno, normalmente por alguna de las que integran sus órganos o la representan. Según tal modelo, la responsabilidad por este 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.*”¹⁶². Tal concepción es acogida por ejemplo, en el sistema legal de Inglaterra y Gales, en donde el delito sólo puede ser cometido producto de una actividad relevante que desencadena un perjuicio grave¹⁶³. Encontramos un también un país latinoamericano que tiene en su ordenamiento jurídico (Ley No. 20.393) este sistema de atribución de responsabilidad penal, aunque con algunos

¹⁵⁹ AA. VV. *Curso de Derecho penal. Parte general*. Ediciones Experiencia, Barcelona, 2010, p. 549.

¹⁶⁰ AA. VV. *Curso de Derecho penal. Parte general*. Ediciones Experiencia, Barcelona, 2010, p. 549.

¹⁶¹ AA. VV. *Curso de Derecho penal. Parte general*. Ediciones Experiencia, Barcelona, 2010, p. 549.

¹⁶² Silva Sánchez, Jesús María. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal*. En: *Derecho penal económico. Manuales de formación continuada*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001. p. 322 – 323.

¹⁶³ Wells, Celia. *Corporate criminal liability in England and Wales: Past, present and future*. En: *Corporate criminal liability. Emergence, convergence, and risk.*, Springer, New York, 2011, p. 101.

matices¹⁶⁴. El caso chileno se ha descrito de la siguiente manera: “(...) *para la procedencia de la responsabilidad penal de la entidad deben concurrir los siguientes requisitos: la existencia de un delito de los señalados en el artículo 1, por una de las personas naturales que en el mismo artículo 3 se señalan; la comisión del delito en interés o provecho de la persona jurídica y, el incumplimiento por parte de ésta de los deberes de dirección y de supervisión.*”¹⁶⁵

Pese a lo anterior, es preciso señalar que el modelo no implica una responsabilidad objetiva, y para entender esto es necesario tener en cuenta que “*es un modelo de imputación mediante el cual se atribuye a la corporación el actus reus y la mens rea del agente (...) podría decirse que se imputan a la corporación el injusto y la culpabilidad del agente o representante.*”^{166 167} Sin embargo, tal concepto no ha sido aplicado siempre, puesto que en

¹⁶⁴ Esto porque a primera vista parece un sistema de responsabilidad por atribución, se tiene en cuenta otros elementos adicionales característicos de otros sistemas. Sobre esto se afirma: “(...) *junto a la necesidad de que exista un hecho de referencia o de conexión -realizado por una persona física-, también se requiere de un responsabilidad por el hecho propio del ente, basada en la teoría de la culpabilidad de organización, por cuanto la empresa podrá eximirse del cumplimiento de la pena, a pesar de haberse demostrado la comisión del delito por parte de un órgano de la dirección o por quienes dependan los primeros, en la medida en que existan modelos de autoorganización idóneos para la prevención de delitos.*” En: Salvo, Nelly. *Principales aspectos de la Nueva de responsabilidad Penal de las personas Jurídicas en Chile (Ley No. 20.393)*. En: *Corporate criminal liability. Emergence, convergence, and risk.*, Springer, New York, 2011, p. 294.

¹⁶⁵ Salvo, Nelly. *Principales aspectos de la Nueva de responsabilidad Penal de las personas Jurídicas en Chile (Ley No. 20.393)*. En: *Corporate criminal liability. Emergence, convergence, and risk.*, Springer, New York, 2011, p. 293.

¹⁶⁶ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 26. Igual concepto puede encontrarse en lo expuesto por el profesor Silva Sánchez, que al respecto señala: “*Este es, a mi juicio también que se corresponde con la “identification doctrine” anglosajona, según la cual en los casos en que quien comete el delito (realizando tanto el actus reus como la mens rea) es una persona física lo suficientemente importante en su estructura como para afirmar que expresa el “directing mind and will of the company”, entonces la persona jurídica puede ser sancionada directamente en tanto que los actos del órgano se entienden como actos de la sociedad.*” En: Silva Sánchez, Jesús María. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal*. En: *Derecho penal económico. Manuales de formación continuada*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001. p. 323.

sus orígenes, este modelo de atribución de responsabilidad no contaba con los elementos mencionados.¹⁶⁸, tal como sucedió por ejemplo en los Estados Unidos, donde se inició la responsabilidad penal de personas jurídicas aplicando un modelo estricto de responsabilidad vicarial.¹⁶⁹. Sin embargo, hay sistemas legales que aun conservan éste modelo estricto de responsabilidad, como es el caso de Escocia, en donde los actos de los empleados son atribuidos si los realizan con ocasión de sus trabajos, es decir, no requieren de *mens rea*¹⁷⁰.

En el modelo estadounidense se entiende que las personas jurídicas no pueden actuar ni tener una intencionalidad, en consecuencia estos entes sólo pueden actuar a través de sus empleados,¹⁷¹ situación reconocida en sistemas jurídicos como el norteamericano¹⁷² y francés¹⁷³. Es por tal motivo que el modelo de atribución de responsabilidad encuentra sus

¹⁶⁷ Así, en el modelo holandés el *actus reus* y la *mens rea* pueden ser usados como causales de justificación y excusa. Gritter, Erik; Keulen, Berend. *Corporate criminal liability in the Netherlands*. En: *Corporate criminal liability. Emergence, convergence, and risk.*, Springer, New York, 2011, p. 180.

¹⁶⁸ Así se entiende de inspeccionar la evolución histórica del modelo, aplicado en Estados Unidos y Gran Bretaña: Pieth, Mark; Ivory, Randha. *Emergence and convergence: Corporate criminal liability principles in overview*. En: *Corporate criminal liability. Emergence, convergence, and risk.*, Springer, New York, 2011, p. 68.

¹⁶⁹ Nanda, Ved P. *Corporate Criminal Liability in the United States: Is a new approach warranted?*. En: *Corporate criminal liability. Emergence, convergence, and risk.*, Springer, New York, 2011, p. 65.

¹⁷⁰ Stark, Findlay. *Corporate criminal liability in Scotland: The problems with a piecemeal approach*. En: *Corporate criminal liability. Emergence, convergence, and risk.*, Springer, New York, 2011, p. 116 – 117.

¹⁷¹ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 237.

¹⁷² Nanda, Ved P. *Corporate Criminal Liability in the United States: Is a new approach warranted?*. En: *Corporate criminal liability. Emergence, convergence, and risk.*, Springer, New York, 2011, p. 68.

¹⁷³ De forma parecida sucede en el sistema francés, que reconoce responsabilidad penal de personas jurídicas, pero no hay un mecanismo legal que permita imputar directamente responsabilidad a la persona jurídica, sino que el juez debe verificar la existencia de un delito cometido por una persona miembro del

bases en dos aspectos determinantes: la actuación de la persona física con ocasión del empleo y la intención de beneficiar a la empresa¹⁷⁴.

5.1. ACTUACIÓN DEL EMPLEADO EN EL MARCO DEL EMPLEO.

Como se mencionó anteriormente se ha reconocido en este modelo de responsabilidad, que las empresas actúan a través de sus representantes. Estos a su vez actúan porque la misma corporación se los permite, en determinados ámbitos¹⁷⁵. La consecuencia de esto es que si el agente actúa por fuera de los ámbitos de autorización no se podría realizar la imputación.

En este orden de ideas, se destaca además que las mencionadas autorizaciones dadas a los agentes pueden darse de manera explícita o implícita, toda vez que se reconoce en este modelo, en primer lugar, una voluntad e intencionalidad de las empresas en el caso de la explícita, y en la implícita se trata de una presunción por parte de un tercero de que existe la mencionada autorización.¹⁷⁶

órgano representativo. En: Deckert, Katrin. *Corporate criminal liability in France*. En: *Corporate criminal liability. Emergence, convergence, and risk.*, Springer, New York, 2011, p. 153.

¹⁷⁴ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 237.

¹⁷⁵ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 237. Esto es determinante, porque según el profesor Gómez – Jara: “(...) su actuación, para poder ser imputada a la corporación, debe estar dentro de estos ámbitos autorizados.”p. 238.

¹⁷⁶ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 239.

De otra parte, el profesor GÓMEZ – JARA encuentra problemático el caso en el cual los empleados actúan en asuntos prohibidos por la corporación. Sobre esto dice: “Desde el comienzo se evidenció que había algún elemento que no encajaba cuando un agente cometía un delito llevando a cabo una conducta expresamente prohibida por la corporación. Efectivamente así lo reconoció el tribunal del caso “Holland Furnace”. Sin embargo, a pesar de esta decisión jurisprudencial, en la actualidad una empresa sigue siendo generalmente condenada por los actos de sus agentes a pesar de haber sido prohibidos por ella.”¹⁷⁷ . Se critica entonces que cualquier medida adoptada por la empresa no tiene relevancia a la hora de hacer la respectiva imputación. Sin embargo, tales medidas si se tendrían en cuenta en el momento de la imposición de la pena.¹⁷⁸

Es de destacar también que en el caso estadounidense se condenaba a las empresas con ocasión de los actos de cualquiera de sus empleados, sin importar si estos ocupan altos cargos dentro de la organización o no¹⁷⁹, pero después de diversas críticas, ha habido una tendencia a corregir esta posición, pero aun se incluye a subordinados, y en general cualquier empleado¹⁸⁰. Situación diferente ocurre en Inglaterra, en donde la responsabilidad

¹⁷⁷ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 239.

¹⁷⁸ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 240.

¹⁷⁹ Sin embargo esta situación se ha ido reflexionando hasta en determinados casos tener en cuenta la jerarquía de los trabajadores en la organización, tal como se menciona en: Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 240.

¹⁸⁰ Nanda, Ved P. *Corporate Criminal Liability in the United States: Is a new approach warranted?*. En: *Corporate criminal liability. Emergence, convergence, and risk.*, Springer, New York, 2011, p. 69.

se basa estrictamente en actos cometidos por altos directivos de la corporación¹⁸¹.

Para solucionar el inconveniente de la jerarquía de los empleados se ha realizado a través de la teoría denominada *doctrine of identification*, “a la que en ocasiones se le había añadido los criterios de la agency (mandato), y adoptando el puro criterio de la atribución. La consecuencia practica de este cambio de enfoque es, efectivamente, que permite imputar a la compañía hechos de empleados situados en niveles inferiores a los orgánicos o representativos. El criterio no sería ya la capacidad de la persona física para controlar o determinar la actuación general de la persona jurídica, sino que bastaría con que tuviera una competencia sectorial con autonomía operativa.”¹⁸²

5.2. INTENCIÓN DE BENEFICO A LA EMPRESA.

Este presupuesto se exige para no atribuir una responsabilidad penal a la persona jurídica cuando se cometan actos que vayan en contra de sus propios intereses¹⁸³. Sin embargo se reconoce que en todo caso si las actuaciones del agente son contrarias a las políticas de la compañía y a las órdenes o instrucciones en todo caso podría imputarse una responsabilidad

¹⁸¹ Wells, Celia. *Corporate criminal liability in England and Wales: Past, present and future*. En: *Corporate criminal liability. Emergence, convergence, and risk.*, Springer, New York, 2011, p. 104.

¹⁸² Sánchez, Jesús María. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal*. En: *Derecho penal económico. Manuales de formación continuada*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001. p. 324 – 325.

¹⁸³ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 241.

vicarial en la medida de que haya una dificultad que impida individualizar al agente.¹⁸⁴ No ocurre lo mismo en el sistema francés, en donde la persona jurídica no es responsable por las infracciones cometidas por sus directores en el ejercicio de sus funciones, si actúan en interés propio.¹⁸⁵

Es importante resaltar además que en todo caso a pesar de que se habla de beneficio, este no necesariamente se tiene que concretar sino que basta solamente con la intención del empleado de beneficiar a la compañía¹⁸⁶. Además se señala que “*tampoco resulta necesario que el objetivo principal del empleado sea el de beneficiar a la empresa ya que muchos empleados actúan con la mente puesta en su propia ganancia personal.*”¹⁸⁷.

Además de los presupuestos anteriormente mencionados, en el caso de Estados Unidos, se han implementado otros requisitos, que si bien no afectan la forma de imputar responsabilidad penal, si se tienen en cuenta para determinar o incrementar la punibilidad de las corporaciones. Así, en 1999 se determinó en el manual guía USSC 2009 del Departamento de Justicia los siguientes factores: La tolerancia de actividades criminales, el

¹⁸⁴ Nanda, Ved P. Corporate Criminal Liability in the United States: Is a new approach warranted?. En: *Corporate criminal liability. Emergence, convergence, and risk.*, Springer, New York, 2011, p. 69.

¹⁸⁵ Deckert, Katrin. *Corporate criminal liability in France*. En: *Corporate criminal liability. Emergence, convergence, and risk.*, Springer, New York, 2011, p. 162.

¹⁸⁶ Situación que por ejemplo ocurre en el caso chileno: “*La vinculación exigida entre la actuación de la persona natural y la persona jurídica, por cierto, es mayor para que se configure la responsabilidad de de esta última, pero mantiene la idea de que la misma, no debe entenderse en términos de resultado sino de mera expectativa para la organización. Lo anterior se ve reforzado por el propio texto de la ley, en la que no exige la concurrencia de un beneficio efectivo para la empresa.*” En: Salvo, Nelly. *Principales aspectos de la Nueva de responsabilidad Penal de las personas Jurídicas en Chile (Ley No. 20.393)*. En: *Corporate criminal liability. Emergence, convergence, and risk.*, Springer, New York, 2011, p. 299.

¹⁸⁷ Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. editorial B de F, Buenos Aires, 2010, p. 241.

historial o antecedentes de la corporación, a violación de una orden por parte de la empresa, y la obstrucción a la justicia por parte de la persona jurídica.¹⁸⁸ De otra parte, también se establecieron dos atenuantes: la existencia de un programa efectivo de auditoria o vigilancia y programas de ética y la aceptación de responsabilidad.¹⁸⁹

Se agregó, en 1999, mediante memorando del Procurador General, otros factores a tener en cuenta a la hora de aplicar la punibilidad a las personas jurídicas: la naturaleza del crimen, la existencia de varios actos ilícitos al interior de la corporación, conductas similares cometidas por la corporación anteriormente, la cooperación por parte de la corporación y su voluntad de aclaración de los hechos, la incorporación de programas de auditoría, los esfuerzos de la corporación por remediar y restaurar la situación, las consecuencias de una acusación a la corporación y otras alternativas diferentes a la acusación¹⁹⁰.

6. MODELO DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN ALEMANIA.

Resulta importante hacer especial referencia al modelo de atribución de responsabilidad alemán, no sólo por sus características propias sino porque además profesores de dicho país

¹⁸⁸ Nanda, Ved P. Corporate Criminal Liability in the United Sates: Is a new approach warranted?. En: *Corporate criminal liability. Emergence, convergence, and risk.*, Springer, New York, 2011, p. 71.

¹⁸⁹ Nanda, Ved P. Corporate Criminal Liability in the United Sates: Is a new approach warranted?. En: *Corporate criminal liability. Emergence, convergence, and risk.*, Springer, New York, 2011, p. 71.

¹⁹⁰ Nanda, Ved P. Corporate Criminal Liability in the United Sates: Is a new approach warranted?. En: *Corporate criminal liability. Emergence, convergence, and risk.*, Springer, New York, 2011, p. 71 – 72.

han realizado importantes aportes al derecho penal moderno¹⁹¹. Al respecto cabe destacar que el Código penal alemán no consagra la responsabilidad penal para personas jurídicas, siguiendo la tradición del viejo aforismo *societas delinquere non potest*.^{192 193}

Sin embargo, el Código penal consagra medidas de confiscación y decomiso de productos o instrumentos del delito, que pueden ser aplicables a las personas jurídicas si el autor del delito lo cometió en calidad de representante legal de la misma.¹⁹⁴ En todo caso, tales medidas no se consideran como responsabilidad penal en estricto sentido, sino que son medidas para simplemente para evitar que las personas jurídicas se beneficien de los ilícitos cometidos por sus representantes¹⁹⁵.

Vale la pena anotar que según el § 130 de la Ley de Contravenciones se puede imponer la pena de multa¹⁹⁶ a una persona jurídica si un empleado de menor jerarquía, es decir, no

¹⁹¹ En este sentido puede verse obras de diferentes autores como los profesores Claus Roxin (*Derecho penal parte general. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Civitas, Madrid, 2008.), Günther Jakobs (*Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons ediciones Jurídicas, Madrid, 1997) Bernd Schünemann (*Aspectos puntuales de la dogmática jurídico – penal*. Grupo editorial Ibáñez, Bogotá, 2007.), entre otros.

¹⁹² Böse, Martin. Corporate Criminal Liability in Germany. En: *Corporate criminal liability. Emergence, convergence, and risk.*, Springer, New York, 2011, p. 228.

¹⁹³ Sobre este punto menciona la profesora Zúñiga: “En Alemania a nivel de kernstrafrecht rige el principio “*societas delinquere non potest*”. Es decir, es dominante la concepción que, de lege data, las personas jurídicas y las asociaciones de personas son incapaces de realizar una acción penal en sentido estricto. Este país caracterizado por el refinamiento dogmático del derecho penal, precisamente ha diseñado una concepción del injusto penal fundamentalmente centrado en el comportamiento humano de una persona física, que ha tenido importantes repercusiones en la construcción de la teoría del delito, especialmente en la antijuridicidad y en la culpabilidad.” En: “ Zúñiga Rodríguez, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas.*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 126.

¹⁹⁴ Böse, Martin. Corporate Criminal Liability in Germany. En: *Corporate criminal liability. Emergence, convergence, and risk.*, Springer, New York, 2011, p. 228.

¹⁹⁵ Böse, Martin. Corporate Criminal Liability in Germany. En: *Corporate criminal liability. Emergence, convergence, and risk.*, Springer, New York, 2011, p. 228.

¹⁹⁶ Sin embargo, estas sanciones de carácter administrativo, han sido ampliamente criticadas pues su marco jurídico difiere ampliamente de las características propias del Derecho penal. Este aspecto es ampliamente explicado por el profesor Luis Greco: Greco, Luis. A relação entre o direito penal e o direito

representante, comete una infracción a nombre de la empresa, siempre y cuando un representante de esta haya podido impedir la comisión de la infracción mediante una adecuada supervisión¹⁹⁷.

En 1949 el legislador alemán optó por imponer sanciones de tipo administrativo, como la multa, contra las personas jurídicas¹⁹⁸. Esta regulación se complementó además con la Ley de Contravenciones¹⁹⁹. Sobre esto el profesor SCHÜNEMANN afirma: “*La multa administrativa contra personas jurídicas y entidades colectivas actualmente ya es un instrumento estándar, no sólo en el Derecho penal de la corporación angloamericana, sino también en Alemania, según el § 30 de la Ley de Contravenciones, y a nivel europeo como medio de sanción contra carteles ilícitos y otras restricciones de la competencia. Desde un punto de vista funcional, también deben incluirse en este contexto los danos punitivos del derecho civil americano, mediante los que se persiguen fines preventivos y, por consiguiente, cometidos del derecho penal.*”²⁰⁰

En este orden de ideas se entiende además que la multa no es una sanción penal sino una consecuencia de la infracción cometida por una persona natural, por lo tanto no se

administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. En: AA. VV. *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*. Editorial Temis, Bogotá, 2012, p. 233 y ss.

¹⁹⁷ Böse, Martin. Corporate Criminal Liability in Germany. En: *Corporate criminal liability. Emergence, convergence, and risk.*, Springer, New York, 2011, p. 231.

¹⁹⁸ Mediante Ley de criminalidad económica del 26 de julio de 1949.

¹⁹⁹ Ley del 24 de mayo de 1968.

²⁰⁰ Schünemann, Bernd. *Nuevas tendencias internacionales en la responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas*. En: XXV jornadas internacionales de derecho penal, Coord.: Jaime Bernal Cuéllar, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 296.

considera esta sanción como incompatible con un modelo de responsabilidad personal²⁰¹, es decir, el hecho de que se imponga una sanción de multa a la persona jurídica no implica que ésta sea una responsabilidad penal de la empresa, de modo que no se desconoce la noción de responsabilidad personal establecida en la legislación penal alemana²⁰².

En todo caso este sistema de responsabilidad no ha sido exento de críticas. Por ejemplo, el profesor SCHÜNEMANN hace algunos reparos sobre la sanción de multa. En este sentido dice: *“Ahora bien, es digno de atención que estas multas administrativas astronómicamente elevadas por regla general ni una sola vez han conducido a algún tipo de consecuencias personales en la empresa afectada (...) De ello se desprende que la multa administrativa de las empresas solo ejerce un efecto motivador extremadamente insignificante sobre la dirección de las mismas: puesto que la multa administrativa tiene que ser pagada por la empresa, ésta únicamente disminuye los beneficios de los accionistas, pero no afecta al consejo de administración, y si, como suele suceder, la junta general de accionistas ni siquiera extrae consecuencias personales de ella, a los directivos no les afecta lo más mínimo.”*²⁰³.

²⁰¹ Böse, Martin. Corporate Criminal Liability in Germany. En: *Corporate criminal liability. Emergence, convergence, and risk.*, Springer, New York, 2011, p. 230.

²⁰² Böse, Martin. Corporate Criminal Liability in Germany. En: *Corporate criminal liability. Emergence, convergence, and risk.*, Springer, New York, 2011, p. 228.

²⁰³ Schünemann, Bernd. *Nuevas tendencias internacionales en la responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas*. En: XXV jornadas internacionales de derecho penal, Coord.: Jaime Bernal Cuéllar, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 297.

7. SITUACIÓN ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.

En la legislación penal colombiana vigente no se encuentra consagrada la responsabilidad penal de personas jurídicas. Sin embargo, se pueden encontrar algunos antecedentes en donde se ha intentado establecer esta clase de responsabilidad. Así por ejemplo, el Proyecto de Ley 235/96 Senado – 154/96 Cámara, *“por el cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código penal y se dictan otras disposiciones”*, dio lugar a que la Corte Constitucional se pronunciara en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En efecto, en ejercicio de control constitucional previo, la Corte analizó el mencionado proyecto de Ley declarando inexecutable la palabra “objetiva” del artículo 26²⁰⁴. Sobre esto afirmó: *“Dado que a la persona jurídica y a la sociedad de hecho, sujetas a una sanción penal, se les debe garantizar el debido proceso, la Corte considera que la expresión “objetiva” que aparece en el último inciso del artículo 26 del proyecto es inexecutable. No se puede exponer a un sujeto de derechos a soportar una condena por la mera causación material de resultados externos, sin que pueda presentar pruebas y controvertir las que se*

²⁰⁴ Menciona el artículo 26 del proyecto: *“Créase el artículo 247 B cuyo tenor es el siguiente: “Personas jurídicas. Para los delitos previstos en los artículos 189, 190, 191, y 197 y en el capítulo anterior, en los eventos en que el hecho punible sea imputado a la actividad de una persona jurídica o una sociedad de hecho, el juez competente, además de las sanciones de multas, cancelación del registro mercantil, suspensión temporal o cierre definitivo de la obra o actividad o cierre temporal o definitivo del establecimiento o de sus instalaciones, podrá imponer sanciones privativas de la libertad tanto a los representantes legales, directivos o funcionarios involucrados, por acción u omisión, en la conducta delictiva.*

Si la conducta punible se ha realizado en forma clandestina o sin haber obtenido el correspondiente permiso, autorización o licencia de la autoridad competente, se presumirá la responsabilidad objetiva de la persona jurídica.”

alleguen en su contra, incluidas las que podrían derivar en la exoneración de su responsabilidad. Justamente, la posibilidad de que el legislador pueda legítimamente encontrar que en ciertas hipótesis la persona jurídica es capaz de acción en sentido penal, lleva a la Corte a descartar para estos efectos la "responsabilidad objetiva", la cual en cambio sí puede tener acomodo en lo relativo a la responsabilidad civil."²⁰⁵

Se destaca en este aparte citado que la Corte Constitucional en primer lugar reconoce que las personas jurídicas son titulares del derecho fundamental al debido proceso²⁰⁶, concepto a tener en cuenta a la hora de analizar, como quedó planteado en los primeros capítulos de este escrito, la implantación de un modelo de responsabilidad penal en nuestro sistema jurídico penal.

Es relevante también el hecho de que en la sentencia citada se establece por el Tribunal Constitucional que la consagración de un sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas no está en contra de los principios y la estructura misma de la Carta política. Sobre esto menciona: *"La determinación de situaciones en las que la imputación penal se proyecte sobre la persona jurídica, no encuentra en la Constitución Política barrera*

²⁰⁵ Corte Constitucional. Sentencia C – 320 de 1998. M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁰⁶ Es preciso resaltar que la Corte Constitucional ha señalado que las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales. Ha manifestado esta Corporación lo siguiente: *"La persona jurídica está protegida con las garantías del Estado Social de Derecho, por lo cual, es titular de algunos derechos fundamentales ejercitables por ellas mismas; y que en sustitución de sus miembros, también puede actuar si la protección que se pretende incide para evitar que derechos fundamentales de las personas naturales asociadas, resulten conculcados con ocasión a la vulneración de los propios. (...) Ahora bien, tratándose de derechos fundamentales de la persona jurídica, ha aclarado la Corporación que por tal carácter, éstas gozan de todas las garantías constitucionales para su ejercicio, entre ellas de la acción de tutela para su protección cuando les sean vulnerados o estén amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular."* En: Corte Constitucional. Sentencia T – 378 de 2006. M. P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Se puede establecer esta misma situación en sentencias T – 903 de 2001M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño, T – 1189 de 2003 M. P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett, T – 723 de 2005 M. P. Dr. Humberto Sierra Porto, entre otras.

infranqueable; máxime si de lo que se trata es de avanzar en términos de justicia y de mejorar los instrumentos de defensa colectiva. Es un asunto, por tanto, que se libra dentro del marco de la Carta a la libertad de configuración normativa del legislador y, concretamente, a su política sancionatoria, la cual puede estimar necesario por lo menos en ciertos supuestos trascender el ámbito sancionatorio donde reina exclusivamente la persona natural - muchas veces ejecutora ciega de designios corporativos provenientes de sus centros hegemónicos -, para ocuparse directamente de los focos del poder que se refugian en la autonomía reconocida por la ley y en los medios que ésta pone a su disposición para atentar de manera grave contra los más altos valores y bienes sociales.

De conformidad con lo expuesto, la imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica en relación con los delitos a que se ha hecho mención, no viola la Constitución Política. De otra parte, tratándose de personas jurídicas y sociedades de hecho, la presunción de responsabilidad, apoyada en la prueba sobre la realización clandestina del hecho punible o sin haber obtenido el correspondiente permiso, tampoco comporta quebranto de la Constitución Política.”²⁰⁷

Tiempo después el texto demandado, ya convertido en Ley (491 de 1999) fue demandado por inconstitucional ante la Corte Constitucional. Esta Corporación a pesar de que declaró inexecutable el artículo 26 de la Ley 491 reiteró que un sistema de responsabilidad penal en nuestro sistema jurídico no es incompatible con el texto de la Constitución. Sobre esto afirma: “La Corte precisa que la declaración de inexecutable del artículo 26 de la Ley 491 de 1999 no implica, en manera alguna, un cambio de jurisprudencia en relación con

²⁰⁷ Corte Constitucional. Sentencia C – 320 de 1998. M . P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

las sentencias C-320 de 1998 y C-674 de 1998, que señalaron que la ley podía imponer responsabilidad penal a las personas jurídicas, ya que éstas pueden ser sujetos activos de distintos tipos penales, en particular de aquellos que pueden ocasionar grave perjuicio para la comunidad, o afectar bienes jurídicos con clara protección constitucional, como el medio ambiente. Sin embargo, la promulgación de esos tipos penales debe respetar el principio de legalidad, por lo cual, deben aparecer claramente predeterminados las conductas punibles, las sanciones y el procedimiento para imponerlas. La inconstitucionalidad de la disposición acusada deriva entonces de la indefinición de esos aspectos, pero no implica ninguna modificación de la doctrina constitucional desarrollada en esas sentencias, pues nada en la Constitución se opone a que la ley prevea, en ciertos casos, formas de responsabilidad penal de las personas jurídicas.”²⁰⁸

Con base en lo anteriormente expuesto puede concluirse que a pesar de que en nuestro sistema legal no hay una consagración de un modelo de atribución de responsabilidad penal de personas jurídicas, no hay impedimento, al menos constitucional, de poder implementar alguno. Situación que permitiría que la creación legal de un sistema penal para empresas en principio pasara un examen constitucional respetando los principios que la misma Corte reconoce.

De otra parte, si bien es cierto no hay un sistema que permita atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas en nuestro ordenamiento existen algunas medidas que pueden servir como soluciones alternativas para evitar la impunidad en delitos que puedan ser cometidos por la propia empresa.

²⁰⁸ Corte Constitucional. Sentencia C – 843 de 1999. M . P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

7.1. DOCTRINA DEL ACTUAR POR OTRO.

La figura del actuar por otro se encuentra consagrada en el tercer inciso del artículo 29 del Código penal:

“Es autor quien realiza la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.

(...)

También es autor quién actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.”

Como se puede observar del artículo citado anteriormente, esta cláusula del actuar por otro permite atribuir responsabilidad a representantes o miembros del órgano de representación de las personas jurídicas aun cuando estos representantes no reúnan las características necesarias que se requieren para imputarles el resultado. O como menciona el profesor CARLOS CASTRO: *“En virtud de esta figura, el representante legal de una persona jurídica se convierte en destinatario de las normas especiales que se dirigen inicialmente a la persona jurídica representada, por lo cual el representante legal (extraneus) obra en representación de la persona jurídica (intraneus) y por lo tanto a aquel le es imputable*

toda conducta que provenga del contexto social de la persona jurídica”²⁰⁹

De otra parte, menciona otro sector de la doctrina que en esta figura no se trata de establecer una responsabilidad objetiva ni una presunción sino que en todo caso el representante debe haber cometido la conducta punible²¹⁰. Se resalta además que esta conducta debe ser realizada en nombre de la persona jurídica.²¹¹

De allí resulta la importancia de esta figura en nuestro sistema penal. Sobre esto, vale la pena resaltar lo expuesto por ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ, quien expone lo siguiente: “A través de la cláusula del actuar en lugar de otro no se busca atacar o defender el principio *societas delinquere non potest*, sino evitar la despersonalización ante el Derecho Penal de quienes actúan en su nombre y mantener su personalización lo mismo que la de las sociedades, al hacer la transmisión de los elementos objetivos del injusto al sujeto no cualificado, para incluirlo dentro del círculo determinado de autores con la finalidad de fundamentar la punibilidad del extraneus, quien en principio no es sujeto obligado para cumplir el deber de protección del respectivo bien jurídico. Dicha fórmula concilia del todo con la tesis que patrocina la responsabilidad penal de la persona jurídica y con la que la niega, porque en últimas busca cortar el mal por la raíz.”²¹²

²⁰⁹ Castro Cuenca, Carlos; Ramírez Barbosa, Paula Andrea. *Derecho penal económico. Parte general*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2010, p. 220.

²¹⁰ Ferré Olivé, Juan Carlos; Núñez Paz, Miguel Ángel; Ramírez, Paula Andrea. *Derecho penal colombiano. Parte general*. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010, p. 532.

²¹¹ Ferré Olivé, Juan Carlos; Núñez Paz, Miguel Ángel; Ramírez, Paula Andrea. *Derecho penal colombiano. Parte general*. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010, p. 532.

²¹² Suárez Sánchez, Alberto. La autoría en el actuar por otro en el Derecho penal colombiano. En: AA. VV. *Revista Derecho penal y Criminología*, No. 75. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004, p. 176.

Es con lo anterior que la parte general del Derecho penal colombiano intenta resolver los problemas presentados en relación con la punibilidad de las personas jurídicas. Sin embargo existen además otros mecanismos, de carácter procesal, con los cuales se plantean soluciones respecto de la participación de las personas jurídicas en la comisión de conductas punibles.

7.2. MECANISMOS PROCESALES.

En este contexto, el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 menciona que el juez de control de garantías, mediante petición de la Fiscalía²¹³, ordenará a la autoridad competente, previo cumplimiento de los requisitos legales, la suspensión de la personería jurídica o el cierre de los locales abiertos al público cuando existan motivos fundados que permitan inferir que éstos se han dedicado a la comisión de conductas delictivas. En este orden de ideas el mismo artículo señala que éstas medidas tienen carácter definitivo cuando se profiera sentencia condenatoria.

Esta medida es considerada por algunos como una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sobre esto menciona el profesor FRANCISCO SINTURA: “*Con*

²¹³ Sin embargo, menciona el profesor Vicente Gaviria Londoño que no solamente la Fiscalía debería ser la autorizada para realizar esta solicitud, sino que además la víctima también debería estar facultada para esto. Al respecto afirma: “*Y es que si la víctima tiene los derechos constitucionales a la verdad, la justicia y la reparación, habría una violación de ellos, si por ejemplo, no se le permite pedir el cierre de un establecimiento público donde se le corrompió o donde se le drogó en contra de su voluntad, para ser luego robada y accedida carnalmente mientras permanecía en situación de incapacidad para resistir.*” En: Gaviria Londoño, Vicente. *Víctimas, acción civil y sistema acusatorio*, Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 211.

*fundamento en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004, podría aducirse que el legislador procesal penal colombiano reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando el juez de control de garantías dispone, a petición de la Fiscalía, la suspensión de la persona jurídica o cierre temporal de los locales o establecimientos al público.”*²¹⁴ En este orden de ideas, reconoce además que “*No obstante, tal reconocimiento es apenas parcial (...) sin que exista una sistemática regulatoria integral de ese espinoso asunto que, por lo demás, debería integrarse a la parte general del Código Penal*”²¹⁵

Sin embargo, es bastante discutible que la medida mencionada pueda considerarse como una verdadera responsabilidad penal de personas jurídicas. Esto puede deducirse de la misma norma citada pues la medida es decidida por el juez de control de garantías, el cual no profiere sentencias en juicio oral, y no puede ser juez de conocimiento de la misma causa²¹⁶ De otra parte, la cancelación de la persona jurídica depende de la sentencia condenatoria tal como lo expresa el último inciso del artículo 91 y mientras eso no pase, sólo se podrá imponer como una medida provisional.

De allí que por ejemplo el profesor FABIO ESPITIA afirme lo siguiente en relación con la cancelación o suspensión de la persona jurídica: “*Como no se trata de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino un mecanismo tendiente a evitar que por medio de un ente jurídico se desarrollen actividades delictivas, estos especiales actos suponen la*

²¹⁴ Sintura Varela, Francisco. *Derecho penal económico y Constitución*. En: AA VV. *Estudios de Derecho penal económico*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p. 173 – 174.

²¹⁵ Sintura Varela, Francisco. *Derecho penal económico y Constitución*. En: AA VV. *Estudios de Derecho penal económico*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p. 174.

²¹⁶ Esto conforme al artículo 39 de la Ley 906 de 2004.

*dedicación de la persona jurídica ala empresa criminal, es decir, que la misma haya sido creada con tal propósito (...)*²¹⁷

Similar posición es adoptada por el profesor CASTRO, quien en relación la suspensión y cancelación de la persona jurídica afirma: “*Sin lugar a dudas se trata de una medida procesal cautelar, tendiente a evitar la comisión de las actividades delictivas en el interior de establecimientos o locales, como también que se continúe la actividad criminal por parte de una persona jurídica (...)*”²¹⁸. De modo que las medidas de cancelación y suspensión de la persona jurídica no pueden ser consideradas como un verdadero sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas.

En este orden de ideas, también se debe hacer referencia al artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, en donde se estableció que las medidas de cancelación y suspensión de la persona jurídica establecidas en la Ley 906 de 2004 se aplican también a las personas jurídicas que hayan buscado beneficiarse en la comisión de delitos contra la Administración Pública. Se consagra también que estos entes que participan en delitos pueden ser llamados como terceros civilmente responsables por las entidades que posiblemente se vean afectadas. También se implementan sanciones de carácter económico contra los representantes legales o administradores de las personas jurídicas cuando hayan participado en la comisión de una conducta punible con la tolerancia de aquellos. Sin que esto implique una verdadera

²¹⁷ Espitia Garzón, Fabio. *Instituciones de derecho procesal penal. Sistema acusatorio*, Legis, Bogotá, 2010, p. 364.

²¹⁸ Castro Cuenca, Carlos; Ramírez Barbosa, Paula Andrea. *Derecho penal económico. Parte general*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2010, p, 309.

responsabilidad penal propia de las empresas²¹⁹.

Otra medida de carácter procesal es la figura del tercero civilmente responsable²²⁰, consagrada en el artículo 107²²¹ de la Ley 906 de 2004: *“Es la persona que según la ley civil deba responder por el daño causado por la conducta del condenado.*

El tercero civilmente responsable podrá ser citado o acudir al incidente de reparación a solicitud de la víctima del condenado a su defensor. Esta citación deberá realizarse en la audiencia que abra trámite al incidente.”

Con esta institución, que si bien es cierto no es una responsabilidad penal de personas jurídicas, se busca que estos entes respondan civilmente por los daños causados con ocasión de la comisión de conductas punibles. En este aspecto resalta la Sala Penal de la Corte

²¹⁹ Artículo 34: *“Independiente mente de las responsabilidades penales individuales a que hubiera lugar, las medidas contempladas en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 se aplicarán a las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la Administración Pública, o cualquier otra conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por su representante legal o sus administradores, directa o indirectamente.*

En los delitos contra la Administración Pública o que afecten el patrimonio económico, las entidades estatales posiblemente perjudicadas podrán pedir la vinculación como tercero civilmente responsable de las personas jurídicas que hayan participado en la comisión de aquellas.

De conformidad con lo señalado en el artículo 86 de la Ley 222 de 1995, La Superintendencia de Sociedades podrá imponer multa de quinientos (500) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando con el consentimiento de su representante legal o alguno de sus administradores o con la tolerancia de los mismos, la sociedad haya participado en la comisión de un delito contra la Administración Pública o contra el patrimonio público.”

²²⁰ Esta figura se presenta en el marco del incidente de reparación integral, para lo cual se necesita que haya una sentencia condenatoria en firme, conforme a lo expuesto en el artículo 102 de la Ley 906 de 2004, el cual dice: *“En firme la sentencia condenatoria y, previa solicitud expresa de la víctima o del fiscal o del Ministerio público a instancia de ella, el juez fallador convocará dentro de los ocho (8) días siguientes a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones previstas en los artículos 107 y 108 de este Código, de ser solicitadas por el incidentante.”*

²²¹ Esta norma fue declarada exequible condicionalmente, en el entendido en que *“el tercero civilmente responsable se encuentra facultado para ejercer plenamente su derecho de defensa en relación con el decreto y práctica de medidas cautelares en su contra.”* En: Corte Constitucional. Sentencia C – 425 de 2006. M. P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

Suprema de Justicia: *“Es claro que cuando se vincula a un tercero civilmente responsable al proceso penal, es porque se va a juzgar sobre su culpa civil y sobre su responsabilidad civil extracontractual; por ello, sólo puede ser condenado a indemnizar los perjuicios bajo la condición de ser oído y vencido en juicio, con la plenitud de las garantías, en plano de igualdad con todos los sujetos procesales.”*²²²

La honorable Corte Suprema de Justicia también ha destacado además que esta figura se aplica a las personas jurídicas, mencionando las características de este tipo de responsabilidad. En tal sentido menciona: *“Pero también, es dable citar a las personas jurídicas a las cuales están vinculados los comprometidos penales, siempre y cuando ese comportamiento punible se haya producido en el cumplimiento o con ocasión de sus funciones dadas por su nexos con aquellas, evento en el cual propiamente no se trata de un tercero civil, sino que su responsabilidad se enmarca en las previsiones del artículo 2341 del Código Civil, sin que sea una especie de responsabilidad indirecta o refleja por el hecho ajeno, sino directa, ante el daño causado por la persona jurídica a través de uno de sus agentes o representantes, en cumplimiento de su objeto social.”*²²³.

Las anteriores medidas constituyen una forma alternativa para combatir la criminalidad de las personas jurídicas, pues en nuestro país aun no hay un sistema de responsabilidad penal propia de estos entes.

²²² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Rad.: 20003. M. P. Dr. Edgar Lombana Trujillo.

²²³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de abril de 2012. Rad.: 33085. M. P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca. Jurisprudencia reiterada por la misma Corporación mediante sentencia del 9 de mayo de 2012, rad.: 38859 M. P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.

A pesar de no haber un sistema que permita atribuir responsabilidad penal a personas jurídicas en nuestro país, debe tenerse en cuenta en primer lugar, si se quiere implementar uno, lo establecido por la Corte Constitucional en relación con este tema, respetando los principios y garantías propias de las personas jurídicas reconocidos por el Tribunal Constitucional y hacer el respectivo estudio de Política Criminal para no incurrir en errores ni obtener resultados no deseados o incompatibles con el ordenamiento jurídico colombiano.

CONCLUSIONES.

1. La sociedad actual se ha visto seriamente afectada por hechos que acarrear lesiones graves a bienes jurídicos protegidos, con la particularidad que los sujetos activos que desarrollan estas conductas tienen una característica especial, son personas jurídicas o empresas, frente a lo cual diversos sistemas penales, como el colombiano, no han podido reaccionar de forma eficiente pues no consagran en su legislación un sistema que pueda imputar responsabilidad a estos entes.

2. A pesar de lo anterior, dogmáticamente se han encontrado dificultades a la hora de desarrollar propuestas que permitan desarrollar una estructura de la teoría del delito para las personas jurídicas. Esto porque un amplio sector de doctrinantes consideran que estos entes no tienen capacidad de acción, capacidad de culpabilidad y capacidad de pena. Sin embargo, otro sector ha respondido a estas críticas con el desarrollo de teorías o modelos de atribución que intentan superar las dificultades planteadas.

3. Se puede encontrar en primer lugar modelos que proponen un sistema de autorresponsabilidad, en donde como su nombre lo indica, se trata de atribuir responsabilidad propiamente a la persona jurídica sin que esto dependa de actuaciones o de la culpabilidad de personas naturales. Dentro de esta teoría encontramos el modelo constructivista y el modelo de defecto por organización los cuales por diferentes fundamentos y caminos intentan llegar a la misma conclusión: la autorresponsabilidad propia de la persona jurídica.

4. De otra parte, podemos encontrar un modelo de heterorresponsabilidad, predominante en países del *common law*, en donde la responsabilidad penal de la empresa depende de las

actuaciones de los miembros de sus órganos de dirección y en algunos casos hasta de empleados de menor jerarquía.

5. A pesar de todo el desarrollo dogmático sobre esta materia encontramos diversos sistemas jurídicos que no consagran estos modelos de responsabilidad sino que establecen otras medidas para responder a este tipo especial de criminalidad. Así por ejemplo en Alemania se encuentra tipificado un modelo basado en las sanciones administrativas consistente en imponer multas a las empresas. Modelo criticado por un gran penalista como lo es el profesor BERND SCHÜNEMANN.

6. En el caso colombiano encontramos que no hay consagrado un modelo de responsabilidad penal de personas jurídicas, sino que se ha intentado responder a este tipo de criminalidad mediante otras instituciones como lo son la doctrina del actuar por otro y la medida de consecuencias accesorias en materia procesal penal. Estas medidas si bien no corresponden a un verdadero sistema de atribución penal a la propia persona jurídica, si intenta disminuir la impunidad en casos en los cuales una empresa pueda verse involucrada como autora de conductas que lesionen bienes jurídicos. Aquí vale la pena resaltar que la Corte Constitucional ha establecido que la tipificación de un sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas no es incompatible con los postulados de la Constitución Política lo cual permite hacer un estudio serio de Política Criminal encaminado a responder a esta problemática.

BIBLIOGRAFÍA.

AA. VV. *El funcionalismo en Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

AA. VV. *Estudios de Derecho penal económico*, Editorial Livrosca, Caracas, 2002.

AA. VV. *Integración social y ciudadanía corporativa*, Coords: Jesús Conill y Christoph Luetge. Fundación Étnor, Valencia, 2007.

AA. VV. *Corporate criminal liability. Emergence, convergence, and risk.*, Springer, New York, 2011.

AA. VV. *XXV jornadas internacionales de derecho penal*, Coord.: Jaime Bernal Cuéllar, Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2003.

AA. VV. *Estudios de derecho judicial No. 115*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

AA. VV. *Derecho penal económico. Manuales de formación continuada*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

AA. VV. *Curso de Derecho penal. Parte general*. Ediciones Experiencia, Barcelona, 2010.

AA. VV. *Revista Derecho penal y Criminología*, No. 75. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004.

AA. VV. *Revista de Ciencias Sociales (Cl)*, número 010, Universidad Arturo Prat, Iquique, 2000.

AA. VV. *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*. Editorial Temis, Bogotá, 2012.

Bacigalupo, Silvana. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998.

Bajo Fernández, Miguel; Feijoo Sánchez, Bernardo José; Gómez-Jara, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomsom Reuters, Navarra, 2012.

Castro, Carlos Guillermo; Henao Cardona, Luis Felipe; Balmaceda Hoyos, Gustavo. *Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Primera edición, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009.

Castro Cuenca, Carlos; Ramírez Barbosa, Paula Andrea. *Derecho penal económico. Parte general*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2010.

Espitia Garzón, Fabio. *Instituciones de derecho procesal penal. Sistema acusatorio*, Legis, Bogotá, 2010.

Feuerbach, H. A. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

Ferré Olivé, Juan Carlos; Núñez Paz, Miguel Ángel; Ramírez, Paula Andrea. *Derecho penal colombiano. Parte general*. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010.

García Cavero, Percy. *Derecho penal económico. Parte general. Tomo I*. Editorial Grijley, Lima, 2007.

Gaviria Londoño, Vicente. *Víctimas, acción civil y sistema acusatorio*, Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2011.

Gómez – Jara Diez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española.*, editorial B de F, Buenos Aires, 2010.

Jakobs, Günther. *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons ediciones Jurídicas, Madrid, 1997.

Jakobs, Günther. *La imputación objetiva en Derecho penal*, editorial Civitas S. A., Madrid, 1996.

Jescheck, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal Parte general*. Comares, Granada, 2002.

León Robayo, Edgar Iván; López Castro, Yira; Rincón Cárdenas, Erick. *Levantamiento del velo corporativo. Panorama y perspectivas. El caso colombiano.*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.

Luhmann, Niklas. *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Editorial Anthropos – Centro Editorial Javeriano, Barcelona, 1998.

Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, novena edición, editorial Reppertor, Barcelona, 2011.

Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general.*, octava edición, editorial Reppertor, Barcelona, 2009.

Mommsen, Teodoro. *Derecho penal romano*. Editorial Temis, Bogotá, 1991.

Roxin, Claus. *Derecho penal parte general. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Civitas, Madrid, 2008.

Schünemann, Bernd. *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico – penal*. Grupo editorial Ibáñez, Bogotá, 2007.

Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Editorial Civitas, Madrid, 2001.

Sintura Varela, Francisco. *Derecho penal económico y Constitución*. En: AA VV. *Estudios de Derecho penal económico*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

Tiedemann, Klaus. *Derecho penal económico. Introducción y parte general.*, Grijley, Perú, 2009.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Estructura básica del Derecho penal*. Ediar, Buenos aires, 2009.

Zúñiga Rodríguez, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas.*, Aranzadi, Navarra, 2009.

Recursos electrónicos:

http://www.abc.es/hemeroteca/historico-01-06-2005/abc/Economia/el-supremo-estadounidense-absuelve-a-arthur-andersen-por-el-caso-enron_202852909154.html
Consultada el día 3 de julio de 2012.

<http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/contaminacion-de-funza-es-culpa-del-alcalde/20090806/nota/857262.aspx> Consultada el día 20 de julio de 2012.

<http://www.cnnexpansion.com/economia/2012/07/17/lavado-de-dinero-en-hsbc-desde-bital>
Consultada el día 3 de julio de 2012.

Jurisprudencia Corte Constitucional:

Corte Constitucional. Sentencia C – 320 de 1998. M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C – 843 de 1999. M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C – 425 de 2006. M. P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia:

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Rad.: 20003. M. P. Dr. Edgar Lombana Trujillo.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de abril de 2012. Rad.: 33085. M. P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.

CONTENIDO.

Introducción.

Resumen.

1. Planteamiento del problema.
2. Modelo constructivista de autorresponsabilidad.
 - 2.1. La imputabilidad de las personas jurídicas en el modelo constructivista.
 - 2.2. El injusto en el modelo constructivista.
 - 2.3. La imputación objetiva en el modelo constructivista.
 - 2.4. El dolo de las personas jurídicas en el modelo constructivista.
 - 2.5. La culpabilidad empresarial en el modelo constructivista.
 - 2.6. La teoría de la pena en el modelo constructivista.
 - 2.7. Críticas al modelo constructivista.
3. Modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas por defecto de organización.
 - 3.1. La capacidad de acción de las personas jurídicas en el modelo de defecto de organización.
 - 3.2. El injusto en el modelo de defecto de organización.

3.3. La imputación objetiva en el modelo de defecto de organización.

3.4. El dolo en el modelo de defecto por organización.

3.5. La culpabilidad en el modelo de defecto por organización.

4. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español vigente y su relación con los modelos de autorresponsabilidad propios.

5. El modelo de responsabilidad por atribución. Especial referencia al modelo estadounidense.

5.1. Actuación del empleado en el marco del empleo.

5.2. Intención de beneficio a la empresa.

6. El modelo de atribución de responsabilidad en Alemania.

7. Situación actual de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación colombiana.

7.1. Doctrina del actuar por otro.

7.2. Mecanismos Procesales.

Conclusiones.

Bibliografía.