

## IMPUTACIÓN PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS:

### *Breves reflexiones sobre los modelos dogmáticos de imputación penal empresarial*

Estuardo L.

**MONTERO CRUZ<sup>(\*)</sup>**

**Universidad Privada Antenor Orrego**

**Trujillo - Perú**

*Al Prof. Dr. Manuel E. Luján Túpez*

### **I. Introducción**

Hoy en día, el fenómeno de la criminalidad vinculada al sistema económico es sin lugar a dudas una de las preocupaciones más importantes de los Estados. Esto debido a la *globalización económica*<sup>1</sup> que no es sólo una característica de las sociedades porindustriales sino también latinoamericanas<sup>2</sup>.

Tomando un lado en particular de tan amplio fenómeno, la *criminalidad económica-empresarial* que gira en torno a la empresa y el empresario (agentes económicos), poseen un rol particular, debido a que en ellos y a la actividad empresarial que desarrollan, tiene lugar, la delincuencia económica. La criminalidad económica-empresarial constituye el estudio de la dogmática del Derecho penal económico. Este gran fenómeno, puede distinguirse por el tipo de delincuencia económica, –se dice– por un lado, abarca comportamientos dirigidos contra bienes jurídicos de terceros, esto es, la criminalidad hacia fuera o *ad extra* (*Unternehmenskriminalität*). Por otro lado, abarca comportamientos dirigidos contra bienes jurídicos de la propia empresa, es decir, que aun cuando nace en la estructura societaria, sus efectos recaen en contra de la empresa o de sus miembros, esto es, la criminalidad intraempresarial o *ad intra* (*Betriebskriminalität*). En la denominación de SCHÜNEMANN: “criminalidad desde la empresa y criminalidad dentro de la empresa”.

---

(\*) Abogado egresado de la Universidad Privada Antenor Orrego (UPAO), Trujillo-Perú. (e-mail: [e.montero.c@hotmail.com](mailto:e.montero.c@hotmail.com))

<sup>1</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; “La Expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales”, B de F, Montevideo, 2006, p. 88.

<sup>2</sup> AROCENA, Gustavo A.; “El Derecho penal y el problema de la inseguridad ciudadana”, en Guillermo J. Yacobucci (Dir.), Los Desafíos del Derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs, Ara, Lima, p. 924.

El tema presentado: “la imputación penal de las personas jurídicas”, apunta a la categoría enunciada de la criminalidad hacia fuera o *ad extra* (*Unternehmenkriminalität*). Este ha sido uno más de los sin números, infinitamente debatidos en el continente europeo sin haberse llegado a algún acuerdo. No pretendemos en este trabajo, un estudio a profundidad del tema, sino dar un alcance al lector a manera de esbozo sobre la evolución y decadencia del principio “*societas delinquere non potest*”, llegando así a los modelos de imputación penal de las personas jurídicas, debiendo hacer una breve reflexión del mismo.

## **II. “Societas delinquere non potest” y “societas delinquere potest”. Sobre sus antecedentes y su evolución**

Es sabido que bajo la concepción tradicional de un Derecho penal, sólo al individuo que delinque es factible sancionarlo con una pena, esto, en el esquema de imputación individual (persona física). Esta concepción, constituyó, una de las trascendentales conquistas que a partir de la Revolución Francesa se plasmó en el Derecho penal moderno. Llevada esta regla al ámbito de la persona de existencia jurídica, en lo que atañe a su responsabilidad penal por los delitos que cometieran los individuos que la integran, es que se edificó la tesis que puede resumirse en el aforismo latino *societas delinquere non potest* (la sociedad no puede delinquir). Este principio, que pertenece a la historia del Derecho en la práctica totalidad de los países del viejo continente, dominante a finales del siglo XVIII encontró soporte en la influencia romano-germánica de Friedrich Karl von SAVIGNY, quien debe identificarse como el más importante defensor de esta posición. Consideraba dicho autor, que era absolutamente improbable sancionar a una persona jurídica, sin que se trasgrediera aquella gran máxima del Derecho penal que exige la identidad del delincuente y del condenado. Este autor construyó la teoría de la Ficción explicando que la persona jurídica como tal no podía sufrir una autentica responsabilidad punible, pues ella sólo podía recaer en los seres humanos que actuaban a su nombre, es decir, los únicos responsables del delitos.

Según explica el profesor Hans Joachim HIRSCH, el principio “*societas delinquere non potest* era probablemente acertado para el derecho romano, al que todavía le eran absolutamente extraños el concepto de corporación como tal, y en particular también el concepto de persona jurídica. Sin embargo, el cuadro se modificó en la Edad Media. Los glosadores comenzaron a ocuparse más detenidamente del

problema de si son posibles acciones penales contra agrupaciones de personas de esta clase. A ello se agregaron los canonistas, que elaboraron el concepto de *universitas*, para la Iglesia, como algo no idéntico a sus miembros y planearon la cuestión de si la *universitas* podía ser excomulgada. La mayoría de los canonistas afirmó esto y a la vez, con ello la capacidad penal de la *universitas*. Posteriormente, tuvo gran influencia la afirmación de la capacidad penal de las corporaciones por parte de los postglosadores... Hasta entrando el siglo XVIII, se puede comprobar la existencia de procesos en los cuales se trataba de la punición de ciudades, municipios y gremios. Y aún a mediados de aquel siglo, casi todos los manuales habían reconocido la punibilidad de personas jurídicas. Recién a partir del comienzo del siglo XIX, la mayoría se expresa en contra de ello, y sólo desde entonces desapareció la punibilidad de las personas jurídicas de los códigos penales.”<sup>3</sup>

Hoy en día, el mencionado principio no parece encontrarse en ésta misma situación. Presagia NIETO MARTÍN, la decadencia de dicho principio, debido a “una carga de profundidad”. La responsabilidad colectiva es producto de la influencia del ordenamiento más poderoso del mundo, el de los Estados Unidos, donde desde la época del ferrocarril descubrieron –y temieron– el poder de las corporaciones, y descubrieron que para dominarlo hacían falta, aparte de la *Sherman Act*<sup>4</sup>, la instauración de la responsabilidad colectiva.<sup>5</sup> Así, es que se resucita al contrapuesto principio: *societas delinquere potest*, que considera como insuficiente acudir a los instrumentos jurídico-penales de imputación individual ya tradicionales, por cuanto la responsabilidad penal sólo alcanza los individuos que conforman los eslabones últimos en el proceso de decisiones.<sup>6</sup> Incluso, si se tiene en cuenta los criterios de división y delegación del trabajo que rigen una organización empresarial se convierten en causa de impunidad por la seria dificultad que existe para detectar y probar la responsabilidad, toda vez que –

---

<sup>3</sup> HIRSCH, Hans Joachim; “La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLVI, Fasc. III, Madrid, 1993, p. 1101 – 1102.

<sup>4</sup> Sherman Act: Ley de los EE. UU., dada en el año de 1980. Fue un producto de la creciente preocupación por la concentración del comercio y de la industria y de la hostilidad pública contra las empresas gigantes de finales del siglo pasado.

<sup>5</sup> NIETO MARTÍN, Adán; “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal”, en el resumen de su monografía, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo”, Iustel, Madrid, 2008, p. 1.

<sup>6</sup> CESANO, José Daniel / BALCARCE, Fabián I.; “Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la República Argentina”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. LVI, Madrid, 2003, p. 387.

como señala ROTSH— “los proceso en una gran empresa..., ya no se pueden dirigir individualmente, y por eso el Derecho penal individual queda sin efecto”.<sup>7</sup>

### III. “Societas delinquere non potest”

#### 1. Las objeciones en una teoría del delito de las personas jurídicas

Los seguidores de este aforismo latino “*societas delinquere non potest*” sustentaron sus objeciones, considerando que existen problemas para establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la teoría del delito. Así, según explica CUADRADO RUIZ, “(p)ara quienes niegan la capacidad de acción de la persona jurídica, ésta —dicen— no sería más que la imputación de acciones naturales de otros, por lo tanto, fataría el actuar ético-socialmente reprochable de la persona colectiva como tal, que es necesario para los hechos punibles”<sup>8</sup> (*Carece de acción jurídico penal*); Así también, otra de las objeciones que se plantean, es la dificultad de poder fundamentar *los elementos subjetivos del tipo* del Dolo<sup>9</sup>/Culpa como propios de la persona jurídica. La doctrina penal moderna sostiene que, a las personas jurídicas, les falta “la conciencia y la voluntad en el sentido psicológico, y con eso la capacidad de autodeterminación”; Por otro lado, se dice que “son culpables las personas físicas, que en nombre del ente moral

---

<sup>7</sup> Citado por SCHÜNEMANN, Bernd; “Responsabilidad penal en el marco de la Empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. LV, Madrid, 2002, p. 12.

<sup>8</sup> CUADRADO RUIZ, Angeles; “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia delante... ¿Un paso hacia atrás?”, en Revista Jurídica de Castilla y León, N° 12, 2007, p. 133.

<sup>9</sup> Al respecto sostenía Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, —confundiendo los elementos subjetivos del tipo con la Culpabilidad— que “no podemos edificar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por múltiples razones totalmente vinculadas a la dogmática de nuestro derecho... Voy a dar por sabida — agrega— la afirmación de la personalidad de las penas...; la pena únicamente ha de decretarse contra el que delinque y sólo alcanza a la persona que comete la infracción... El delito, cualquiera que sea la definición que aceptemos, es un acto antijurídico y culpable... Como lo antijurídico es eminentemente objetivo no cabe duda que podemos pensar, con Binding, que las sociedades pueden realizar actos antijurídicos; pero cuando llegamos a la culpabilidad, cuando tratamos de definir lo que es el dolo, vemos que la noción de éste no puede resumirse en una fórmula demasiado sencilla y tenemos que buscar sus elementos... No es posible afirmar que una persona ha realizado un acto con dolo, si en él no concurren dos grupos de elementos esenciales: el intelectual y el afectivo. El intelectual consiste en que el sujeto capte dentro de su conciencia el hecho... Es decir, que para que el sujeto que actúa, perpetre una acción dolosa, es preciso que conozca las circunstancias de hecho, y al mismo tiempo la significación antijurídica de su conducta...; sin el dolo, con sus elementos intelectuales y afectivos, no hay delito intencional, porque el delito es un acto antijurídico y culpable. Pues bien, invita el autor a que se defina el dolo de la persona social... ¿Cómo podríamos construir en la persona jurídica el elemento intelectual, para el que es preciso tener conocimiento, conciencia, juicio conativo?... Hay quien cree que esto es posible en una sociedad... No siendo posible hablar de dolo en la persona social, ésta no puede ser penalmente responsable. La persona jurídica no es capaz de delinquir...”. Citado por MONCAYO, Néstor; “Delitos Cambiarios y Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 43 - 44.

han actuado, solo ellas pueden ser las destinatarias de la norma”<sup>10</sup> (*Carece de Culpabilidad*). Dentro de los defensores de esta línea de doctrina se encuentra GRACIA MATÍN.<sup>11</sup>

## **2. Propuestas alternativas propias de una imputación penal física**

Los partidarios de esta corriente propusieron que en lugar de la creación de tipos penales contra las personas jurídicas se utilice los instrumentos de imputación penal tradicionales.

### **a. Autoría mediata**

La doctrina ha puesto mucha atención en la importancia que ostenta sancionar a los sujetos en que la jerarquía empresarial se hayan ubicado por encima de aquellas personas con una posición subordinada y, señaladamente, a los sujetos que componen la cúpula de la organización. Esta utilización de los autores materiales de los hechos punibles nos coloca frente al instituto de la autoría mediata, donde el autor no llega a realizar directamente ni personalmente el delito. El autor en esta hipótesis se sirve de otra persona, generalmente no responsable penalmente, quien a final de cuentas realiza el hecho típico...<sup>12</sup> El criterio rector es el dominio del hecho, ya aludido, pues, no cabe duda que el autor mediato (el hombre de atrás) es quien posee todo el dominio de la realización del delito.

En los distintos casos tradicionales de autoría mediata, y como una nueva categoría con reconocimiento jurisprudencial, los autores han comenzado a ocuparse de la tesis, especialmente desarrollada en Alemania por ROXIN, denominada *dominio del hecho mediante aparatos organizados de poder...* El objetivo de la tesis es, en definitiva, responsabilizar como autor mediato al denominado *autor de escritorio*. La razón de considerar estas hipótesis como casos de autoría mediata está dada por la *fungibilidad* del sujeto ejecutor dentro de la estructura societaria: Dado que el sujeto que lleva a cabo la ejecución se puede remplazar por otro cualquiera, no necesita ni la coacción ni el error para atribuirle el dominio del hecho al que obra por detrás. El dominio de las estructuras, del modo de configurarse el hecho típico, la estructura

---

<sup>10</sup> En contra DANNECKER, Gerhard; “Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista Penal*, N° 7, Salamanca, La Ley, 2001, p. 45 y ss.

<sup>11</sup> Citado por BERAÚN SÁNCHEZ, David; “El problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Actualidad Jurídica*, Tomo 119, Gaceta, Lima, 2003, p. 19.

<sup>12</sup> PEÑA CABRERA, Raúl; “Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la parte general”, 3ra ed., Grijley Lima, 1997, p. 341; TIEDEMANN, Klaus; “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Anuario de Derecho penal*, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1996, p. 115.

jerárquica y el aludido carácter fungible del ejecutor inmediato, pueden permitir la atribución al superior de una autoría *Kraft Organisationsherrschaft*.<sup>13</sup>

#### **b. La omisión**

Las estructuras de la comisión por omisión y, la omisión propia, se revelan, en opinión de algunos autores como un medio apto para superar las dificultades que ofrece la escisión entre acción y responsabilidad en el ámbito de la criminalidad de los entes colectivos. No pretendo abordar en este trabajo detalladamente su problemática, por cuanto es muy extensa, de ahí que solamente la mencionemos. Sin embargo, la utilización de estas categorías dogmáticas han merecido ciertas objeciones entre los distintos autores.<sup>14</sup>

#### **c. Los Delitos especiales y el “actuar en lugar de otro”**

Este instituto –los delitos especiales–, aparece como una respuesta para aquellos casos en que las especiales cualidades del autor concurren en la persona jurídica (incapaz de actuar) y no en sus órganos de representación, que, en definitiva, serán los que realizan el sustrato naturalístico de la infracción. En tales situaciones, mediante la utilización de este instrumento (“actuar por otro”), se opera una “extensión de la autoría cuyo fundamento ha de encontrarse en el principio de equivalencia, ya que quien en estos casos actúa en nombre de otro, pese a no reunir las características de sujeto cualificado, realiza una conducta equivalente”. De allí que con acierto se haya dicho que, por medio de su implementación, se podrá dotar al sistema penal “de un mecanismo que permita llegar, a través de la persona jurídica, hasta la persona física que actuó sirviéndose de la estructura societaria”.

Al respecto, refiere GARCÍA CAVERO, que el instituto jurídico penal del “actuar en lugar de otro fue una respuesta ante los vacíos de punibilidad que se presentaron por la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas y, en este sentido, por la actuación de sus órganos y representantes. El hecho de que a la imposibilidad de aplicar sanciones penales directamente a la persona jurídica se le uniera un respeto estricto del principio de legalidad en la administración de justicia penal llevó a ciertas situaciones de impunidad en los delitos especiales realizados por sus órganos o representantes. En estos casos, los elementos del tipo no se verificaban plenamente en un único sujeto de imputación, sino que se repartían entre la persona jurídica y un

---

<sup>13</sup> CESANO / BALCARCE; Reflexiones sobre la responsabilidad penal..., p. 398–399; En contra GÓMEZ-JARA, ¿Responsabilidad penal..., p. 148 – 150.

<sup>14</sup> CESANO / BALCARCE; “Reflexiones sobre la responsabilidad penal..., p. 400–404.

miembro de la misma: mientras que el estatus personal que fundamentaba el delito especial recaía en la persona jurídica, era su órgano o representante quien realizaba la conducta prohibida. Sucedió que la persona jurídica no podía ser sancionada penalmente por carecer de capacidad delictiva, así como tampoco sus órganos o representantes por no poseer el elemento especial de autoría exigido por el tipo penal correspondiente (...) Esta situación de impunidad llevó a que el legislador en los distintos ordenamientos penales estableciera mecanismos para cubrir los mencionados vacíos de punibilidad, concretamente: cláusulas especiales que ampliaron el círculo de destinatarios de algunos tipos penales a los administradores de las sociedades. Sin embargo, esta solución al problema de los vacíos de punibilidad en la responsabilidad penal de los órganos o representantes de personas jurídicas por delitos especiales presentó rápidamente sus defectos pues, si bien las dificultades se salvaban para algunos delitos, los vacíos de punibilidad se mantenían en aquellos a los que la cláusula de extensión no alcanzaba. Frente a esta deficiente solución legislativa, la doctrina penal buscó fundamentar una salida satisfactoria al problema desde dos perspectivas: de *lege lata* mediante una interpretación de los tipos penales vigentes que permitiese incluir dentro del círculo de destinatarios de la norma de los delitos especiales también a los órganos y representantes, y de *lege ferenda* mediante la recomendación de la inclusión de normas particulares en los tipos penales de la parte especial o de una cláusula general que ampliase la sanción penal también a los representantes. En muchas de las legislaciones penales del sistema continental europeo se ha impuesto la solución de una cláusula general.”<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> GARCÍA CAVERO, Percy; “La imputación jurídico penal en el seno de la empresa”, en Montealegre Lynett (Coord.), *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Tomo II, trad. Manso Porto, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 355 – 356. Según el autor, “el actuar en lugar de otro ha pretendido justificarse dogmáticamente desde hace mucho en la doctrina penal alemana. Incluso antes de su regulación expresa por las leyes penales, se presentaron propuestas de interpretación para justificar la responsabilidad penal de los órganos de la persona jurídica por delitos especiales cometidos desde la misma. En este sentido estuvo precisamente dirigida la tesis de RIBKA, quien, partiendo del reconocimiento de una capacidad de acción jurídico-penal de las personas jurídicas, señaló que el órgano de la persona jurídica podía responder como un cómplice *extraneus* al tipo penal especial. Por su parte, NAGLER fundamentó mediante una comprensión de la norma jurídico-penal como un imperativo la necesidad de trasladar en el caso de los incapaces de actuar el cumplimiento de los deberes jurídicos a los sujetos que actúan por el incapaz, de manera que el deber de representación no se encuentre limitado al ámbito del negocio jurídico, sino que abarque también la observancia de los deberes jurídico-públicos en el ámbito del derecho penal. Por último, cabe mencionar también la perspectiva fáctica de análisis defendida BRUNS y WIESENER, quienes sostuvieron que la vía correcta para cubrir los mencionados vacíos de punibilidad era una adecuada interpretación de los tipos penales de la parte especial, independiente de los conceptos jurídicos civiles y orientada al sentido fáctico-natural de los elementos del concreto tipo penal (...) Pese a los argumentos esgrimidos por las propuestas de interpretación brevemente mencionadas, la legislación

#### **IV. “Societas delinquere potest”. Nuevos retos.**

Para algunos estudiosos del Derecho penal, la construcción de una teoría de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, debe dar respuesta a las objeciones que plantean los detractores, como la capacidad de acción, los elementos subjetivos del tipo en la persona jurídica, la culpabilidad del mismo, la función de la pena, etc. Asimismo también, debe resolver con nuevos instrumentos jurídico-penales la insuficiencia de los instrumentos de imputación penal individual tradicionales.

#### **V. “Societas delinquere potest”. Los modelos de imputación penal empresarial**

Ahora bien, la actual doctrina penal moderna que postula por el principio “*societas delinquere potest*”, en su intento de dar respuesta lo objetado por sus detractores ha construido dos modelos teóricos de imputación penal a las personas jurídicas. Por un lado, tenemos a los que fundamentan un modelo de *heterorresponsabilidad* penal de las personas jurídicas: modelo de la “responsabilidad por atribución”. Y por otro lado, los que fundamentan una modelo de *autorresponsabilidad* penal de las personas jurídicas: modelo de la “responsabilidad propia” u “originaria” de la persona jurídica.

##### **1. Heterorresponsabilidad empresarial**

Como define ROBLES PLANAS, este modelo trata de construir la responsabilidad de la persona jurídica exclusivamente a partir de la transferencia o imputación de la responsabilidad de la persona física que actúa como órgano: lo que realiza el órgano se le imputa a la persona jurídica. Se entiende, en definitiva, que cuando obra la persona física que representa a la empresa cometiendo un delito, entonces también lo está cometiendo la empresa misma (“teoría de la identificación”). Como fácilmente puede advertirse, este modelo de imputación implica la atribución de responsabilidad por hechos ajenos, sin necesidad de fundamentar reproche alguno frente a la propia persona jurídica (esto es, mera responsabilidad objetiva), algo totalmente censurado en la actual forma de concebir la responsabilidad penal. Ello, unido a que en los supuestos en los que por alguna razón no es posible atribuir responsabilidad completa a la persona física no habría posibilidad de transferir ninguna responsabilidad

---

penal no las ha considerado suficientemente convincentes, de manera tal que ha optado por una regulación expresa del actuar en lugar de otro.”(p. 356-357)

a la persona jurídica, provoca un rechazo doctrinal, cuando menos de principio, de este modelo.<sup>16</sup>

Actualmente los partidarios de la corriente finalista alemana, tienden a seguir más este modelo, basada fundamentalmente en el criterio de la “naturaleza de las cosas”, no niegan, en la actualidad la posibilidad de imputar hechos humanos a la persona moral, todo esto independientemente de la disputa histórica sobre la naturaleza ficticia o real de la persona moral. Es únicamente un dogma la afirmación que, en el derecho penal, las acciones son solamente acciones humanas. La acción de una empresa también es acción en la realidad jurídica.<sup>17</sup>

## **2. Autorresponsabilidad empresarial**

En este modelo de imputación penal empresarial, no se atribuye a la persona jurídica lo realizado por su representante, sino que la responsabilidad de la persona jurídica se construye a partir de la infracción de deberes propios que incumben exclusivamente a ésta y en esa medida puede hablarse de una “organización defectuosa de la empresa”. Como puede observarse, la aspiración última de este modelo es la de superar el defecto de atribuir responsabilidad objetiva a la empresa del que adolece el modelo anterior. A grandes rasgos puede afirmarse que el aludido conjunto de deberes cristaliza en una posición de garantía de vigilancia de la persona jurídica con respecto a la comisión de delitos: la responsabilidad de la persona jurídica es responsabilidad por infracción de deberes de control de lo que ocurre en su seno.

## **VI. La dogmática funcionalista en la teoría del delito de las personas jurídicas y el modelo de autorresponsabilidad**

El modelo autorresponsabilidad o de la “responsabilidad propia” u “originaria” de la persona jurídica, ha sido postulada y desarrollada por la escuela funcionalista, bajo la influencia de la teoría de los sistemas sociales autopoieticos del sociólogo alemán Niklas LUHMANN.

En la Dogmática penal contemporánea actual, los seguidores de esta corriente han tratado de fundamentar este modelo. Por un lado, la escuela del denominado funcionalismo radical, encabezada en Alemania por el profesor JAKOBS

---

<sup>16</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo; “¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos”, en InDret Revista de Análisis para el Derecho, Barcelona, 2006, p. 5.

<sup>17</sup> TIEDEMANN; Responsabilidad penal..., p. 115.

que en un primer momento dio algunos alcances a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídica, sus aportes han contribuido posteriormente para el desarrollo del tema a tratar por otros autores. Por otro lado, la escuela constructivista o del funcionalismo operativo, encabezada en Alemania por Gunther TUEBNER y Gunter HEINE y en España por Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ.

### **1. Los postulados de JAKOBS**

JAKOBS da el primer paso al reflexionar sobre el *concepto jurídico-penal de acción* extensivo también a las personas jurídicas. Según JAKOBS “(l)as actuaciones de los órganos con arreglo a sus estatutos se convierten en acciones propias de la persona jurídica”<sup>18</sup>, por lo que no cabe fundamentar que en la determinación del sujeto el sistema que ha de formarse deba estar compuesto siempre de los ingredientes de una persona individual (*sistema psicofísico*) y no de los de una persona jurídica (*sistema organizativo*). Sino que una persona jurídica se define también como sistema, en el cual lo interno (estatutos y los órganos) no interesa, pero sí interesa *output*.

Respecto al *concepto jurídico penal de Culpabilidad* de los entes morales, si bien es cierto JAKOBS no desarrolla esta institución jurídica, da ciertos alcances que dejan sentada su posición. En su intento por explicar dicha institución, JAKOBS es conciente que “con la culpabilidad de sus órganos no está dada la culpabilidad de la persona jurídica”. Considera que “al igual que en las personas físicas, hay supuestos en que la persona ciertamente actúa, pero puede hacer comprender que las condiciones internas de la acción pueden considerarse indisponibles, o sea han de disculparse. Especialmente, se trata de que un órgano actúe con efecto para la persona jurídica sin que la competencia del órgano pudiera recortarse mediante los estatutos de la persona jurídica. Aun cuando el órgano se ha impuesto a la persona, sus acciones son también acciones de la persona jurídica, pero no se basan en las peculiaridades de esta persona. En tales casos, el marco estatutario legal indisponible es condición de la acción, y por ello la persona jurídica queda disculpada. Así pues, tanto para la acción como para la culpabilidad son idénticas las formas dogmáticas (y no sólo los nombres) en la persona

---

<sup>18</sup> JAKOBS, Günther; “Derecho Penal-Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación”, trad. por Joaquín Cuello Contreras y José L. Serrano González De Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 183.

física y en la persona jurídica.”<sup>19</sup> En este sentido, advierte el autor la dificultad de determinar la culpabilidad para los mismos, pero no descarta su comprobación.

Años más tarde sorprende el profesor JAKOBS con uno de sus trabajos titulado ¿Punibilidad de las personas jurídicas? Donde se aparta de la posición que sostenía en su Tratado, negando la posibilidad de responsabilizar penalmente a la persona jurídica.<sup>20</sup> Quizá el problema más complicado que presentaba el sostener la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la teoría de JAKOBS estaba en *la pena*. Donde desde su concepción “el dolor *-penal-* sirve para la salvaguardia cognitiva de la vigencia de la norma...”<sup>21</sup>. ¿Cómo una persona jurídica puede sentir dolor?

Aunque sus planteamientos no han sido abandonado por sus seguidores, esta teoría ha sido muy poco desarrollada, pero aún se mantiene.<sup>22</sup>

## 2. Los postulados de TUEBNER, HEINE y GÓMEZ-JARA

La corriente constructivista adoptada por TUEBNER<sup>23</sup>, HEINE y GÓMEZ-JARA ha elaborado un modelo autorresponsabilidad penal empresarial, que intentaré alcanzarles resumidamente.

Se parte del fenómeno social y jurídico de mucha importancia en la sociedad moderna que determina el estatus de ciudadanía empresarial (*Corporate Citizenship*), se trata del concepto del ciudadano corporativo fiel al Derecho. Por un lado, su vertiente formal: el ciudadano corporativo fiel al Derecho hace referencia a aquella empresa que tiene el deber de institucionalizar una cultura empresarial de fidelidad al Derecho. Por otro lado, su vertiente material: el concepto del ciudadano corporativo fiel al Derecho hace referencia a aquella empresa que participa en los asuntos públicos.<sup>24</sup>

---

<sup>19</sup> JAKOBS; Derecho Penal..., p. 183 - 184.

<sup>20</sup> Véase detalladamente en JAKOBS, Günther; “¿Punibilidad de las personas jurídicas?”, en Montealegre Lynett (Coord.), *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Tomo I, trad. Manso Porto, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 327 y ss.

<sup>21</sup> JAKOBS, Günther; “La pena estatal: significado y finalidad”, en el Fundamento del Sistema Jurídico Penal, Trad. Cancio Meliá y Bernardo Feijóo, Ara, Lima, 2003, p. 47.

<sup>22</sup> ORCE, Guillermo; “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Montealegre Lynett (Coord.), *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Tomo II, trad. Manso Porto, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 371 y ss. Critica el autor al primer JAKOBS.

<sup>23</sup> TUEBNER, Gunther; “El Derecho como sistema autopoietico”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *El Derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, en la colección Teoría de Sistemas y Sistema Jurídico, Ara, Lima, 2005, 19 y ss.

<sup>24</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos; “El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial”, en Gómez-Jara Díez (Edit.), *Modelos de Autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 104.

Este modelo de autorresponsabilidad penal empresarial intenta ofrecer respuestas a cuestiones conocidas como la incapacidad de acción de la empresa(1). Así, partiendo de los 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. Explica HEINE el dominio de la organización de carácter sistémico-funcional en el Derecho penal empresarial es equivalente funcional al dominio del hecho en el Derecho penal individual.<sup>25</sup> En este sentido, el sistema organizativo empresarial comienza a desarrollar con el tiempo una complejidad interna que deviene una capacidad de autoorganización, autodeterminación y autoconducción tal, que resulta lógico y necesario atribuir a la empresa cierta competencia sobre su ámbito de organización. En definitiva, desde una perspectiva tradicional del delito puede afirmarse que la capacidad de acción se ve así sustituida por una capacidad de organización.

En cuanto al Dolo (empresarial) como uno de los elementos subjetivos del tipo, sostienen que partiendo de una concepción de dolo como “representación del peligro concreto de producción del resultado”, deben observarse “las actuaciones organizacionales, donde la actuación que denote mayor peligrosidad objetiva del peligro para el bien jurídico dará lugar a la imputación dolosa y la actuación que denote menor peligrosidad objetiva del resultado peligro para el bien jurídico, dará lugar a una imputación culposa”. Por su parte, refiere HEINE, “el dolo no se establece como un conocimiento real del autor, sino que se imputa funcionalmente conforme a la medida de la concepción social”, “a la empresa como autor se le puede imputar, en conjunto, el conocimiento disperso a través de toda organización”.<sup>26</sup> En este sentido, afirma GÓMEZ-JARA, “el dolo en el Derecho penal empresarial se entiende como conocimiento organizativo del concreto riesgo empresarial –en los delitos de peligro– que se realiza en el resultado típico –en los delitos de resultado–”.<sup>27</sup>

Ofrece un concepto constructivista de culpabilidad<sup>28</sup> -empresarial-(2), estableciendo que la culpabilidad individual y la culpabilidad empresarial no son iguales, pero sí funcionalmente equivalentes. Este concepto constructivista de

---

<sup>25</sup> GÓMEZ-JARA; El modelo constructivista de autorresponsabilidad, p. 113.

<sup>26</sup> *Ibidem.*, p. 141.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 143.

<sup>28</sup> GÓMEZ JARA-DÍEZ, Carlos; “Teoría de Sistemas y Derecho Penal: Culpabilidad y pena en una teoría constructivista del Derecho penal”, en Gómez-Jara Díez (Edit.), *Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*, Ara, Lima, 2007, p. 507 y ss.

culpabilidad está basado en tres equivalentes funcionales<sup>29</sup> que corresponden al concepto de culpabilidad individual. Primero, la fidelidad al Derecho como condición para la vigencia de la norma: el Derecho penal empresarial garantiza el rol de ciudadano (corporativo) fiel al Derecho y, en consecuencia, la no institucionalización de esa cultura empresarial de fidelidad al Derecho constituye el quebrantamiento del rol de ciudadano (corporativo) fiel al Derecho; es decir la manifestación de la culpabilidad jurídico-penal empresarial. Segundo, el sinalagma de “libertad de autoorganización (empresarial) vs. responsabilidad por las consecuencia (de la actividad empresarial)”. Último, la capacidad de cuestionar la vigencia de la norma: 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.

Distingue entre organizaciones empresariales con capacidad de culpabilidad –imputables– y sin capacidad de culpabilidad –inimputables–(3). Desde su concepción, al igual que el niño no es imputable en Derecho penal individual hasta que su sistema psíquico no es suficientemente complejo, esto es, hasta que no ha alcanzado un determinado nivel interno de autorreferencialidad –autoconciencia–, tampoco la empresa puede considerarse imputable en el Derecho penal empresarial hasta que su sistema organizativo no es suficientemente complejo, esto es, hasta que no ha alcanzado un determinado nivel interno de autorreferencialidad –autoorganización–.<sup>30</sup>

El concepto de pena(4) que propone, consiste en una retribución comunicativa<sup>31</sup> -se parata del dolor penal<sup>32</sup>– que desempeña una función decisiva en el afianzamiento de la responsabilidad penal empresarial.<sup>33</sup> La pena cumple la función de contribuir –en el sentido de aumentar la probabilidad de éxito de la comunicación– al reestablecimiento comunicativo de la norma, derivándose como prestación el reforzar la fidelidad al Derecho. En este sentido, la pena tanto si se impone a un individuo o a una organización empresarial reestablece comunicativamente la vigencia de la norma.

Este modelo de imputación penal abarca otras instituciones del Derecho penal, que no es posible abordar en este lugar.

---

<sup>29</sup> GÓMEZ-JARA; “El modelo constructivista de autorresponsabilidad...”, p. 124 – 128.

<sup>30</sup> *Ibidem.*, p. 121.

<sup>31</sup> GÓMEZ JARA; Teoría de Sistemas..., p. 507 y ss.

<sup>32</sup> GÓMEZ JARA DÍEZ; Carlos “La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?”, en *InDret Revista de Análisis para el Derecho*, Barcelona, 2006, p. 15 – 17.

<sup>33</sup> GÓMEZ-JARA; El modelo constructivista de autorresponsabilidad..., p. 128 y ss.

## VII. Algunas reflexiones

La insuficiencia de los instrumentos jurídico-penales de imputación individual tradicionales, como respuesta en contra de los que sostienen la responsabilizar penal de las personas jurídicas, muestran sin lugar a dudas, el ocaso del viejo aforismo latino “societas delinquere non potest”. Los instrumentos tradicionales de imputación física, algunas veces sólo alcanzan a los individuos que conforman los eslabones últimos en el proceso de decisiones. En otras, incluso si se tiene en cuenta los criterios de división y delegación del trabajo que rigen una organización empresarial se convierten en causa de impunidad por la seria dificultad que existe para detectar y probar la responsabilidad, pues hoy en día “los procesos en una gran empresa..., ya no se pueden dirigir individualmente, y por eso el Derecho penal individual queda sin efecto”.

Ante esta situación, renace el principio “societas delinquere potest”. Los desarrollos dogmáticos de la doctrina penal actual que se ha adherido a esta concepción, manejan dos modelos teóricos de imputación penal a las personas jurídicas: el modelo de *heterorresponsabilidad* (“responsabilidad por atribución”) y el modelo de *autorresponsabilidad* penal de las personas jurídicas (“responsabilidad propia” u “originaria”). Aunque como es común, en los Códigos penales de influencia europea no consideran, al delito cometido desde la empresa como un hecho imputable a la persona jurídica, sino como una acción común de sus miembros y se esfuerzan, por ello en fundamentar la imputación de los mismos. Claro ejemplo de ello, son los ordenamientos penales que dicen postular a la no responsabilidad penal de las personas jurídicas y que utilizan los instrumentos tradicionales de imputación personal, y que contienen en su cuerpo normativo las denominadas “consecuencias accesorias” que supuestamente serían sanciones de carácter administrativo. A decir de algunos autores, estas “consecuencias accesorias” serían verdaderamente una sanción penal (pena)<sup>34</sup>, mientras que para otros, una medida de seguridad<sup>35</sup>. En cualquiera de los casos, se aproxima al modelo de *heterorresponsabilidad penal de las personas jurídica*. Por otro lado, se dice incluso que la aceptación de una responsabilidad penal de las personas jurídicas

---

<sup>34</sup> CESANO / BALCARCE; Reflexiones sobre la responsabilidad..., p. 406.

<sup>35</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo; “¿Culpabilidad y punición de personas jurídicas?”, en Montealegre Lynett (Coord.), *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Tomo I, trad. Manso Porto, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 373-374.; MIR PUIG, Santiago; “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 01-0, 2004, p. 01:03.

significaría renunciar a imputar responsabilidad a sus órganos y representantes. Sin embargo, consideramos que esta conclusión resultaría correcta sólo si la empresa y sus miembros fuesen titulares de la misma esfera de organización, lo cual no resulta tan evidente. En este sentido, como afirma ORCE y GARCÍA CAVERO, la empresa y sus miembros son titulares de distintas esferas de organización, de manera tal que la eventual responsabilidad penal de las personas jurídicas no tendría porque liberar a sus órganos, expresado de otra manera, la responsabilidad penal de los miembros de la empresa deberá determinarse de todas formas.<sup>36</sup>

Finalmente, creemos como más importante y conveniente el modelo de *autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas* (“responsabilidad propia” u “originaria”). Esta importancia del modelo de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas, no lo deja salvo de algunas objeciones. Ahora bien, si bien el modelo presentado por la escuela constructivista es mucho más coherente, eso no quiere decir que el desarrollo dogmático del funcionalismo radical no lo sea, sino que no ha continuado con el desarrollo desde su concepción respecto de las personas jurídicas, quedándose estancada. Es verdad que los seguidores del funcionalismo radical que aún postulan por la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tiene que superar problemas complicados como, uno de ellos, la pena. Desde nuestra concepción, la persona jurídica se presenta como una unidad –como un todo–, por lo que, los mecanismos de imputación penal deberían tenerlo en cuenta. Si bien las acciones de las personas individuales, forman parte de la estructura de la empresa, no lo forman del sistema empresarial, sino de su entorno. En este sentido, *el principio de autorresponsabilidad funciona como frontera dentro de cada esfera de responsabilidad* (autorresponsabilidad individual y autorresponsabilidad empresarial) sin ser excluyentes entre sí. De otra manera, el Derecho penal (empresarial) no podría reafirmar la vigencia de la expectativa defraudada en estos casos si se dirige a sujetos distintos a la persona jurídica, quien es la que realmente actúa en el sistema económico y de quien ha surgido, independientemente de su formación interna, la conducta desaprobada.

---

<sup>36</sup> GARCÍA; La imputación jurídico penal..., p. 342.; ORCE; Responsabilidad penal..., p. 383 -386.