

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: ¿UN OLVIDO O REINTERPRETACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL?

Rafael H. Chanjan Documet¹

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objetivo analizar críticamente los distintos modelos y tesis que se han formulado en la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJ), a efectos de identificar en qué medida cada uno de estos modelos entran en colisión con los tradicionales principios que se han reconocido para la intervención del Derecho Penal, esto es, principios como el de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, etc. En especial, se abundará, dada la naturaleza y características de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en la evaluación del principio de culpabilidad penal, el cual -como se sabe- es un principio complejo que engloba varios subprincipios específicos como el de responsabilidad subjetiva, responsabilidad por el hecho propio, responsabilidad por el acto o prohibición de un Derecho Penal de autor, y el principio de imputación personal o culpabilidad en sentido estricto.

La reforma penal del 2015 trajo consigo importantes cambios en el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas que se había instaurado en España desde el año 2010, lo cual ha generado en el ámbito académico distintas posiciones críticas, algunas a favor y otras en contra. No obstante, queda claro que dicha reforma ha supuesto la introducción -como sucede en otros países- del modelo denominado de "autorresponsabilidad" o "responsabilidad autónoma" de las personas jurídicas, ya que tipificó de forma abstracta una exención de responsabilidad para aquellas personas jurídicas que, antes del acontecer delictivo, hayan implementado eficazmente en su seno programas de cumplimiento normativo (*compliance programs*) para la prevención de delitos. Del mismo modo, en el Perú, recientemente se introdujo el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas para algunos delitos vinculados a la corrupción pública, siendo el modelo elegido el de "autorresponsabilidad" al igual que en España.

Sin perjuicio de ello, existen otros países en los cuales el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas es distinto, pues se trata de un sistema "vicarial" o "de transferencia". Así podemos mencionar a Francia, Estados Unidos y el Reino Unido, como algunos de los países en los cuales se ha preferido sancionar a las empresas directamente por los hechos delictivos cometidos por algunos de sus miembros.

¹ Profesor del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctorando en Derecho y Becario de la Universidad de Murcia (España). Master en Derecho Penal y Política Criminal por la Universidad de Málaga (España). Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Corrupción (DEPEC) de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En tal sentido, a continuación, se tratará de examinar estos dos modelos mencionados, así como el modelo mixto o ecléctico, a fin de tomar postura sobre el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas que mejor se adecúa a las exigencias constitucionales que tradicionalmente se vienen reclamando a toda intervención del Derecho Penal.

II. EL MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL VICARIAL O DE TRANSFERENCIA

Un primer modelo de RPPJ es el "vicarial", "de transferencia", "de heteroresponsabilidad" o "indirecta". Este sistema de atribución de responsabilidad a los entes colectivos fue el que en un inicio fue instaurado en España mediante la LO 5/2010, de 22 de junio², así como el que se encuentra vigente en países como Estados Unidos, Francia y el Reino Unido³. Es el modelo menos complejo en términos teóricos, pues en resumidas cuentas atribuye responsabilidad penal a las personas jurídicas con la sola constatación de la comisión de un ilícito penal por algún miembro de la organización en beneficio o por cuenta de esta. Es decir, se transfiere la responsabilidad criminal de la persona individual a la persona jurídica de manera automática, sin requerirse para tal efecto verificación de una culpabilidad o injusto propio de la persona jurídica. El delito del directivo o representante se le imputa sin más (por reflejo o de rebote) a la persona jurídica si se ha actuado en el giro de la empresa o en su beneficio. La culpabilidad de la persona física es la que hace culpable a la persona jurídica⁴. En España, entre los autores -minoritarios en la doctrina- que se adscriben a este modelo de RPPJ se encuentran Quintero Olivares, Gonzales Cussac y Gómez Tomillo.

Las características fundamentales de esta teoría de RPPJ pueden verse evidenciadas por lo dicho por la Fiscalía General del Estado de España en su Circular 1/2016, la cual señala lo siguiente:

"(...) atribuye la responsabilidad penal a la persona jurídica entendiendo que esta se manifiesta a través de la actuación de una persona física que la compromete con su previa actuación delictiva, siempre que se evidencie un hecho de conexión pues, de otro modo, la responsabilidad de la persona jurídica devendría inconstitucionalmente objetiva. Es la responsabilidad por transferencia, indirecta, derivada, vicarial o por representación"

La misma circular sostiene, incluso, que actualmente este es el modelo que se encuentra vigente en España, pues la reforma producida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, no ha variado sustancialmente el fundamento de incriminación de los entes colectivos instaurado en el año 2010:

"Pues bien, la vigente regulación del apartado primero del art. 31 bis continúa estableciendo en sus letras a) y b) los dos presupuestos que permiten transferir la responsabilidad de las personas físicas a la persona jurídica. El primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades

² Cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.: "Ni catástrofe, ni panacea: la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Boletín de Estudios Criminológicos*, Vol. LXIX Abril 2014 Núm. 211, p. 98; también, DIEZ RIPOLLES, J.L.: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española*. Indret. 1/2012. p. 14.

³ Cfr. NIETO MARTIN, A. *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. p. 69-70.

⁴ Cfr. DIEZ RIPOLLES, J.L. op. cit. pp. 5-6; NIETO MARTIN, A. op. cit. p. 69 y ss; y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. op. cit. p. 103-104.

en la entidad y el segundo las personas indebidamente controladas por aquellas. En ambos casos, se establece un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial de la persona jurídica".

Si bien se han mencionado cuales son los rasgos generales de este sistema de imputación a las personas jurídicas, también se pueden hallar algunas particularidades en las regulaciones que han optado por este modelo. Así, en Francia y el Reino Unido (salvo en el homicidio de la corporación y en el *Bribery Act*), la responsabilidad se produce únicamente cuando el comportamiento infractor ha sido realizado por un directivo o persona perteneciente al "cerebro" de la corporación⁵. Este subsistema del modelo vicarial también es denominado "teoría de la identificación" o "*alter ego doctrine*", pues exige para la RPPJ que el comportamiento prohibido haya sido realizado por un superior y no por cualquier persona de la entidad colectiva. Para ello, basta con que el superior haya autorizado, tolerado o consentido la perpetración del delito por parte de un inferior jerárquico, no siendo necesaria su ejecución material. En este caso, deberá verificarse para la RPPJ que la infracción fue consecuencia de un ejercicio defectuoso de sus facultades de vigilancia y control⁶.

Por otro lado, en EE.UU., si bien existe un modelo de responsabilidad vicarial, la regulación de este país permite hacer responder penalmente a los entes colectivos por la infracción cometida por cualquier empleado o incluso cualquier persona que obre por cuenta de la empresa. A este sistema se le ha denominado "*respondand superior*", pues consiste en transferir la culpabilidad de la persona física a la persona jurídica bajo tres condiciones: i) la actuación culpable del agente, ii) dentro de los fines de la empresa y iii) con el fin de beneficiarla⁷. Como bien afirma Ortiz de Urbina, las características generales que se observan en el sistema estadounidense de la RPPJ pueden sintetizarse en las siguientes: i) la RPPJ permite la imposición de elevadas sanciones; ii) la responsabilidad de las empresas, tanto penal como civil es de *iure* objetiva respecto de las infracciones cometidas por sus empleados en el ejercicio de sus funciones; y iii) la RPPJ incluye algunos recursos de tipo procesal para evitar o disminuir la sanción del ente colectivo, como los acuerdos con el Ministerio Fiscal, la suspensión de la condena o la reducción cuantitativa de la pena impuesta⁸.

En efecto, si bien una característica esencial del sistema vicarial es que no se tipifica legalmente ninguna eximente abstracta de RPPJ, de tal manera que la persona jurídica no podrá excluirse de imputación por alguna actuación propia, en los EE.UU. s a partir de la entrada en vigor de las "Directrices para la determinación individual de las penas aplicables a las personas jurídicas" (*Organizational Guidelines*) incorporó aspectos a tener en cuenta en la fase procesal de determinación de la pena de la persona jurídica, sobre todo en la medición del monto de la multa pecuniaria⁹. Además, debe tenerse en cuenta que EE.UU. y Reino Unido es muy usual que las causas penales culminen en acuerdos entre el imputado y el ente acusador, lo cual genera una suerte de vía de escape procesal para las personas jurídicas¹⁰.

⁵ Cfr. NIETO MARTIN, A. op. cit. p. 69.

⁶ Cfr. NIETO MARTIN, A. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal", en SERRANO-PEIEDECASAS FERNÁNDEZ J. R. / DEMETRIO CRESPO E.: *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Colex, Madrid, 2008, p. 138.

⁷ Ídem.

⁸ Cfr. ORTIZ DE URBINA, I. op. cit. p 112.

⁹ Ibid. p. 114.

¹⁰ Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 *bis*, *ter*, *quáter* y *quinquies*", en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Director): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. 2da edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. p. 185.

III. EL MODELO DE AUTORRESPONSABILIDAD PURA O DE CULPABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA

Otro modelo de RPPJ que se ha reconocido en la doctrina penal es el denominado modelo de "autorresponsabilidad pura", "de culpabilidad" o "responsabilidad directa". Lo que postula principalmente esta teoría – con sus respectivos matices- es que los entes colectivos responden penalmente por ilícitos cometidos por ellos mismos. Si bien se asume que un directivo, administrador o empleado haya llevado a cabo un hecho delictivo por cuenta y en provecho de la sociedad, se exige un injusto propio de la persona jurídica para poder responsabilizarla. Este injusto propio de la persona jurídica puede identificarse con un hecho delictivo societario, un defecto de organización concreto, una cultura corporativa defectuosa o una reacción defectuosa frente al hecho delictivo realizado por la persona física¹¹. Por lo general, la responsabilidad de la empresa depende de un defecto de organización o de la culpabilidad propia de la empresa¹². Los países que regulan en su normativa un sistema de RPPJ que se identifica en mayor medida con este modelo son, entre otros, Suiza y Austria.

Así, por ejemplo, en la legislación penal suiza se señala expresamente, en el artículo 102.2 del Código Penal, introducido por la Ley de 13 de diciembre de 2002, que la empresa sólo será responsable penalmente de ciertos delitos cuando haya omitido medidas organizativas para prevenir tales delitos. Asimismo, la empresa es responsable si la falta de adscripción del hecho delictivo a la persona individual se debe a una carencia de la organización interna¹³.

Es decir, en este entendimiento de la RPPJ el fundamento de la responsabilidad no se centra en la comisión de un delito por parte de una persona física distinta al ente; aquí ya no se trata de transferir un ilícito ajeno a la persona jurídica, sino de identificar y desvalorar penalmente un hecho ilícito propio de ésta. Como se verá, existen muchas variantes del entendimiento de esta teoría de la RPPJ, pues, dependiendo de la tesis, se identifica uno u otro hecho ilícito propio de la persona jurídica. ¿Qué conducta es la que hace responsable penalmente a la persona jurídica, si no es la conducta de la persona física?

3.1 teoría de los sistemas sociales autopoieticos

Una primera teoría, dentro de este modelo de RPPJ, es la de los sistemas sociales autopoieticos. Según esta teoría -que tiene a Gómez Jara y a Bajo Fernández como unos de sus máximos representantes-, el presupuesto de la RPPJ es la existencia de un delito cometido por la persona física. La conducta individual es solo un hecho de referencia o presupuesto ajeno a la valoración de la responsabilidad penal del ente colectivo; es decir, está fuera de la teoría del delito aplicable a la persona jurídica. Partiendo de la consideración de que la empresa es un sistema que se autoorganiza, autoconduce y autodetermina, el hecho típico de la persona jurídica consistiría en un defecto de organización empresarial (injusto propio de la empresa), consistiendo su

¹¹ Cfr. DIEZ RIPOLLES, J. L. op. cit. pp. 7-9.

¹² Cfr. NIETO MARTIN, A. op. cit. p. 70.

¹³ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, E.: "La prevención de la responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y los programas de compliance (sobre el art. 31 bis del Código Penal)", en BACIGALUPO ZAPATER, E. Compliance y Derecho Penal, Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 86.

culpabilidad en una inadecuada disposición o falta de una cultura jurídica empresarial fiel a la legalidad¹⁴. En palabras de Bajo Fernández:

*"el hecho injusto de la persona jurídica estaría compuesta de un hecho específico descrito en la norma concreta de que se trate (...) que contiene una modificación de mundo externo objetivamente constatable (...) más un comportamiento, un "hacer" (o un "omitir") que se verifica en la carencia de normas internas o ausencia de programas de buen gobierno -relacionados con el objeto de protección (patrimonio de la hacienda pública, medio ambiente, etc.)- que disciplinen a sus directivos y empleados en el cumplimiento del derecho o que origina defectos de organización determinantes del comportamiento típico"*¹⁵.

La culpabilidad propia de la persona jurídica supondría un inadecuado tono ético que determina un déficit de motivación para cumplir las normas, una decisión de no cumplir el Derecho que cuestiona de esta manera su vigencia¹⁶.

3.2 Teoría de la acción comunicativa

Según esta teoría, cuyo representante en España es el Prof. Carbonell Mateu, el hecho ilícito por el que responde penalmente la persona jurídica es el incumplimiento del deber penal que jurídicamente le incumbe; es decir, el injusto se identificaría con la adopción de acuerdos ilegales por parte de sus órganos de dirección. La culpabilidad de la empresa, por su parte, estaría vinculada a la ausencia de circunstancias o situaciones que generaran que fuera imposible el incumplimiento normativo, esto es, la persona jurídica será culpable cuando, en el momento del incumplimiento normativo, sea posible seguir exigiéndole sus obligaciones conforme a Derecho¹⁷.

3.3 Teoría del injusto y culpabilidad autónomos de Heine

Para esta teoría, formulado por el Prof. Alemán Gunter Heine, la imputación de la responsabilidad a las personas jurídicas debe ser concebida de modo separado en sus presupuestos y consecuencias de la culpabilidad penal individual, debe entenderse como una organización deficiente de la empresa. Por ende, propone crear un sistema paralelo para la concepción del delito corporativo y su culpabilidad¹⁸.

Para el autor mencionado el injusto del ente colectivo tendría relación con el deber de evitar y controlar los riesgos propios del giro de la empresa, de esta manera existirían dos presupuestos de la RPPJ: i) la existencia de una administración deficiente del riesgo y ii) la materialización del peligro típico de la empresa en la afectación de algún bien jurídico. Así se tiene en cuenta el dominio funcional – sistémico de la organización, el cual es deficiente si la empresa descuida la posibilidad de remediar a tiempo un peligro, si omite programas de prevención¹⁹. En tal sentido, se erige una teoría del delito propia de las personas jurídicas el cual incluye una propia concepción funcional – colectiva

¹⁴ Cfr. GOMEZ JARA, C. "Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC), 08-05 (2006). pp. 1-27; y BAJO FERNÁNDEZ, M. op. cit. pp. 25-54.

¹⁵ BAJO FERNÁNDEZ, M.: "Capítulo I. Vigencia de la RPPJ en el derecho sancionador español", en BAJO FERNÁNDEZ, M. / FEIJOO SÁNCHEZ B. J. / GOMEZ-JARA DIEZ, C. (autores): *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor, Navarra, 2012, p. 41.

¹⁶ GOMEZ JARA, C. op. cit. p. 16-20.

¹⁷ Cfr. CARBONELL MATEU, J. C. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010, Cuadernos de Política Criminal, núm. 101, 2010, p. 13 y ss. y 16 y ss.

¹⁸ Cfr. HEINE, G.: "La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales", en HURTADO POZO, J.: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Grijley, Lima, 1997, p. 40.

¹⁹ Ibid. p. 43.

del dolo, la culpa y la conciencia de la ilicitud. El dolo vendría determinado desde un enfoque social por el conocimiento poseído por las secciones especializadas de la empresa²⁰.

En cuanto a la culpabilidad de la persona jurídica, se sostiene que no es una culpabilidad de acto -como sucede con la culpabilidad individual clásica-, sino una "culpabilidad de hecho" que se puede caracterizar como una "culpabilidad por la conducción de la empresa"; es decir, por una deficiente organización permanente de la empresa a lo largo del tiempo²¹. No se analiza en la culpabilidad el momento concreto en que la persona física comete el delito, sino también la situación anterior y posterior que dé cuenta del modo en el cual se organizaron los mecanismos de prevención y control en la empresa.

IV. LOS MODELOS MIXTOS O ECLÉCTICOS

Por último, el tercer sistema que se ha reconocido en la doctrina y legislaciones comparadas es el sistema o modelo mixto o ecléctico. De acuerdo a este sistema de RPPJ, se van a combinar distintos elementos del sistema vicarial y de autorresponsabilidad, de tal manera que no se trata ni de una transferencia pura de la responsabilidad individual a la persona jurídica ni se trata de una exclusiva responsabilidad autónoma de ésta. Si bien, como explicaremos ahora, cada teoría mixta tiene sus particularidades, se puede reconocer como característica general de este sistema el que no se renuncie completamente a la valoración del accionar delictivo de una persona física para hacer responsable al ente colectivo. Se partirá de la desvaloración de una conducta individual en beneficio o por cuenta de la empresa y, luego, se analizará la culpabilidad propia de ésta. Como bien afirma Nieto Martín, en su versión más extendida, este sistema parte de la transferencia de la responsabilidad, como criterios de imputación, para a continuación determinar y graduar la sanción atendiendo a la culpabilidad de la empresa²².

En el ámbito comparado podemos adscribir en este sistema a países como Italia, Chile, España y Perú. En todos estos países se parte de un hecho de conexión o referencia cometido por una persona física y a partir de ello se examina la culpabilidad propia de la persona jurídica, para lo cual se tipifica de manera expresa y abstracta una eximente de responsabilidad penal para los entes colectivo que no demuestren en su accionar culpabilidad alguna; como se verá aquí se apela a la adopción de políticas internas de control y vigilancia de las actividades empresariales, plasmadas en los denominados programas de cumplimiento normativo o *compliance programs* para la prevención de delitos.

Por ejemplo, en Italia, el sistema de RPPJ establecido por el decreto legislativo 231 de 8 de junio de 2001, establece lo siguiente: i) la responsabilidad de las personas jurídicas puede derivar solo de la comisión de un delito taxativamente seleccionado; ii) las personas físicas que cometen el delito tienen funciones de representación, de administración o de dirección del ente (incluso los que cumplan de hecho esta labor), o pueden ser los sujetos sometidos a la dirección o la vigilancia de los primeros; iii) la imputación se centra en la comisión del delito «en el interés o en provecho de las personas jurídicas»; iv) se establecen modelos preventivos de gestión y organización para imputar subjetivamente a la personas jurídicas; v) la propia persona jurídica debe demostrar —para eximirse de responsabilidad— que el administrador o directivo que

²⁰ Ibid. p. 44.

²¹ Ibid. p. 43.

²² Cfr. NIETO MARTIN, A. *La responsabilidad de las personas jurídicas...* op. cit. 137.

cometió el delito en el seno de la empresa eludió fraudulentamente los modelos de organización y de gestión, no así cuando se trata de subordinados; vi) la responsabilidad penal de la personas físicas es independiente de la responsabilidad de la persona jurídica; y vii) las sanciones que se pueden aplicar son la multa, las sanciones interdictivas, las sanciones confiscatorias y la publicación de la sentencia²³.

Por su parte, el Código Penal español, tras la reforma penal introducida por la LO 1/2015 de 30 de marzo, en nuestra opinión, pasó de regular un sistema vicarial -como ya se mencionó- a establecer un sistema mixto con un fuerte componente de autorresponsabilidad de las empresas. Así, actualmente, el artículo 31 bis.2 y 31bis.4 establece de forma similar o casi idéntica a la legislación italiana, exenciones de responsabilidad para las personas jurídicas que hayan adoptado e implementado modelos de organización y gestión para la prevención de delitos:

"2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.º el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.º la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.º los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.º no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.º

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

(...)

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión."

Asimismo, la legislación peruana sigue la misma línea de los dos anteriores países europeos, pues mediante Ley N° 30424 de 21 de abril de 2016 se instauró por primera vez en el Perú un sistema de RPPJ autónomo para ser aplicable sólo para el delito de cohecho activo transnacional. Posteriormente, en enero de 2017 mediante Decreto Legislativo N° 1352, el abanico de delitos que pueden generar RPPJ se amplió a otros delitos de corrupción, pero se mantuvo el sistema mixto de imputación a entes colectivos. En el artículo 17 de la mencionada ley peruana establece, como en España e Italia, una exigente de RPPJ abstracta cuando se adopte e implemente programas de prevención delictiva:

"17.1. La persona jurídica está exenta de responsabilidad administrativa por la comisión del delito de cohecho activo transnacional, si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y

²³ Cfr. FOFFANI, L. "La Nueva responsabilidad (¿Penal?) de las personas jurídicas en Italia", en José Urquiza Olaechea y otros (coords.): *Dogmática penal de derecho penal económico y política criminal: homenaje a Klaus Tiedemann*, Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2011, pp. 117-122.

características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir el delito de cohecho activo transnacional o para reducir significativamente el riesgo de su comisión."

Ahora bien, dentro de este modelo de imputación a los entes colectivos podemos hallar diversas teorías que dan ciertos matices dogmáticos al sistema de RPPJ. A continuación, mencionaremos algunas de estas teorías.

4.1. Teoría del hecho de conexión

Según esta teoría, la cual es suscrita mayoritariamente en la doctrina española (Zugaldía, Zuñiga y Bacigalupo Sagesse, etc.), el hecho típico de la persona jurídica consiste en la realización por la persona física de la vertiente objetiva y subjetiva de un tipo penal y que, en la medida en que se realiza en el giro de la empresa, en nombre, por cuenta y en beneficio de la empresa, sea al mismo tiempo, jurídica sociológica y criminológicamente una acción propia de la persona jurídica y expresión de su específico obrar corporativo²⁴. Según esta teoría ya no se está ante la transferencia de un injusto ajeno hacia la persona jurídica, sino que la propia conducta de la persona física al realizarse en el marco del giro de la empresa y su beneficio constituye propiamente un accionar del ente colectivo. Es decir, se crea una ficción jurídico-penal que considera el actuar individual como actuar colectivo.

En cuanto a la culpabilidad de la empresa, la persona jurídica es culpable cuando haya omitido adoptar medidas de cuidado necesarias para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad empresarial, esto es, se trata de una culpabilidad por un defecto de organización empresarial. El ente colectivo es culpable y se le reprocha penalmente por haber incumplido su deber de implementar eficazmente un programa de cumplimiento normativo (*compliance*) que prevenga la comisión de delitos como el que es cometido por la persona física²⁵. Así, la culpabilidad por defecto de organización deberá excluirse cuando *ex ante* el programa de cumplimiento normativo demuestre que la empresa ha cumplido con el deber de cuidado exigido para la evitación de riesgos penales, cobrando especial importancia la supervisión interna dentro de la empresa²⁶.

4.2 Teoría de la transferencia del injusto

Una segunda forma de entender la RPPJ es partir del reconocimiento de que existe una transferencia del injusto de la persona física a la persona jurídica, esto es, no se crea una ficción para sostener que es la persona jurídica la que actúa típica y antijurídicamente a través de la persona física, sino que, al igual que en el sistema vicarial, se le traslada al ente colectivo el injusto individual cometido en su favor y en el giro de su negocio.

Siguiendo esta teoría, seguida por autores como Diez Ripolles, Nieto Martín y Tiedemann, existiría un hecho injusto cometido por la persona física que es transferido a la persona jurídica. Sin embargo, el reproche va referido a un injusto que, tras la transferencia, se considera propio de la persona jurídica y a él irían referidas también una culpabilidad y

²⁴ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo)", en ZUGALDIA ESPINAR, J. M. / MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS E. B.: *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y en España*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 217-240

²⁵ Ídem.

²⁶ Cfr. BACIGALUPO SAGGESE, S.: "2. El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos", en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. / MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (Coords.): *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 1ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 88.

punibilidad propias: Por un lado, la culpabilidad propia se le atribuye a la persona jurídica por no haber evitado o reducido el riesgo de comisión del comportamiento antijurídico y comportaría la incorporación al derecho penal positivo de la llamada culpabilidad por defecto de organización. Dicha culpabilidad propia se identifica, por tanto, con la posibilidad de eximirse de responsabilidad mediante la adopción de modelos de prevención²⁷.

Nieto Martin, quien tiene un entendimiento pragmático de la RPPJ más apegado a la concepción anglosajona del delito, a pesar de reconocer que se inclina por un entendimiento mixto de la RPPJ, hace referencia a lo inadecuado que es tratar de dividir el análisis de la RPPJ entre injusto y culpabilidad, proponiendo más bien entenderlo como un sistema de *offenses* y *defenses*, en el cual el delito de la persona natural no es un resultado del defecto de organización empresarial, sino solo una condición objetiva de punibilidad²⁸. Según este autor, la culpabilidad de la persona jurídica debería evaluarse en base a la evaluación de una infracción continuada o permanente de deberes de organización a lo largo del tiempo. Es decir, no se considera la culpabilidad en el momento de producirse el hecho delictivo por la persona física, sino que se evalúa el comportamiento de la empresa antes y después de la comisión delictiva para evidenciar su cultura de cumplimiento.

V. MODELOS DE RPPJ VS. PRINCIPIOS GARANTISTAS DEL DERECHO PENAL

Luego de haber expuesto y analizado a grandes rasgos los principales modelos y teorías que se han formulado en la doctrina y legislaciones sobre la RPPJ, corresponde examinar el grado de afectación que sufren algunos principios tradicionales del Derecho Penal con cada una de estas tesis.

A nuestro juicio, si bien la RPPJ es un nuevo paradigma para el Derecho Penal que tiene sus especiales elementos que lo distinguen del tradicional sistema de imputación personal para el que fue pensado en un inicio del Derecho Penal, creemos que no es posible en un Estado Constitucional de Derecho renunciar completamente a las garantías penales que durante tantos años se han desarrollado por las legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia penal²⁹. No compartimos, por tanto, las opiniones de autores como Nieto Martin, que pretenden eliminar del análisis de la RPPJ categorías dogmáticas que el sistema continental que España y el Perú comparten desde hace mucho tiempo y que están íntimamente ligadas a principios constitucionales limitadores de la intervención penal.

Por el contrario, desde mi punto de vista, lo que se debe buscar es una reinterpretación de algunas categorías dándoles un contenido más amplio a fin de hacer encajar este nuevo sistema de RPPJ en la teoría del delito construida por nuestra tradición continental³⁰. Será tarea ardua el poder encontrar la medida justa para limitar y reinterpretar los principios garantistas del Derecho Penal a la nueva realidad de la RPPJ, pero lo que no se puede hacer es olvidar completamente o suprimir el contenido esencial de dichos principios, pues ello supondría borrar de un plumazo toda la construcción teórica por la que ha atravesado la ciencia penal hasta nuestros días. No debe olvidarse que ante todo el Derecho Penal es el instrumento más gravoso con el

²⁷ Cfr. DIEZ RIPOLLES, J. L. *Derecho penal español. Parte general*. Cuarta edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 264.

²⁸ Cfr. NIETO MARTÍN, A.: "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal", MONTIEL, J. P. / KUHLEN L. / ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.: *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 30 y ss.

²⁹ De la misma opinión es ORTIZ DE URBINA, I. op. cit. 104 y ss.; MIR PUIG, S. "Las nuevas <<penas>> para personas jurídicas: una clase de <<penas>> sin culpabilidad", en GOMEZ MARTIN V. / CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG S. (Directores): *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. Edisofer, Madrid, 2014, pp. 3-14.

³⁰ Cfr. ZUÑIGA RODRIGUEZ, L. op. cit. p. 449-451.

que cuenta el Estado para incidir en las libertades de las personas, por lo que, las personas jurídicas, en tanto merecedoras de ciertos derechos fundamentales al igual que las personas físicas, tienen el derecho también a que no se le afecte desproporcionalmente y arbitrariamente en su ámbito de libertades y derechos (propiedad, honor, presunción de inocencia, libertad de empresa, etc.)³¹.

5.1 Criticas al modelo vicarial

La principal crítica que ha recaído fuertemente sobre los postulados del sistema vicarial de RPPJ es su incompatibilidad con el principio de culpabilidad penal, en específico con el principio de responsabilidad por el hecho propio o personalidad de las penas. En efecto, lo que se critica a esta teoría es que si lo que hace este sistema es transferir la imputación del injusto desde la persona física a la persona jurídica, entonces, no se estaría desvalorando un accionar propio del ente colectivo, sino de un tercero, lo cual definitivamente trastoca el principio de responsabilidad por el hecho propio³².

En efecto, si el sistema de RPPJ es un sistema de imputación independiente y autónomo de la responsabilidad individual de los directivos o empleados de la persona jurídica, tanto así que ni siquiera se exige que el autor individual del delito haya sido individualizado, procesado o sancionado, entonces tendría que hacerse responsable a cada quien por su propio injusto, pero el sistema vicarial reprime a persona jurídica y natural por un mismo injusto³³. Ello es contrario al principio de personalidad de las penas.

Además, también se vulnera el subprincipio de responsabilidad subjetiva del principio de culpabilidad penal, puesto que este sistema no comprueba el dolo o la imprudencia en el proceder del ente colectivo, sino que hace responder a la persona jurídica de forma automática tras la comprobación de un hecho delictivo individual; es decir, establece una responsabilidad objetiva inconstitucional. Este modelo crea una presunción *iuris et de iure* de responsabilidad de la persona jurídica tras verificarse la responsabilidad individual subjetiva³⁴.

5.2 Criticas al modelo de autorresponsabilidad

Si bien este modelo de imputación a los entes colectivos ya no tropieza con la incongruencia valorativa del anterior modelo vicarial de RPPJ, por cuanto no vulnera el principio de responsabilidad por el propio hecho, igualmente se encuentran algunos problemas en su conjugación con algunas manifestaciones del principio de culpabilidad penal.

Así, unas de las manifestaciones que se puede ver afectada con este sistema es la garantía del Derecho Penal de acto o proscripción del Derecho Penal de autor. En efecto, la propuesta de la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos de Gómez Jara, pretende culpabilizar a la empresa por una cultura corporativa presente a lo largo del tiempo de forma permanente, es una valoración del modo organizativo de la empresa durante un continuo de tiempo del giro de negocio, por lo cual el Derecho Penal no estaría desvalorando un acto concreto -como debe ser- sino una forma de vida o de organización³⁵.

De otro lado, este sistema de RPPJ traerá problemas con el principio de proporcionalidad penal, puesto que si lo que se desvalora y reprocha es un injusto propio

³¹ Al respecto, ver por ejemplo la sentencia del Tribunal Constitucional español 214/1991, de 11 de noviembre, que reconoce el derecho al honor de las personas jurídicas.

³² Cfr. DIEZ RIPOLLES, J. L. Derecho Penal español...op. cit. p. 146.

³³ Ídem.

³⁴ Cfr. ORTIZ DE URBINA, I. op. cit. pp. 106-107.

³⁵ Cfr. DIEZ RIPOLLES, J. L. Derecho Penal español...op. cit. p. 147.

autónomo de la persona jurídica por su defecto de organización, entonces no existiría razón para que se le impusiera distinta penalidad dependiendo del delito que cometió la persona natural. Es decir, la formulación de esta teoría llevaría al extremo de proponer una misma sanción para toda clase de delitos que cometa la persona jurídica, pues lo importante será sólo el defecto organizativo y no el tipo de infracción cometido por el particular. El injusto será siempre el mismo. Esto, desde nuestro punto de vista, trastocaría el principio de proporcionalidad, pues no es proporcional que una persona jurídica responda de la misma manera por un delito de trata de seres humanos y un delito informático por ejemplo.

5.3 Críticas al modelo mixto

Las críticas que recaen sobre este modelo de RPPJ son en gran medida las mismas que recaen sobre los dos sistemas de imputación antes mencionados, puesto que al ser una combinación de ambos modelos, también traen consigo sus problemas de cara a los principios del Derecho Penal.

Así, a la teoría de la transferencia del injusto se le achaca el hecho que sigue responsabilizando a la persona jurídica por un hecho ilícito que propiamente no ha cometido. Es decir, se trastoca el principio de responsabilidad por el propio hecho, pues se parte de la desvaloración de un injusto ajeno, el de la persona física que actúa en su beneficio y por cuenta de ella³⁶. También se vulneraría el principio de responsabilidad subjetiva, pues a fin de cuentas al igual que el sistema vicarial, estaría automáticamente sancionando a la persona jurídica sin valorar dolo o culpa alguna en su accionar.

Del mismo modo, la propuesta de autores como Nieto Martín, que hablan de una culpabilidad por defecto de organización permanente, chocan igualmente contra el principio de Derecho Penal de acto, puesto que, como sucedía con la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos, se toma en cuenta una conducción de la empresa por un periodo extendido de tiempo, no centrándose en el momento en el que la persona física comete la infracción³⁷.

Teniendo en cuenta lo anterior, la teoría mixta que mejor se acomoda a los postulados garantistas del Derecho Penal es la teoría del hecho de conexión. Si bien es cierto que sus postulados pueden seguir generando problemas con el principio de culpabilidad, creemos que es la teoría que propone una explicación que hace salvable el sistema de RPPJ de cara a su validez constitucional.

En efecto, la teoría del hecho de conexión no renuncia a la consideración del ilícito de la persona individual, pero es que ello resulta ontológicamente inevitable en un sistema de RPPJ³⁸. El quid del asunto es que, por lo menos, esta teoría valorativamente hablando, considera que el injusto de la persona jurídica es propia, pues se crea la ficción -inevitable- de que el accionar individual de un directivo o empleado de la empresa es en puridad un accionar del ente colectivo, siempre que se cumplan con los requisitos legales que se establecen en las legislaciones que regulan la RPPJ. Teniendo en cuenta ello, en realidad y jurídicamente ya no se trataría de una transferencia de injusto de la persona natural a la persona jurídica, sino de un injusto propio conforme al principio de personalidad de las penas o responsabilidad por el hecho propio.

Del mismo modo, esta teoría no tendría problema para conjurar la crítica que viene desde el Derecho Penal de acto, puesto que el defecto de organización que se tiene en cuenta para culpabilizar a la persona jurídica, es un defecto de organización concreto, temporalmente delimitado al momento en que se cometió el concreto hecho

³⁶ Cfr. DIEZ RIPOLLES, J. L. Derecho Penal español...op. cit. p. 149.

³⁷ Ídem.

³⁸ Así, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. loc. cit.

ilícito. Es un defecto de organización que se evidencia en la comisión del injusto por parte de la persona jurídica y que se entiende como la reprochabilidad de que en ese momento no haya operado eficazmente un exigible sistema de control y prevención de delitos.

VI. REFLEXIÓN FINAL

La introducción de la RPPJ en los ordenamientos jurídicos ha supuesto un desafío para el Derecho Penal en la medida en que se hace necesario armonizar el contenido de este nuevo sistema de imputación con las categorías dogmáticas y principios que han inspirado y limitado la intervención del Derecho Penal.

De esta manera, de los tres grandes sistemas de RPPJ examinados, la teoría del hecho de conexión del sistema mixto se erige como la tesis que mejor se adapta a los principios garantistas del Derecho Penal, puesto que brinda una mejor explicación para solucionar su problema con el principio de culpabilidad. Los dos otros sistemas de imputación al ente colectivo (vicarial y autorresponsabilidad pura) no logran, desde nuestro punto de vista, superar los cuestionamientos de cara al respeto del principios garantistas, ya que, resumidamente, en un caso se hace responder a la persona jurídica por un hecho ilícito ajeno (vicarial) y en el otro se utiliza un Derecho Penal de autor.