

OSVALDO ARTAZA VARELA

**LA EMPRESA COMO SUJETO  
DE IMPUTACIÓN  
DE RESPONSABILIDAD PENAL**  
**Fundamentos y límites**

Prólogo de  
Mirentxu Corcoy Bidasolo  
y  
José Ignacio Gallego Soler

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO  
2013

# ÍNDICE

	Pág.
<b>PRÓLOGO</b> .....	13
<b>ABREVIATURAS</b> .....	17

## INTRODUCCIÓN

1. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN Y ESTRUCTURA.....	19
2. CONCEPTOS FUNDAMENTALES. LA RESPONSABILIDAD JURÍDICO-PENAL. PRESUPUESTOS PARA SU IMPOSICIÓN .....	26
2.1. Usos del término responsabilidad. Concepto de responsabilidad jurídica .....	26
2.2. La justificación de la imposición de responsabilidad jurídica. Criterios que atienden a su utilidad y la legitimidad de la misma.....	29
2.3. Las prácticas de adscripción de responsabilidad propias del Derecho penal.....	34

## CAPÍTULO I

### **LA JUSTIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA. PRIMER NIVEL DE JUSTIFICACIÓN: LA NECESIDAD O UTILIDAD DE LA IMPOSICIÓN DE RESPONSABILIDAD JURÍDICO-PENAL A LA EMPRESA**

1. LA APARENTE INEFICACIA O INSUFICIENCIA DEL DERECHO PENAL INDIVIDUAL COMO ARGUMENTO A FAVOR DE LA INCORPORACIÓN DE LA RPE.....	45
2. EL FORTALECIMIENTO DE LA PREVENCIÓN DE DELITOS COMO CRITERIO DE UTILIDAD PARA LA JUSTIFICACIÓN DE LA INCORPORACIÓN DE LA RPE.....	50
2.1. La utilidad de la RPE como medio de disuasión.....	52
2.2. La necesidad de motivar una apropiada autorregulación de la empresa .....	55

	Pág.
3. PREVENCIÓN ESPECÍFICA O DETERMINADA Y LA IMPOSICIÓN DE RESPONSABILIDAD JURÍDICO-PENAL DESDE CRITERIOS RELATIVOS A SU UTILIDAD.....	59
4. LOS OBJETIVOS DE PREVENCIÓN GENERAL Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA .....	62
5. RAZONES DE ÍNDOLE ECONÓMICA QUE JUSTIFICARÍAN LA IMPOSICIÓN DE RESPONSABILIDAD JURÍDICO-PENAL A LA EMPRESA.....	67
6. CONCLUSIONES PROVISIONALES EN RELACIÓN CON EL PROBLEMA DE LA CRIMINALIDAD EMPRESARIAL Y LA NECESIDAD DE INCORPORAR LA RPE .....	71

CAPÍTULO II  
**LA JUSTIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL  
 DE LA EMPRESA. SEGUNDO NIVEL DE JUSTIFICACIÓN:  
 CRITERIOS DE IMPOSICIÓN DE LA RPE DESDE  
 LA PERSPECTIVA DE SU DISTRIBUCIÓN LEGÍTIMA**

1. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	75
2. DISTRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD JURÍDICO-PENAL MEDIANTE CRITERIOS AJENOS A LA LÓGICA PROPIA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL .....	83
2.1. Bases, orígenes y fundamentos de la atribución de responsabilidad penal a la empresa en los modelos de responsabilidad vicarial .....	83
2.1.1. Qué clase de integrantes.....	89
2.1.2. Margen de actuación realizado por el integrante: la actuación dentro de los fines de la empresa .....	93
2.1.3. La actuación «para la empresa». Exigencias de actuar en beneficio de ésta.....	94
2.2. Revisión crítica de los criterios de distribución de responsabilidad jurídico-penal tras los modelos de responsabilidad vicarial .....	95
2.2.1. Criterios de legitimidad de la distribución diversos al de la culpabilidad que se pueden detectar en un modelo vicarial de atribución de responsabilidad.....	97
2.2.2. El problema de la legitimidad de la opción del modelo vicarial de responsabilidad penal a la empresa.....	102
2.2.3. Conclusiones provisionales en relación con los criterios de imposición de responsabilidad penal del modelo vicarial...	106
3. LA PRETENDIDA CORRECCIÓN DEL MODELO DE RESPONSABILIDAD VICARIAL MEDIANTE LA INTRODUCCIÓN DE NUEVOS FACTORES ASOCIADOS A LA DISTRIBUCIÓN JUSTA DE LA SANCIÓN PENAL .....	108

	Pág.
3.1. Las Directrices para imponer sentencias a organizaciones (OSG) en los Estados Unidos .....	113
3.1.1. Descripción general de las OSG .....	114
3.1.2. Circunstancias que agravan la responsabilidad de la empresa en las OSG .....	116
3.1.3. Circunstancias que atenúan la responsabilidad de la empresa. La importancia de los <i>Compliance Programs</i> para la gestión de riesgos empresariales.....	117
3.1.3.1. ¿Cuál es el propósito de los programas de cumplimiento? .....	119
3.1.3.2. Características centrales y contenido esencial de los PC de acuerdo a las OSG y la evaluación de su efectividad .....	122
3.2. El supuesto deber de prevención de los riesgos penales que justificaría la RPE. Análisis crítico .....	136
3.2.1. La evaluación de la criminalidad empresarial como un defecto en la gestión del desempeño de la empresa .....	139
3.2.2. Elementos de la interpretación de la criminalidad empresarial como «desempeño defectuoso».....	142
3.2.3. Consecuencias en la imposición de responsabilidad jurídico-penal a la empresa derivadas de la lógica de la gestión del riesgo penal .....	150
3.2.3.1. Consideraciones previas. La aceptación progresiva de una <i>defensa</i> para la empresa en la jurisprudencia norteamericana.....	151
3.2.3.2. Legitimación y fundamentos de la defensa en sede de imposición de responsabilidad jurídico-penal.....	153
3.2.3.3. Las reglas de gestión del riesgo penal y su naturaleza de reglas técnicas.....	157
3.3. La tendencia europeo-continental de justificar la RPE mediante el concepto de culpabilidad por defecto de la organización .....	163

### CAPÍTULO III

#### **BASES PARA UNA VERDADERA CONEXIÓN ENTRE LA CULPABILIDAD DE LA EMPRESA Y EL HECHO DELICTIVO**

1. CONSIDERACIONES PREVIAS. NIVELES DE EVALUACIÓN QUE DEBEN SER SATISFECHOS PARA LA INTRODUCCIÓN DE UN MODELO DE RPE.....	171
2. EXIGENCIAS PARA LA IMPUTACIÓN A LA EMPRESA VINCULADAS A LA IDENTIFICACIÓN DEL SUJETO DE LA IMPUTACIÓN .....	176

	Pág.
2.1. Consideraciones previas .....	176
2.2. Punto de partida: consideración de la teoría de la organización para desarrollar el concepto de imputación subjetiva a la empresa. Reparos al hablar de responsabilidad penal de personas jurídicas .....	178
2.3. Aproximación al problema metodológico: la visión de la empresa y su tratamiento normativo .....	184
2.4. El sujeto colectivo como partícipe de las relaciones de responsabilidad .....	192
2.4.1. La personalidad moral de la empresa como correlato de su estructura interna de toma de decisiones. La empresa como miembro de la comunidad moral .....	192
2.4.2. Críticas a la pretensión de que la empresa sea considerada como partícipe en la comunidad moral en los términos propuestos por French .....	197
2.4.3. La propuesta de Pettit. La existencia de agentes colectivos.	203
2.4.3.1. Los sujetos colectivos y la conveniencia de su reconocimiento en las relaciones de responsabilidad .....	203
2.4.3.2. La posibilidad de que colectivos califiquen como agentes .....	208
2.5. Conclusión provisional. El sujeto colectivo como destinatario de normas de conducta .....	225

#### CAPÍTULO IV EL SUJETO COLECTIVO COMO AGENTE AUTÓNOMO DE CARA AL HECHO TÍPICO

1. ANTECEDENTES (1): EJEMPLOS DE JUSTIFICACIÓN DE UNA VERDADERA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA DE LA EMPRESA DE CARA AL HECHO DELICTIVO EN EL ÁMBITO ANGLOAMERICANO .....	235
1.1. La opción por una imputación subjetiva ad hoc para las organizaciones en función de sus políticas internas .....	235
1.1.1. Práctica o política directamente infractora de la ley .....	237
1.1.2. Práctica o política empresarial que de modo previsible derive en una infracción de la ley por parte de un integrante de la organización .....	238
1.1.3. Aceptación o aprobación de la empresa de una infracción de la ley por parte de uno de sus integrantes .....	240
1.2. El modelo de la <i>reactive corporate fault</i> basado en la política organizacional .....	242
1.3. La noción del <i>ethos corporativo</i> como criterio para la identificación del sujeto de imputación diferenciado .....	251

	Pág.
1.3.1. Qué se entiende por <i>ethos</i> de la empresa.....	254
1.3.2. Cómo la empresa, a través de su <i>ethos</i> , podría promover conductas delictivas.....	256
1.3.3. La insuficiencia de este estándar de responsabilidad para la justificación de la RPE.....	257
2. ANTECEDENTES (2): EJEMPLOS DE JUSTIFICACIÓN DE LA CULPABILIDAD DE LA EMPRESA EN EL ÁMBITO EUROPEO-CONTINENTAL.....	260
2.1. Imposición de RPE a partir de fundamentos diversos a los de la responsabilidad penal individual. La tendencia a legitimar la pena a través del concepto de sistemas de injusto .....	260
2.1.1. La propuesta de Heine .....	260
2.1.2. La propuesta de Dannecker.....	266
2.2. Reconocimiento pleno de la empresa como sujeto de la responsabilidad penal. La propuesta de Gómez-Jara.....	272
3. REVISIÓN CRÍTICA. PROPUESTA DE ALCANCE DE RECONOCIMIENTO A LA EMPRESA COMO SUJETO DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL .....	277
3.1. Implicaciones y consecuencias de un reconocimiento fuerte de la empresa en sede de atribución de responsabilidad penal. La existencia de conflictos de identificación del agente .....	277
3.2. Las interacciones originadas en el marco de la estructura empresarial como manifestación del comportamiento colectivo. Relevancia para la imputación de responsabilidad.....	289
3.2.1. Antecedentes: El concepto de negligencia de la empresa...	290
3.2.2. La conducta colectiva como reflejo de una verdadera realidad emergente de las organizaciones complejas.....	293
3.2.2.1. El dilema de actuar como sujeto colectivo en la empresa .....	295
3.2.2.2. La decisión acerca de la estructura de la empresa y su funcionamiento .....	297
3.2.2.3. La gestión de la empresa. La convivencia de sistemas de autoridad formal y de comunicación informal en esta actividad.....	305
3.2.3. Consecuencias de esta realidad emergente para la identificación del sujeto de la imputación .....	310
3.2.3.1. La empresa como sujeto autónomo de imputación.....	310
3.2.3.2. Consecuencias para el contenido de la norma dirigida al sujeto colectivo .....	314
3.3. Conclusiones. Propuesta de integración entre régimen específico de RPE y régimen de responsabilidad penal individual .....	319

CAPÍTULO V  
**LA VALORACIÓN DE LA RELEVANCIA JURÍDICO-PENAL  
 DE LA CONDUCTA COLECTIVA**

1.	LA CONDUCTA COLECTIVA PELIGROSA. LA CONTRIBUCIÓN AL HECHO TÍPICO POR PARTE DEL SUJETO COLECTIVO .....	325
1.1.	Consideraciones previas. Criterios para la valoración de la conducta colectiva .....	325
1.2.	Concreción de la potencialidad lesiva de la conducta colectiva .....	332
1.2.1.	La promoción de conductas delictivas por parte del sujeto colectivo .....	334
1.2.2.	El favorecimiento de hechos ilícitos por parte de la conducta colectiva .....	341
1.2.3.	La conducta colectiva puede propender al aseguramiento de los hechos ilícitos cometidos por los integrantes de la empresa .....	344
2.	CONCRECIÓN DEL DEBER ESPECÍFICO DE CONDUCTA DEL SUJETO COLECTIVO.....	346
2.1.	Criterios rectores para la concreción del deber específico de conducta del sujeto colectivo derivados del ámbito de regulación del sector en concreto .....	351
2.2.	Criterios rectores para la concreción del deber de conducta del sujeto colectivo asociados a la prevención del riesgo penal.....	354
3.	MEDIDAS DE CUIDADO A APLICAR Y ALCANCE .....	360
3.1.	Medidas de cuidado para prevenir la promoción de delitos por parte de los integrantes de la empresa.....	363
3.2.	Medidas de cuidado para prevenir la facilitación de delitos por parte de los integrantes de la empresa.....	365
3.3.	Medidas de cuidado para prevenir el aseguramiento de conductas delictivas .....	369

CONCLUSIÓN  
**BREVE APROXIMACIÓN A LAS EVENTUALES RESPUESTAS  
 DEL SUJETO COLECTIVO FRENTE A LA IMPUTACIÓN**

1.	PRINCIPALES CONCLUSIONES OBTENIDAS EN LA INVESTIGACIÓN.....	373
2.	LAS RESPUESTAS DEL SUJETO COLECTIVO .....	387
	<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	393
	<b>OTRAS REFERENCIAS .....</b>	409

## PRÓLOGO

*Sin duda, uno de los hitos más relevantes del actual Derecho penal es el progresivo abandono del brocardo *societas delinquere non potest* y la consiguiente introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que ya es una realidad no sólo en aquellos sistemas que tradicionalmente la habían previsto, sino también en otros que históricamente no contaban con ella, como es el caso de España, tras la entrada en vigor de la LO 5/2010 de reforma del Código Penal, o de Chile tras la aprobación de la Ley 20.393 de 2009. Este importante fenómeno se ha producido también en países como Francia, Suiza, Holanda, Dinamarca y Bélgica, al mismo tiempo que ha dado lugar a una intensa discusión académica, en la que justamente cabe encuadrar el presente trabajo.*

*La profundidad y rigor con los que Osvaldo Artaza ha abordado el estudio de la responsabilidad penal de la empresa es incuestionable con independencia de la postura que se mantenga al respecto. El autor ha tenido la inteligencia de elegir un tema de enorme interés práctico y teórico y a partir de ello desarrollar una brillante investigación. Como valor añadido cabe mencionar la metodología adoptada, que aporta a la obra un valor que va mucho más allá de los avatares que sufra el Derecho positivo de un determinado país. Por lo demás, como es de rigor en cuestiones que afectan a más de un área del ordenamiento jurídico, el autor nos aporta una visión completa del problema al aunar sus conocimientos de diversas ramas del Derecho.*

*El trabajo se inicia introduciéndonos en conceptos propios del Derecho sin calificativos —responsabilidad jurídica— como paso indispensable para poder crear una teoría de la responsabilidad jurídico-penal de la empresa que sea armónica y autónoma respecto de la normativa extrapenal. En esta lógica la investigación sigue analizando los diferentes argumentos que justifican y legitiman la responsabilidad penal de la empresa, con base en la insuficiencia de la responsabilidad individual en el actual sistema económico.*

*Uno de los grandes atrevimientos del autor (y creemos que parte del éxito de su obra) radica en cambiar el tradicional foco de análisis: el lector habrá advertido en el propio título que no se habla de la persona jurídica, sino de la empresa como sujeto de imputación jurídico-penal. Y es que con ello se quiere evidenciar que el problema que subyace a su análisis no es de formas (persona*



*jurídica versus persona física) sino de materia. Se trata de valorar la estructuración organizativa, de contemplar los procedimientos materiales de toma de decisión para ver cómo se puede fundar la responsabilidad jurídico-penal una vez superada en nuestra disciplina la adopción acrítica de teorías de corte en origen civilista.*

*Osvaldo Artaza ha sabido escoger la referencia idónea: responsabilidad de la empresa. No en vano, la segunda acepción de este sustantivo en el Diccionario de la Lengua de la Real Academia lo define como «unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos».*

*Creemos sinceramente que posturas como la adoptada en este trabajo respecto del controvertido tema de la responsabilidad penal de la empresa son las únicas realmente válidas en un contexto jurídico en el que de forma global, aun cuando sea con diferencias legislativas, se admite dicha responsabilidad.*

*Frente a una parte de la discusión actual sobre el tema (que discute los problemas que se suscitan en los distintos niveles de la teoría del delito —conducta humana, elementos subjetivos, culpabilidad...— conforme a concepciones clásicas), que pocas soluciones aporta a la aplicación de un modelo legal dado —más allá de la crítica al propio modelo—, Osvaldo Artaza ha transitado por otro camino, que le ha llevado a un paisaje bien distinto.*

*Ese paisaje que su obra alumbra es el que permite la fundamentación de la responsabilidad (y, por tanto, también permite cuestionar la legitimidad de modelos que no acepten una fundamentación de responsabilidad penal por hecho propio), así como la posible restricción del modelo a partir de criterios propios de esta responsabilidad corporativa. Osvaldo Artaza no obvia los problemas dogmáticos pero se centra en encontrar fundamentos y argumentos que sirvan a la legitimación conceptual de dicha responsabilidad, así como a una interpretación adecuada y restrictiva de la normativa.*

*En este libro la sistematización y la claridad expositiva son encomiables, consiguiendo ambas metas sin perder la profundidad que requiere un trabajo de esta naturaleza. La claridad en la exposición facilita la lectura y permite al lector adentrarse en cuestiones complejas, haciendo comprensible un tema que abordado de otra forma nos parecería especialmente arduo. Tarea especialmente difícil si tenemos en cuenta el ingente material bibliográfico que Osvaldo Artaza ha utilizado en su investigación, logrando sintetizarla, sistematizarla y exponerla de forma ordenada. Un valor añadido a remarcar es que el autor incorpora al presente debate gran parte de la discusión anglosajona, marcando la senda de lo que a buen seguro serán los trabajos en el futuro (y ya en el presente) de Derecho penal de empresa.*

*Estamos seguros que este trabajo será una referencia obligada para cualquiera que quiera adentrarse en la materia, tanto con vocación dogmática como con vocación práctica. Esta capacidad de aproximarse a la práctica no resulta*

*ser habitual en este tipo de análisis, en los que el preciosismo de lo argumental parece preocupar más que su viabilidad operativa.*

*Ante la calidad del presente libro, y conociendo la capacidad y tesón de Osvaldo Artaza, estamos seguros de que este trabajo es solo el inicio de una brillante carrera académica, que tuvimos la suerte de poder contemplar desde un inicio como directores de su tesis doctoral, germen de este trabajo. Felicitándolo por lo que ya es una realidad, aprovechamos esta tribuna para retarle a seguir adelante sin bajar el listón tan alto que él mismo se ha marcado con esta obra.*

En Barcelona, a 2 de agosto de 2012

Mirentxu CORCOY BIDASOLO

Catedrática de Derecho penal en la Universitat de Barcelona

José Ignacio GALLEGO SOLER

Profesor Titular de Derecho penal  
en la Universitat de Barcelona. Abogado

# INTRODUCCIÓN

## 1. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN Y ESTRUCTURA

La pregunta central que se pretende responder a continuación es si una empresa, u organización empresarial constituida como persona jurídica, entendida por sí misma, es decir, en forma independiente a sus integrantes individualmente considerados, puede ser *llamada a responder* frente a la comunidad por un delito cometido a propósito de su funcionamiento. Y si lo anterior puede hacerse o no en términos tales que se entiendan como compatibles con aquello que debiéramos entender por responsabilidad penal o *responsabilidad en sentido estricto*.

Esto quiere decir que no interesa aquí si la empresa debiera cargar o no con las consecuencias del hecho delictivo que se lleva a cabo a propósito de su funcionamiento en un sentido amplio, sino que más bien *si esta carga puede o no ser definida como pena*, y por tanto, si puede reprocharse a la empresa como sujeto de imputación su propia contribución al hecho delictivo en cuestión.

El propósito de este ensayo es evaluar la posibilidad de presentar ciertas bases para un modelo que responda a esta idea de responsabilidad en sentido estricto (o responsabilidad merecida de la empresa) y, por otra parte, evidenciar mediante un análisis crítico de cierta justificación de la RPE, la introducción de una serie de criterios para la imposición de responsabilidad que debieran ser considerados incompatibles con la lógica propia de la responsabilidad penal.

Para esto es inevitable dotar de cierto contenido a lo que aquí se denominará como las *posibilidades de utilización de la responsabilidad penal* entendida en un sentido estricto, para responder entonces a la siguiente pregunta: ¿Debiéramos utilizar la responsabilidad penal como herramienta para hacer cargar a las empresas con las consecuencias del hecho delictivo?

Por lo mismo es imprescindible transparentar, desde un inicio, desde dónde se parte, o de dónde se definirá tal contenido asignado a la responsabilidad penal. Lo primero que se debe clarificar es que el acento se colocará en el punto de vista normativo de la responsabilidad penal, es decir, en el *deber ser*, y particularmente en la definición de qué *debiéramos* entender

por responsabilidad penal. Tal respuesta se definirá a partir del conjunto de valores y principios que debieran dotar de contenido a esta institución a través de una interpretación adecuada del ordenamiento jurídico-penal y de las reglas de éste que permiten la imposición de responsabilidad jurídico penal, es decir, se debiera construir a partir del contenido político criminal que se pretende extraer del conjunto de reglas jurídicas que permiten la imposición de responsabilidad penal<sup>1</sup>. Por ende, no me interesará aquí una fórmula o teoría descriptiva acerca de qué es la responsabilidad penal, más bien lo que importará es determinado contenido normativo de la responsabilidad penal que delimitaría las posibilidades de utilización de la misma. Con todo, se asume que tal propuesta de dotación de contenido normativo a tal institución debe responder, en todo caso, a ciertas prácticas sociales de adscripción de responsabilidad en sentido estricto profundamente asentadas en nuestra sociedad y que funcionarían en este caso como un verdadero límite dado por lo «normativo cultural»<sup>2</sup>. Por tanto, una forma de asegurar la legitimidad y racionalidad de la propuesta que aquí se haga, o justamente de permitir su posterior evaluación y crítica, es la de establecer desde un primer momento la exigencia de que la forma en que se llame a responder a la empresa sea compatible con nuestras prácticas sociales de adscripción de responsabilidad.

En consecuencia, el punto de partida y límite de la investigación es el siguiente: pretende servir como *revisión crítica* a la forma como se ha venido introduciendo la RPE en la actualidad en nuestra tradición jurídico-penal, en términos tales que resulta difícilmente definible como una verdadera responsabilidad penal en aquellos Ordenamientos jurídico-penales en donde el principio de culpabilidad esté fuertemente asentado y, al mismo tiempo, pretende proponer ciertos criterios mínimos para que el legislador otorgue contenido a esta institución, en términos tales que pueda decirse que tal imposición de responsabilidad es de aquellas que son un asunto del Derecho penal.

Por lo mismo se atenderá al problema de la delimitación de las posibilidades de utilización de la responsabilidad jurídico-penal. Como metodología no se comenzará con el análisis de qué es la pena y sus presupuestos, sino con una descripción de la categoría más genérica: la responsabilidad jurídica. Lo anterior se justifica en la medida que así se identificarán los diversos criterios por los cuales se impone responsabilidad jurídica para luego detectar aquellos que son propios de la responsabilidad jurídico-penal como una especie de la primera.

De esta manera, *a la hora de evaluar ciertos intentos por justificar la RPE se hará desde la perspectiva de si responden o no a aquellos criterios para la im-*

---

<sup>1</sup> Fundamental al respecto, SILVA (2010), pp. 242 y ss.; DUFF (2007), pp. 5-6.

<sup>2</sup> Utilizo este término en el sentido dado por MIR (2005), p. 11: «Lo normativo jurídico ha de estar limitado por lo normativo cultural».

*posición de responsabilidad jurídica propios del Derecho penal, o si, más bien, corresponden a criterios diversos.*

Esta dimensión permitiría detectar los puntos centrales para la concreción de un modelo de RPE que pudiera presentarse en términos compatibles con la forma en que se adscribe responsabilidad penal. La pregunta, o problema central, que se debe resolver vendría dada por la *determinación de si la empresa podría o no ser reconocida en alguna medida como partícipe de las relaciones de adscripción de responsabilidad penal.*

Para responder a lo anterior se ahondará en aquellos elementos que constituirían tales relaciones o prácticas de adscripción de responsabilidad poniendo el énfasis en quiénes pueden ser llamados a participar (en el sentido de quiénes pueden ser llamados a responder), y por qué motivos.

A partir de este análisis se constatarían ciertos requisitos mínimos para poder profundizar en la posibilidad de reconocimiento, o inclusión, de las empresas en las relaciones de responsabilidad jurídico-penal. El primer grupo de exigencias estarían vinculadas con la necesidad de identificar a un sujeto de la imputación. El segundo grupo de requisitos, como se verá en detalle, están vinculados al problema del *por qué se responde* en donde sería especialmente relevante el análisis de la relación entre imputación y reglas de conducta dirigidas en forma prospectiva al sujeto de la imputación y su utilización en la retrospectiva para la evaluación de su conducta.

Con todo, una de las tendencias más comunes a la hora de justificar la RPE es la de sostener que al tratarse de un tipo de responsabilidad penal distinto, solo aplicable a empresas, debería basarse en sus propios fundamentos y políticas y que, por lo mismo, sus posibilidades no estarían limitadas de acuerdo con las mismas razones por las cuales se limita el uso de la responsabilidad penal para el caso de los individuos. Como uno de los objetivos de la investigación es evidenciar que a través de ciertos modelos de RPE se estarían introduciendo criterios para la imposición de responsabilidad jurídica ajenos a esta misma, se analizarán aquellos criterios de legitimidad para la determinación de quién debe responder que no atienden a la detección del *agente responsable*, sino más bien a la equidad, y que corresponderían a la forma como se distribuyen costes en otras ramas del ordenamiento jurídico, pero que no responderían a la lógica con que opera la adscripción de responsabilidad penal.

Se analizarán diversas manifestaciones de esta tendencia, las que tienen en común el introducir como criterios para la imposición de responsabilidad lógicas muy diversas a las propias del Derecho penal y que responden más bien a intereses que no debieran ser estimados como un asunto de la adscripción de responsabilidad penal<sup>3</sup>. Debido a la influencia que han tenido en la actualidad estos modelos (especialmente la práctica angloamericana de

---

<sup>3</sup> Véase *infra* II.2.

transferir a la empresa la responsabilidad de sus integrantes) se describirán sus orígenes, fundamentos y presupuestos, con el objeto de detectar cuál es la lógica de imposición de responsabilidad que subyace a estos.

Para tales efectos, se ahondará principalmente en los modelos de *transferencia de responsabilidad*, con especial énfasis en el análisis de sus presupuestos, para constatar que la respuesta vinculada a *quién debe responder* se definiría por medio de criterios incompatibles con la adscripción de responsabilidad penal, que guardan relación más bien con el *quién debe hacerse cargo* propio del Derecho privado y no con la detección de *quién aparece* como agente responsable.

Este análisis se llevará a cabo mediante la descripción de las exigencias para la sanción penal a la empresa, desarrolladas en la práctica angloamericana, dirigidas a la concreción del margen de conductas de los integrantes de la empresa por las cuales se podría hacer responsable a la empresa misma, bajo la lógica de esta transferencia de la responsabilidad. El acento estará colocado, en primer lugar, en la descripción de estos modelos (en sus diversas variantes), para luego poder someterlo a revisión crítica desde los parámetros derivados de aquello para lo cual se debiera utilizar la imposición de responsabilidad penal. La pregunta que se pretende responder entonces es si parece o no legítimo utilizar la responsabilidad penal de acuerdo a los parámetros y presupuestos pretendidos por estos modelos de transferencia (o de *responsabilidad vicarial*).

Un segundo nivel de análisis de esta tendencia vendría dada por la incorporación de una serie de correcciones a este modelo de transferencia, las cuales estarían dirigidas a resolver los eventuales problemas de legitimidad del mismo, debido a que irían poniendo el acento en aquello que realmente sea responsabilidad de la empresa, y no de sus integrantes. Como se suele decir, irían centrándose en lo verdaderamente corporativo. Fundamental para entender esta pretendida evolución del modelo de transferencia es que se empieza a evidenciar el propósito de detectar aquello por lo que realmente debiera responder la empresa. Una de sus máximas influencias sería la incorporación en la práctica norteamericana de las «*Organizational Sentencing Guidelines Offenders*», instrumento que si bien sirve exclusivamente como guía para la determinación de la pena a imponer a la empresa una vez que se resuelve que ésta debe responder, ha adquirido enorme relevancia para el desarrollo de la RPE<sup>4</sup>.

Al respecto, se le dará especial importancia a la descripción de aquellas circunstancias que, según este mismo instrumento, podían reducir la pena de

---

<sup>4</sup> Como se verá más adelante (véase *infra* II.3), esta relevancia radicaría en que a partir de este instrumento se pretendería extraer consecuencias para este ámbito que escapan al ámbito de la determinación del *quantum* de la sanción a imponer a la empresa, como, por ejemplo, el de detectar una verdadera culpabilidad de la misma a partir de la cual justificar la sanción penal a ésta.

la empresa (como, por ejemplo, la presencia de un *programa de cumplimiento*) y cómo la doctrina ha pretendido derivar, de estas mismas, consecuencias generales para la determinación de aquello que debiera ser el fundamento de la imputación para el caso de la RPE.

A partir de lo anterior empezaría a incorporarse un nuevo factor decisivo en el desarrollo de esta institución, como es el de la noción de gestión adecuada del riesgo, y la detección de una serie de deberes que recaerían en la empresa vinculados a su administración y a una dimensión especial de ésta: la de la prevención de conductas delictivas cometidas a propósito del desarrollo de la actividad de la empresa. La pregunta central que se tratará de responder en esta parte de la investigación es si se justifica o no un deber de prevención de delitos que recae en la misma empresa a partir de los fundamentos aportados por esta tendencia de corrección de los modelos de transferencia.

Con todo, y como se tratará de demostrar, ninguno de estos intentos de corrección de los modelos de transferencia responde al problema de por qué la empresa puede ser llamada a responder en términos compatibles con los elementos constitutivos de la responsabilidad penal, y esto, en gran parte, porque son incapaces de presentar argumentos sólidos para la inclusión de la empresa en las prácticas de adscripción de responsabilidad penal. Es decir, no señalan por qué la empresa puede ser considerada como un sujeto de la imputación.

En ese orden de cosas, se examinará el problema de que la empresa se presente como sujeto de la imputación diferente o independiente de sus integrantes individualmente considerados. Es decir, se abordarán aquellos argumentos más representativos para sostener que existiría una dimensión de fenómenos que suceden en la actividad de la empresa, por la cual se debiera llamar a responder, en los términos propios del Derecho penal, a la empresa y no a sus integrantes en forma individual.

El foco de atención estaría colocado en la definición de la visión de empresa que se presenta a los efectos de argumentar acerca del mejor tratamiento normativo que se le debe asignar a la misma, y a los argumentos dados por la doctrina, en gran medida influenciados por la teoría organizacional, para defender la idea de que la organización empresarial puede ser llamada a responder. Al respecto se abordarán diversos intentos por justificar que la empresa puede ser considerada como un partícipe de las relaciones de responsabilidad. Con todo, estos intentos presentarían diversos alcances y fundamentos en relación con tal pretensión de reconocimiento. En común presentarían el hecho que parten de las propiedades organizativo-estructurales de la empresa para constatar que se debe ofrecer un tratamiento normativo que considere al *sujeto-empresa*, y diferirían en el tipo de tratamiento normativo y el nivel de inclusión en las relaciones de adscripción de responsabilidad que proponen.

En esta parte no solo será relevante ahondar en aquellas propiedades estructurales de la actividad empresarial, sino que se desarrollarán determinados presupuestos metodológicos que deben ser tomados en cuenta con el objeto de decidir si parece o no razonable el reconocimiento de la empresa como un sujeto diferenciado de imputación. En este sentido se analizarán las diversas consecuencias para la justificación del tratamiento normativo a la empresa que se derivarían a partir del seguimiento de posturas como la individualista o la holista. Al mismo tiempo se presentarán alternativas que, sin responder al individualismo metodológico ni al holismo metodológico, posibilitarían el reconocimiento restringido de ciertas organizaciones como sujetos de relevancia a efectos de adscripción de responsabilidad penal.

A partir de tal advertencia en el plano metodológico se podrán diferenciar diversos niveles de reconocimiento a la empresa como sujeto jurídico-penalmente relevante. Estos niveles guardarían relación tanto con el problema de si la empresa puede o no ser llamada a responder y, por tanto, si aparece como apta para la responsabilidad, como al problema posterior relativo a por qué responde y que, por lo general, pretende justificar cierto grado de contribución de la empresa al hecho delictivo en términos diversos a las formas de contribución individual dadas en el marco de su actividad.

En el transcurso de esta parte de la investigación se describirán ciertas tendencias cuya pretensión es abogar por un reconocimiento amplio de las empresas en las prácticas de adscripción de responsabilidad penal, debido a la existencia de diversos frentes mediante los cuales la empresa podría ser llamada a responder por un delito cometido a propósito de su actividad. Así, por ejemplo: 1) la posibilidad de que la empresa establezca políticas o prácticas directamente delictivas; 2) que por medio de sus políticas o prácticas (no directamente delictivas) incida en forma previsible en comportamientos ilícitos por parte de sus integrantes, o 3) en la contribución de la empresa llevada a cabo en forma posterior al delito debido a una reacción poco adecuada una vez se toma conocimiento del mismo.

En relación con esta detección de frentes se le dará especial relevancia a la distinción, por parte de la doctrina especializada, entre *contribuciones intencionales* de la empresa a la conducta delictiva, de aquellas llevadas a cabo en forma *descuidada o negligente*, ya que esta última sería fundamental para la definición de un nivel adecuado de reconocimiento de la empresa en las relaciones de adscripción de responsabilidad penal.

El objetivo de la última parte de la investigación será efectuar una propuesta propia dirigida a sentar las bases de en qué nivel y alcance convendría permitir que la empresa participara en las relaciones de adscripción de responsabilidad jurídico-penal, a partir de las bases metodológicas presentadas en esta introducción.



Para encauzar este problema se reparará especialmente en el carácter eminentemente relacional y normativo de la responsabilidad, y en la detección de cierto nivel en que parezca como adecuado o plausible la introducción de la RPE. Con el objeto de satisfacer tales exigencias se presentará un *esquema de evaluación* del modelo propuesto que contenga, en un *primer nivel*, las exigencias vinculadas a *quiénes pueden ser llamados a responder* y, por ende, presente un sujeto apto para la responsabilidad y un destinatario idóneo de reglas de conducta que permitan la posterior imputación<sup>5</sup>.

El centro de esta argumentación estaría dado por la convicción de que la identificación del sujeto de la imputación no debe hacerse a través de argumentos vinculados exclusivamente a la gama de derechos o deberes, o al tratamiento normativo que se debe asignar a la persona jurídica, ya que resultaría imposible presentar una alternativa compatible con las prácticas de adscripción de responsabilidad penal. Al contrario, se presentará una alternativa a este punto de partida que considere más bien la posibilidad de que se asuma la necesidad de cierto reconocimiento de la conducta colectiva, llevada a cabo por sujetos colectivos como una manifestación de la conducta humana que ha ido adquiriendo mayor relevancia en la actualidad. En este tenor se explorará la posibilidad de que los sujetos colectivos sean reconocidos como agentes responsables en relación con ciertos fenómenos que ocurren a propósito de la actividad de la empresa. Para esto no sólo me basaré en una profundización en la teoría organizacional, sino también en aquellos argumentos provenientes de la filosofía política que abogan por un mayor nivel de reconocimiento de los sujetos colectivos.

No obstante, como se trata de indagar en la posibilidad de incluir a los sujetos colectivos en una dimensión especial de la adscripción de responsabilidad no omitiré el problema vinculado a si este sujeto identificado puede ser destinatario de normas de conducta, y cuál sería el contenido de éstas en caso de que se responda afirmativamente a esta cuestión.

Sin duda alguna, el problema de mayor dificultad que se abordará en esta parte de la investigación se relaciona con la identificación de una conducta de la empresa que pueda ser considerada como diferente o diferenciable de la efectuada por sus integrantes individualmente considerados y, por tanto, en justificar una necesidad de imputación. Para ahondar en tal dificultad se consideran algunos aportes de la filosofía política tendentes a evitar una mirada atomista de las relaciones sociales y que, por tanto, reconocería cierto nivel de relevancia colectiva de aquello que sucede en determinadas agrupaciones de individuos sin necesidad de adherir a una visión de estas mismas propia del holismo metodológico.

Una vez que se presente una alternativa de aquello que pueda ser entendido por conducta colectiva, se pasará a un *segundo nivel de evaluación* del

---

<sup>5</sup> Véase *infra* III.1.

modelo que pretende responder a la dimensión de la responsabilidad penal que atiende al *por qué se responde*. El acento de tal análisis se enfoca en la definición de si aquello que se definirá como conducta colectiva parece o no jurídico-penalmente relevante.

La manera como se intentará demostrar que efectivamente esta conducta podría parecer jurídico-penalmente relevante será por medio de la determinación de si debiera o no ser considerada, y en qué nivel, como una *contribución diferenciada al hecho típico* respectivo que, a su vez, sea atribuible al sujeto colectivo.

Al respecto, se propondrán una serie de criterios rectores dirigidos a identificar cuándo se puede decir que el sujeto colectivo contribuye con el hecho delictivo en términos que pueda llamársele a responder por parecer como agente responsable de tal contribución. Pero al mismo tiempo se propondrán una serie de criterios dirigidos a concretar el deber de conducta de tal sujeto, y cuál debiera ser el contenido de éste en relación con las responsabilidades prospectivas que puedan dirigirse a la empresa como sujeto colectivo.

Mediante esta doble evaluación se tratará de responder, en términos compatibles con los presupuestos de la responsabilidad jurídico-penal, tanto al problema del fundamento de la imputación en el caso de la RPE, como a la *integración armónica de este régimen específico de responsabilidad penal con el resto del ordenamiento jurídico penal*. Esta necesidad de integración armónica vendría dada, especialmente, por el hecho de que el régimen que se propondrá coexiste junto al régimen de responsabilidad penal individual, por lo que se pondrá especial cuidado en evitar contradicciones que promuevan la incoherencia interna del sistema jurídico-penal.

Como resulta evidente, esta investigación se centrará en el problema de definir si se presentan o no razones adecuadas para que la empresa sea llamada a responder por aquellos hechos delictivos que se cometan a propósito de su actividad en el marco de las prácticas de adscripción de responsabilidad penal. Por tanto, el acento estará colocado en el nivel de reconocimiento de la empresa como partícipe de tales relaciones de responsabilidad que parezca adecuado dentro de las posibilidades que se le debieran asignar a la responsabilidad penal.

## **2. CONCEPTOS FUNDAMENTALES. LA RESPONSABILIDAD JURÍDICO-PENAL. PRESUPUESTOS PARA SU IMPOSICIÓN**

### **2.1. Usos del término responsabilidad. Concepto de responsabilidad jurídica**

Con el objeto de facilitar el análisis de los diversos presupuestos para la imposición de responsabilidad jurídico-penal a las empresas por los delitos

cometidos a propósito de su actividad, y su posterior crítica desde la perspectiva de cómo debiera entenderse configurada la responsabilidad penal, se presentarán a modo de esquema general aquellas consideraciones básicas acerca del concepto de responsabilidad jurídica y de sus presupuestos.

El propósito de ahondar en el concepto de responsabilidad jurídica como problema general es que a partir de su análisis se podrá constatar que no existe sólo una clase de criterios para la imposición de responsabilidad jurídica y que aquello que se entiende por responsabilidad jurídico-penal, como especie de la misma, presentará particularidades que se deben tener en cuenta y que vienen dadas por el hecho de que *la medida a imponer se trate de una pena*.

De esta manera se podría evidenciar cómo a través de la introducción de la RPE se han pretendido incorporar al Derecho penal lógicas muy diversas a aquella que la caracteriza y que más bien corresponderían a criterios de imposición de responsabilidad jurídica ajenas o extrañas a la forma en como se debiera imponer responsabilidad jurídico-penal.

Como es sabido, el concepto *responsabilidad* puede ser utilizado en variadas formas<sup>6</sup>. Según Molina, estos usos pueden ser resumidos en dos categorías o significados principales que tienen en común un hecho, situación o acontecimiento básico por el que se responde y que apuntarían a cuestiones diversas, pero estrechamente vinculadas: 1) un sentido de la misma que atendería a la *originación* de un hecho, y 2) aquella dimensión que determina *quién debe responder* por este mismo<sup>7</sup>.

En el primer sentido del término se miraría al pasado, específicamente a los acontecimientos previos del hecho por el que se responde, con el objeto de encontrar antecedentes que expliquen su existencia. Se podría hablar aquí de responsabilidad como *originación* del hecho y se atendería a la conexión entre el hecho y ciertos antecedentes que expliquen la existencia del primero.

En este primer grupo de significado del término responsabilidad se pueden distinguir, atendiendo al *vínculo establecido entre antecedentes y el hecho*, al menos dos usos de esta expresión. Por un lado, esta conexión explicativa puede entenderse como mera explicación causal entre hecho y antecedente. Pero también como una conexión subjetiva (o conexión a la culpabilidad) que es propia de la responsabilidad subjetiva<sup>8</sup>. Según Molina, estos dos tér-

<sup>6</sup> En lo que sigue MOLINA (2000), pp. 170 y ss. Acerca del carácter polisémico del término responsabilidad véase también SILVA (2007), pp. 142-143; HART (2008), pp. 211 y ss.

<sup>7</sup> El esquema general de los presupuestos de la responsabilidad jurídica que se desarrolla a continuación corresponde mayoritariamente a este autor, salvo indicación expresa.

<sup>8</sup> Así también GARZÓN (1996), p. 259. Véase PETTIT (2005), p. 210, quien señala que la forma de responsabilidad que le compete al Derecho penal debe distinguirse de aquella «no-normativa» o «responsabilidad causal».

minos representarían los extremos a los que se puede atender con el propósito de comprender el origen de un hecho, sin perjuicio de que pueden existir términos intermedios en donde no sea suficiente la mera explicación causal, pero donde no se requiera la constatación de una responsabilidad subjetiva plena o completa<sup>9</sup>.

Nos enfrentaríamos entonces a una clase de conexión explicativa (entre hecho y su antecedente). Sin embargo, no todas estas conexiones habituales del lenguaje son relevantes para estos efectos, es decir, sólo un margen de éstas podrán ser utilizadas para comprender ciertos hechos desde la perspectiva del Derecho.

Por ejemplo, que se considere que la tormenta es responsable de la pérdida de vidas humanas no será relevante a los efectos de explicar las causas de estas muertes para el Derecho penal (salvo en el sentido de señalar que las muertes se deben a un accidente y no pueden ser atribuidas a nadie).

Las conexiones relevantes (especialmente para el Derecho penal, pero no sólo para éste) serán aquellas que relacionen un hecho con una conducta humana, y no cualquiera, sino sólo aquella que en principio reúna las *condiciones que permitan sostener que un sujeto aparece como agente de tal hecho*. Por tanto, de conexiones atributivas.

En un segundo sentido el término responsabilidad se centraría en las consecuencias de un hecho, y su principal preocupación es determinar *quién o quiénes deben responder por éste* y, por ende, sufrir ciertas cargas derivadas de la existencia del mismo. Este significado atendería a la responsabilidad como atribución de consecuencias por el hecho lesivo y se conoce como *responsabilidad jurídica*<sup>10</sup>.

Relacionando ambos sentidos del término ya descritos se puede decir que generalmente ambas categorías se encuentran fuertemente anudadas, ya que en ciertos ámbitos (como la filosofía moral) el criterio más importante para responder por un hecho, en el sentido de servir como legitimación a la imposición de cargas, es el de ser responsable de éste en el primer sentido referido<sup>11</sup>. Con todo, se señala correctamente que esta conexión entre ambos significados del término es contingente, ya que ser responsable de un hecho no es condición suficiente ni necesaria para responder por éste mismo.

---

<sup>9</sup> MOLINA (2000), pp. 173 y ss.

<sup>10</sup> MOLINA (2000), p. 177. Así, según el autor, cuando se sostiene que alguien es responsable civil o penalmente de un hecho lesivo estamos haciendo referencia justamente a que, como reacción frente a este hecho, se le van a imponer ciertas consecuencias jurídicas que entrañan una carga para éste, como sufrir una pena o la obligación de reparar el daño causado.

<sup>11</sup> Fundamental, MOORE (2011), pp. 47 y ss., «...la justicia se logra sólo si quienes resultan moralmente responsables son quienes han de ser penados...».