



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE

“CESARE BECCARIA”

XXVI CICLO

TESI DI DOTTORATO DI RICERCA

**IL CRITERIO DEL BEYOND ANY REASONABLE DOUBT NELLA
RESPONSABILITÀ DELLE PERSONE GIURIDICHE. STUDIO
POLITICO CRIMINALE E SULLA FINALITÀ DELLA PENA.**

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. Claudio LUZZATI

Tutori:

Chiar.mo Prof. Francesco VIGANÒ

Chiar.mo Prof. Jesús SILVA SÁNCHEZ

Candidato:

Ignacio CASTILLO VAL

Anno Accademico

2011/2012

INDICE

DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL OBJETO DE ESTUDIO

CAPÍTULO I

APROXIMACIÓN A LA DISCUSIÓN SOBRE LA RELACIÓN ENTRE LA DUDA RAZONABLE Y LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un dogma casi incuestionable.	17
2. El Derecho penal como un coto humano.....	20
3. La contradicción entre generar grandes riesgos y proteger procesalmente a las personas jurídicas.....	29

CAPÍTULO II

EL ESTÁNDAR DE LA DUDA RAZONABLE Y LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

1. Introducción.....	33
2. Algunas precisiones normativas: la relación entre el estándar de la duda razonable y la presunción de inocencia (y la sub especie <i>in dubio pro reo</i>)	36
2.1. La presunción de inocencia y el estándar <i>bard</i>	38
2.1.1. El <i>in dubio pro reo</i> y la duda razonable, más semejanzas que diferencias.....	44
2.2. La tríada que conforma la seguridad moral.....	48
3. La verdad y la duda razonable. Una relación de necesidad, no de suficiencia.....	51
4. La verdad de los hechos como límite necesario mas no suficiente en la condena penal. ¿No bastaría solo la verdad para las personas jurídicas?.....	54

5. El estándar <i>bard</i> . Algo más que la verdad como exigencia para atribuir responsabilidad penal.	59
5.1. Volviendo al inicio. No es lo mismo condenar a un inocente (persona natural) que absolver a un culpable (persona natural).....	61
5.2. Algunas referencias históricas y comparadas del estándar Bard.....	64
5.3. El estándar <i>bard</i> . Un regla de protección deontológica diseñada para las personas naturales.....	75
5.4. El estándar <i>bard</i> . Un regla de protección de nuestra civilidad.....	80
6. La duda razonable desde la perspectiva político criminal. ¿Un estándar muy alto para las personas jurídicas?.....	87
7. El estándar más allá de toda duda razonable en el proceso penal en contra de los entes morales. El caso de Chile, España e Italia.....	95
7.1. El rol del estándar <i>bard</i> en la Ley 20.393, sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile.....	97
7.2 El rol del estándar <i>bard</i> en España, en especial en referencia a la imputación de los entes morales.....	103
7.3. El <i>bard</i> y el D.lgs 231, la imputación de la empresa en Italia.....	106

CAPÍTULO III

LOS FUNDAMENTOS POLÍTICO CRIMINALES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y SUS INCONSISTENCIAS CON UN ESTÁNDAR COMO *BARD*

1. Introducción.....	114
2. La política–criminal tras la responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	121
3. Política–criminal, riesgos y socialidad.....	126
4. Personas jurídicas v/s afectación masiva de bienes jurídicos.....	131
5. Consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el contexto político–criminal.....	135
6. La ineficacia preventiva del derecho penal tradicional.....	146
7 La inevitable tensión entre la duda razonable y la política criminal.....	149

CAPÍTULO IV

LA RESPONSABILIDAD Y LA PENA

A LA LUZ DEL ESTÁNDAR *BARD*

1. Introducción.....	152
2. La Responsabilidad. ¿Qué es responder?.....	155
2.1. La responsabilidad como adscripción.....	157
2.2. La responsabilidad de la persona jurídica como una imputación.....	160
2.3. Es relevante, para los efectos penales, el acto de <i>answerability</i> de una empresa.....	163
3. La sanción a un no alter (moral): el castigo a la persona jurídica.....	166
3.1. Buscando un sentido a las sanciones de las personas jurídicas.....	168
3.2. La retribución y la pena a las personas jurídicas.....	174
3.3. Teoría expresiva de la pena.....	178
3.4. Una particular retribución de la pena para las personas jurídicas.....	189
3.5. La pena de la empresa como una retribución comunicativa.....	194
3.6. El consecuencialismo en la pena de las personas jurídicas.....	194
3.7. Excursos: el caso Arthur Andersen y el terror del sistema penal.....	205

CONCLUSIONES PRELIMINARES

CONCLUSIONES

ARQUITECTURA DE UN MODELO DE IMPUTACIÓN COMPATIBLE CON LA INVESTIGACIÓN

ANEXO

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN CHILE, ITALIA Y ESPAÑA

1. Evolución histórica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...	228
2. Chile.....	229
2.1. Génesis del Proyecto de Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.....	234
2.2. Contenido original de la Ley 20.393.....	239
2.3. Modificaciones posteriores.....	248
3. España.....	251
3.1. Evolución histórica en el Derecho Penal español.....	251
3.2. La primera reforma. El año 2003 y las nuevas disposiciones en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	252
3.3. La nueva regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español.....	255
3.4. La era del compliance.....	263
4. Italia.....	270
4.1. Sobre la naturaleza de la responsabilidad por el delito. ¿Qué tipo de responsabilidad?.....	279
4.2. Responsabilidad de la persona jurídica conforme al Decreto legislativo n. 231.....	280
4.2.1. ¿Qué entes pueden ser sancionados? El sujeto calificado.	
4.2.2. Catálogo de delitos de los cuales surge una (eventual) responsabilidad del ente.	
4.2.3. Criterios de imputación del Decreto legislativo n. 231.	
4.2.4. Autonomía de la responsabilidad del ente.	

BIBLIOGRAFÍA

DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL OBJETO DE ESTUDIO

A mitad del siglo dieciocho BLACKSTONE acuñó una de las máximas más famosas en la historia del Derecho, a saber, que: «*es mejor que diez [empresas] culpables escapen, a que una [empresa] inocente sufra*»¹. Con ella, el autor inglés expresaba su idea de que el Derecho, en particular el Derecho penal², legitimaba su actuar únicamente cuando lo hacía con una vocación de protección a la empresa inocente³. Esa protección, como parece evidente –y BLACKSTONE se dio cuenta de ello–, no podía ser absoluta: el Derecho penal también debía funcionar asumiendo su falibilidad, y que, por lo mismo, inevitablemente castigaría a una empresa inocente. La cuestión relevante, en todo caso, no es cuántas empresas inocentes serían declaradas culpables ni cuántas empresas culpables serían consideradas inocentes, sino lo que subyace la *ratio* de esos errores, a saber, las preocupaciones epistémicas, axiológicas y

¹ BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, 1 ed., Book IV of Public Wrongs, Oxford, 2016, Cap. 27, p. 231. Sobre el argumento específico, ver COLB, “Innocence, Privacy, and Targeting in Fourth Amendment Jurisprudence”, en *Columbia Law Review*, Vol. n° 96 (1996), pp. 1456 y ss., en especial p. 1523; LUNA, “The Models of Criminal Procedure”, en *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. n° 2 (1999), pp. 389 y ss.; DRESSLER, *Understanding Criminal Procedure*, 2° Ed., New Jersey, 1998, p. 26; en especial, REIMAN; DEN HAAG, “On the Common Saying that it is Better that Ten Guilty Persons Escape than that one Innocent Suffer. Pro and Con” en *Social Philosophy & Policy*, Vol. n° 7 (1990), pp. 226 y ss. La lógica en clave de *trade-off*, respecto de la tolerancia a determinados resultados indeseados, posee raíces antiguas, encontrándose ya presente en un pasaje bíblico sobre Sodoma: «*Y acercándose dijo Abrahán: ¿Es así que vas a destruir al justo con el impío? Quizás habrá cincuenta justos en la ciudad. ¿Los exterminarás acaso, y no perdonarás al lugar por los cincuenta justos que se hallaren allí? ¿Lejos de Ti obrar de esta manera, que hagas morir al justo con el impío, y que el justo y el malvado sean tratados del mismo modo! ¿Lejos eso de Ti! ¿Acaso el Juez de toda la tierra no ha de hacer justicia?*” Dijo entonces Yahvé: “*Si hallare en Sodoma cincuenta justos en la ciudad, perdonaré a todo el lugar por amor de ellos*”, replicó Abrahán diciendo: “*Mira, te ruego, me he atrevido a hablar al Señor, aunque soy polvo y ceniza. Quizás falten de los cincuenta justos cinco; ¿destruirás por los cinco toda la ciudad?*” Respondió: “*No la destruiré, si hallare allí cuarenta y cinco*” y de nuevo le preguntó y dijo: “*Quizás se encuentren allí cuarenta. Contestó: “No lo haré por amor de los cuarenta”. Dijo entonces: “No se irrite el Señor si sigo hablando. Quizás se hallen allí treinta”. Y respondió: “No lo haré si hallare allí treinta”. Prosiguió: “Mira, ya que he osado hablar al Señor: Quizás haya allí veinte”. Respondió: “No la destruiré por amor de los veinte”. “Ruégote, insistió; no se irrite al Señor si hablare una sola vez más: Quizás se encuentren allí diez”. “No la destruiré por amor de los diez”, contestó Él». Génesis 18:23-32, La Santa Biblia, Versión de Mons. Juan Stbaubinger.*

² El Derecho penal, decía VON LIZST hace más de un siglo, es la Magna Carta del delincuente. Un siglo después ROXIN decía que el proceso penal es el termómetro de la constitución. Se suele decir que ambas aserciones expresan –casi tópicamente– que la relación de los individuos con el *ius puniendi* estatal está mediatamente-limitada por la Constitución, los tratados internacionales y las garantías individuales. Luego, el sistema de justicia criminal, en su conjunto, erigiría barreras que dificultarían la persecución penal. Si uno le da un giro a ese argumento verá que detrás de ambas posturas hay, también, una especial preocupación por los inocentes.

³ A efectos de la presente tesis, se consideran sinónimos, y por tanto se utilizarán indistintamente, las expresiones «persona jurídica», «ente», «empresa» y «corporación».

políticas detrás del ejercicio del *ius puniendi*⁴. Con anterioridad a BLACKSTONE, en todo caso, la preocupación sobre los culpables e inocentes ya se encontraba presente en las obras de FORTESCUE, del siglo dieciséis, y de HALE, del siglo diecisiete. Mientras el primero exclamaba que «*desearía que [veinte] empresas malvadas escapen de la muerte por la misericordia que una [empresa] sea injustamente condenada*»⁵, el segundo sostenía que era mejor que «*cinco [empresas] culpables fueran absueltas antes que una [empresa] inocente fuera condenada*»⁶. O el propio BENJAMIN FRANKLIN, quien a finales del siglo dieciocho, en una carta a BENJAMIN VAUGHAN expresaba que «*es mejor que cien [empresas] culpables deban escapar que una [empresa] inocente deba sufrir*»⁷.

La máxima de BLACKSTONE —o mejor dicho, la preocupación detrás de ella— pervive hasta hoy y ha sido considerada por varios autores modernos como pilar de la humanidad y una clara expresión del estándar de prueba de *más allá de toda duda razonable* (en adelante indistintamente con su acrónimo inglés *bard*)⁸, además de expresar un valor fundamental para el movimiento que, en el último tiempo, ha adquirido fuerza en Estados Unidos, y en el mundo, respecto de las condenas erróneas: lo que MEDWED acertadamente llamó, el inocentrismo⁹.

Desde una perspectiva sustantiva, por ejemplo, HART expresó su preocupación por «*[e]l estado de alarma y terror general que podría surgir en una sociedad si se supiera que las [empresas] inocentes fueran generalmente sometidas a un apremio y sujetas al dolor del castigo con la finalidad que ellas sirvan a las necesidades de la*

⁴ La discusión sobre lo correcto o impreciso de la *ratio*, y sus consecuencias, en ALLEN; LAUDAN, “Deadly Dilemmas”, en *Texas Tech Law Review*, Vol. n° 41 (2008), pp. 65 y ss; LAUDAN, *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, 2006, especialmente capítulo 3; Id., *The Law's Flaws. Rethinking Trials and Errors?*, Milton Keynes, 2016, pp. 3 y ss.; críticos RISINGER, “Tragic Consequences of Deadly Dilemmas: A Response to Allen and Laudan”, en *Seton Hall Law Review*, Vol. n° 40 (2010), pp. 991 y ss; STELLA; GALAVOTTI, “L’oltre il ragionevole dubbio’ come standard probatorio. Le infondate divagazioni dell’epistemologo Laudan”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2005, pp. 883 y ss; recientemente CATALANO, *Ragionevole dubbio e’ logica della decisione alle radici del giusnaturalismo processuale*, Milano, 2016, p. 57.

⁵ FORTESCUE, *De Laudibus Legum Anglic. The Translation into English*, Cambridge, 1825, p. 92.

⁶ Citado en WHITMAN, *The Origins of Reasonable Doubt, Theological Roots of the Criminal Trial*, New Haven, 2008, p. 193.

⁷ BIGELOW, *The Works of Benjamin Franklin, Correspondence and Miscellaneous Writings*, New York, 1904 p. 13.

⁸ Para la actual *Justice*, SONIA SOTOMAYOR, es inconcebible que alguien sea condenado por un delito del que fue injustamente acusado. Y frente a eso, la famosa *ratio* de BLACKSTONE (“better that ten guilty persons escape...”) todavía expresa un profundo sentido de lo que es justo, expresado en el estándar más allá de toda duda razonable. SOTOMAYOR, *My Beloved World*, New York, 2013, p. 208.

⁹ MEDWED, “Innocentrism”, en *University of Illinois Law Review*, 2008, pp. 1549 y ss.

sociedad»¹⁰. En similar sentido, DUFF sostuvo que «[s]i vamos a justificar condenar a una [empresa] como un delincuente (como una condena criminal reprocha al imputado), debemos estar en condiciones de decir algo más que esa [empresa] es probablemente culpable: debemos sostener que sabemos que esa [empresa] es culpable»¹¹.

Un lector atento habrá advertido, a estas alturas, que las anteriores citas fueron deliberadamente modificadas, al punto de leerse como absurdas. Todas ellas, en su versión original, hacían referencia a la situación de un individuo injustamente condenado, y no al caso de una empresa injustamente sancionada. El ejercicio anterior, si bien de manera lúdica, permite intuir el objetivo de la presente investigación: analizar críticamente la conveniencia de exigir, para efectos de condenar a las personas jurídicas por su responsabilidad *ex crimine*, que la acusación deba ser probada más allá de toda duda razonable, para luego ver si ello es consistente con una imputación penal. Sobre esta materia, en esta tesis se sostendrá que es completamente inadecuado establecer tal estándar de prueba tratándose del reproche que se realiza respecto de las personas jurídicas y que, en definitiva, es un error predicar de ellas la condición de *sujetos* de un reproche penal. La anterior afirmación no se basa exclusivamente en consideraciones procesales –como sería la dificultad probatoria¹²–, sino que además en reflexiones sustantivas, consideraciones construidas desde el Derecho penal, en especial, relacionadas con la justificación político–criminal, la responsabilidad penal y la pena.

De hecho, si esas máximas, que han inspirado el Derecho penal moderno –al menos en el *common law*–, carecen de sentido respecto de las personas jurídicas, y espero que eso se comparta, uno podría preguntarse, entonces, por la razonabilidad de esta otra: «*las nuevas formas de criminalidad entre ellas los delitos cometidos en el ámbito de la actividad de la empresa, incluyendo aquellos cometidos contra los*

¹⁰ HART, “Murder and the Principles of Punishment: England and the United States”, en *Northwestern University Law Review*, vol. 52 (1957), pp. 433-461, p. 447.

¹¹ DUFF et al., *The Trial on Trial, Volume III, Towards a Normative Theory of The Criminal Trial*, Oxford, 2007, p. 70. Un repaso muy acabado de las diversas *ratios* en el interesante artículo de VOLOKH, “n Guilty Men”, en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. n° 146 (1997), pp. 173 y ss.

¹² Este es, en todo caso, un aspecto adicional que no debería ser olvidado. La complejidad de probar un hecho en contra de una empresa se expresa en: a) la asimetría que muchas veces existe en materia de documentación entre la persecución y la defensa; b) el hecho que incluso parte del material probatorio esté fuera del país en la matriz de la empresa; c) la división de trabajo al interior y exterior de la empresa; y, d) el volumen de carga de material probatorio a revisar. Todo lo anterior, sumado al costo alternativo que implica que una sanción no penal es más rápida y de similar sanción, amén del propio estándar de la duda razonable, es un desincentivo a la persecución penal de las empresas.

consumidores, los daños medio ambientales y los delitos–fines de las organizaciones criminales, ponen los sistemas y los métodos tradicionales del derecho penal de frente a dificultad tales que una nueva aproximación aparece indispensable»¹³.

En rigor, también carece de sentido –o de razonabilidad– entender por *nueva aproximación*, como se indica en el texto, la inclusión de la responsabilidad del ente en el sistema de responsabilidad penal, pero, por alguna razón, quizás intuitiva, es más fácil asociar, en un caso como éste, la gravedad en el injusto y la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos relevantes con el Derecho penal. Lo interesante, entonces, sería tratar de responder por qué las primeras máximas, esas que hablan de las empresas inocentes que serían injustamente sancionadas nos parecen absurdas y, en cambio, esta otra, que nos advierte de los riesgos de la modernidad y que invita a criminalizar a los entes, nos resulta sensata. ¿Por qué creemos que el Derecho penal es una herramienta adecuada (en nuestro imaginario) para prevenir y sancionar las conductas de los entes morales, pero lo negamos cuando lo contrastamos con una de sus implicancias más radicales?

Quizás la respuesta se encuentra, empezando nuestro camino, en lo que advierte DAN–COHEN, a saber, que ello descansaría en algo intuitivamente obvio, mas errado: la idea que el sistema penal se define –casi tautológicamente– por uno de sus elementos centrales, la pena, pero olvida que el Derecho penal tiene restricciones sustantivas y

¹³ TIEDEMANN, “La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Vol. n° 1995, pp. 617 (cursiva destacada). Citando este artículo, ZUGALDÍA ESPINAR señala que: “en este ámbito del Derecho penal cada vez está más generalizada la idea según la cual una *eficaz prevención de los hechos socialmente dañosos* no puede llevarse a cabo operando exclusivamente sobre la base de la responsabilidad criminal individual. Como afirma TIEDEMANN, *es necesario que el Derecho Penal pueda reaccionar también frente a determinados ilícitos de las personas jurídicas*” (destacado agregado). Cfr. ID., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (Requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal)”, en QUINTERO; MORALES (Coords.), en *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, 2001, p. 890. En Italia, citando el mismo texto, MUCCIARELLI señala “Se, come da molteplici parti è stato osservato, la reazione dell’ordinamento a delitti motivati dalla logica del profitto non può essere *esclusivamente limitata alle persone fisiche* che hanno commesso il reato, ma, se vuole anche soltanto aspirare a conseguire efficienti livelli dissuasivi, deve raggiungere anche il soggetto nell’interesse o a vantaggio del quale il fatto illecito è stato realizzato, è specialmente evidente che la *persona giuridica* (proprio in quanto soggetto beneficiario dell’utile derivante dal reato commesso) debba essere anch’essa destinataria di un adeguata ed efficiente sanzione. E se l’ascrizione di responsabilità, cui consegue un trattamento sanzionatorio appropriato deve necessariamente essere connotata da un profilo di rimproverabilità, il ricordato paradigma della responsabilità colposa (per colpa nell’organizzazione) pare essere nel contesto l’unico concettualmente ammissibile”. Cfr. MUCCIARELLI, “Le sanzioni interdittive temporanee nel D.lgs. n. 231/2001”, en DOLCINI; PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 2499; y DE SIMONE, “Persone Giuridiche, Responsabilità Penale e Principi Costituzionali”, en *Criminalia*, Pisa, 2010, p. 616.

adjetivas que limitan su aplicación, disminuyendo con ello la eficacia política que tiene el ejercicio del *ius puniendi* –rectius: la capacidad coactiva del Estado en pos de proteger a la ciudadanía– y alterando, también, su función comunicativa¹⁴. Dentro de esas restricciones una de las más relevantes es la exigencia epistémica del proceso y – más que eso– la obligación deontológica de evitar determinados errores, en particular, condenar a un inocente.

En este entendido, la presente investigación abordará la relación entre el estándar de prueba de más allá de toda duda razonable –y en particular sus fundamentos y consecuencias– y la imputación a la responsabilidad *ex crimine* de las personas jurídicas, tomando como consideración tres experiencias, a saber: la chilena, española e italiana¹⁵.

El primer capítulo presenta un cuadro general introductorio del argumento de la tesis, que explica el problema de la investigación y que permite luego la comprensión del resto de la tesis.

En el segundo, revisaré el estándar *bard*, su relación –en cuanto a sus similitudes y diferencias– con la presunción de inocencia (y la sub especie *in dubio pro reo*), destacando su vinculación epistémica con el proceso; su valor axiológico, el cual se expresa en una distribución de los errores del juicio que privilegia fuertemente a una

¹⁴ DAN-COHEN, “Sanctioning Corporations”, en *Journal of Law and Policy*, Vol. n° 19 (2011), pp. 15-43, en especial p. 21. En el ámbito de la responsabilidad penal de la empresa la cuestión de la condena de un inocente se ha discutido con frecuencia, pero respecto del hecho que la pena de las personas jurídicas tiene ciertas consecuencias colaterales (*overspill*), en cuanto lesiona a terceros inocentes (v.gr. *shareholders*), algo que si bien puede ser muy interesante –aunque toda pena tiene efecto un collateral- no es relevante para esta tesis. Sobre este punto véase, en general, HASNAS, “The Centenary of a Mistake: One Hundred Years of Corporate Criminal Liability”, en *American Criminal Law Review*, Vol n° 46 (2009), pp. 1329 y ss; MONGILLO, “The Nature of Corporate Liability for Criminal Offences: Theoretical Models and EU Member State Laws”, en FIORELLA (Ed.) *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. Vol. II. Towards a Common Model in the European Union*, Napoli, 2012, p. 63 y s.; DIAMANTIS, “Clockwork Corporations: A Character Theory of Corporate Punishment”, en *Iowa Law Review*, Vol. n° 103, pp. 562 y ss.; FARALDO, “¿Es la multa una sanción apropiada para las personas jurídicas?”, en PÉREZ-CRUZ MARTÍN (Ed.); NEIRA PENA (Coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas. un modelo legislativo*, Pamplona, 2017, p. 319; NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008, pp. 263 y ss; DE MAGLIE, *L'etica e il mercato la responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, *passim*.

¹⁵ Ello se justifica por el hecho que los tres modelos de responsabilidad demuestran interesantes similitudes: en todos ellos el discurso justificante político-criminal a la base de la «criminalización» de las personas jurídicas fue similar; todos tienen un catálogo de «penas» similar; y en los tres se ha ido instalando, jurisprudencial y dogmáticamente, la exigencia de un estándar como el *bard* para condenar a una persona jurídica. Además, cabe indicar, el modelo chileno y el español tuvieron como fuente el sistema italiano, establecido en el Decreto Legislativo 231/2001 (en adelante D.lgs. 231/2001). Por ende, son tres buenos ejemplos para analizar, desde una perspectiva de *law in action*, el rendimiento de los argumentos de la investigación.

parte por sobre la otra; y su compromiso deontológico y político, en el sentido del rol que le cabe en la protección de la dignidad humana y el fortalecimiento con la pertenencia a la comunidad, la adhesión al principio de civilidad y de socialidad. En este capítulo, además, abordaré cómo el estándar de la duda razonable se ha ido instalando en Chile, España e Italia, normativa, jurisprudencial y dogmáticamente, como presupuesto para condenar a una persona jurídica¹⁶.

En el tercer capítulo se aborda la consistencia y las consecuencias de una justificación político–criminal y criminológica, como la que se suele dar en pos de la criminalización del ente, con un estándar como el de la duda razonable. En este punto, la investigación plantea que, estando el resto de las cosas iguales –y no siendo la pena una variable distintiva, salvo por el argumento del estigma–, la decisión político–criminal de imputar penalmente a las personas jurídicas por la puesta en peligro o la lesión de bienes jurídicos de gran relevancia, no puede sino ser catalogada como un error desde una perspectiva de política pública.

En el cuarto capítulo, sobre la base del sentido de la expresión responsabilidad, analizado desde los conceptos de *answerability* y alteridad, en relación con el estándar de prueba de más allá de toda duda razonable, analizaré críticamente las finalidades de la penas respecto del ente, para sostener que ni aún en ese nivel de justificación resulta satisfactorio tratar la atribución de la responsabilidad *ex crimine* de la persona jurídica como un reproche penal. En las conclusiones se presentarán algunas claves de lectura, tanto para el sistema chileno, español e italiano, compatibles con lo que se sostiene en la investigación, y propondré, de *iure condendo*, aquellas modificaciones que se debieran realizar para generar un modelo de responsabilidad que, siendo respetuoso de las garantías *suficientes* para una correcta imputación a las personas jurídicas, sea eficiente, disuasivo y proporcional.

Como entiendo que el lector puede no necesariamente estar habituado a los modelos de responsabilidad del ente en los tres países indicados, se adjunta, como anexo a la tesis, un panorama general de la imputación de los entes morales, abordando

¹⁶ En Chile y en Italia el estándar de la duda razonable está explícitamente consagrado, lo que no sucede en España, por lo que ahí su desarrollo ha sido jurisprudencial pero, por lo mismo, más acotado y siempre vinculado a la presunción de inocencia (o al *in dubio pro reo*).

la naturaleza jurídica, el modelo concreto de imputación, las penas y ciertos aspectos generales del proceso.

Se trata, en resumen, de una aproximación crítica a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no desde el interior del *objeto/sujeto* —como sería analizar la capacidad de acción, de culpabilidad, de identidad de la pena o, en fin, del carácter colectivo del ente—, sino que desde fuera del él, desde la comunidad hacia el ente, desde nosotros hacia las empresas, en el sentido de revisar qué implica asignarle a un agente, distinto de la persona humana, el *status* de ser sujeto de responsabilidad penal. Para ello se erige como pilar fundamental en la tesis el estándar de prueba de la duda razonable, a partir del cual es posible repensar las implicancias prácticas en lo político—criminal y filosóficas en relación con la responsabilidad penal y la finalidad de la sanción (penal) al ente.

El presente trabajo no constituye, por tanto, un estudio dogmático sobre la prueba¹⁷, los medios de prueba o la forma en que es posible imputarle a una empresa un delito cometido por una persona natural. Desde esta perspectiva, el horizonte de proyección escapa al proceso mismo, o en palabras de TARUFFO, se ubica fuera del mismo, para poder así abordar cuestiones no solo epistemológicas, sino que también filosóficas y políticas¹⁸.

Al mismo tiempo, cabe indicar que esta investigación solo se vincula indirectamente con la máxima «*todo imputado se presume inocente*». Dicho principio, como se verá, si bien está íntimamente vinculado al estándar *bard*, en ningún caso responde a su exacta lógica, pues el primero dice razón con la forma de trato que decidimos asignarle al imputado, la carga de la prueba y, en general, la regla de juicio asociada al *non liquet*¹⁹; mientras el estándar de la duda razonable, en cambio, se relaciona con el baremo de convicción o de prueba necesario —suficiente— para pronunciar una determinada decisión y, por lo mismo, tiene una correspondencia

¹⁷ FERRER BELTRÁN; GASCÓN ABELLÁN; GONZÁLEZ LAGIER; TARUFFO, *Estudios Sobre la Prueba*, Universidad Nacional Autónoma de México, D.F., 2006, *passim*.

¹⁸ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, 4° ed., Trotta, 2011, p. 23.

¹⁹ Vid. WALTON, *Burden of Proof, Presumption and Argumentation*, Cambridge, 2014, en especial pp. 49 y ss.; ROBERTS, “Taking the Burden of Proof Seriously”, en *Criminal Law Review*, Vol. n° 1995, pp. 783 y ss.; BARONA, “El juicio oral”, en MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional, Proceso Penal*, Valencia, 2001, p. 287; CARO, “La carga de la prueba frente al principio de presunción de inocencia en el estado colombiano”, en *Verba Iuris*, Vol. n° 29 (2013), pp. 31 y ss, con una fuerte crítica al uso de la carga dinámica de la prueba en materia penal, por afectar la presunción de inocencia y la carga de la prueba.

estrecha con la distribución de los errores en el resultado de la misma: sus consecuencias son –además de epistémicas–, preferentemente axiológicas²⁰ y político morales²¹. En otros términos, la presunción de inocencia no incluye, en principio, un determinado *quantum* de prueba para dar por probada la proposición «*la empresa x cometió el delito de soborno*»²², no así el estándar de la duda razonable, que ofrece –sin perjuicio de las críticas que se verán en su oportunidad– un mensaje único: si usted quiere condenar a la *empresa x por cohecho*, cada motivo para dudar, en cuanto sea razonable, debe ser *necesariamente* excluido, o bien usted debe absolver²³.

Conviene ahora adelantar algo de suyo relevante: las reflexiones de esta investigación no son neutras, ni se aplican por igual frente a cualquier sistema de imputación de las personas jurídicas, y esto es necesario que el lector lo conozca desde ya. La crítica a la imputación penal de las personas jurídicas, y en especial la atribución de responsabilidad conforme a un estándar como el *bard*, no se desempeña del mismo modo en cualquier modelo de imputación.

En términos sencillos, mientras más próximo a un modelo de autorresponsabilidad se configure el sistema de imputación penal del ente, más ha de rechazarse esa atribución de responsabilidad penal y, por el contrario, mientras más se acerque a un modelo vicarial o de transferencia (*respondeat superior*), o de la identificación (o de la *immedesimazione organica*) más ha de aceptarse esa imputación penal. La razón es obvia, porque en los primeros modelos se predica una verdadera capacidad de autonomía –moral– y de culpabilidad propia del ente, o sea, se le trata como un sujeto, una *personae*, sin que aquella cualidad tenga las características o atributos morales que imponen al Estado una obligación de (auto) construcción en el

²⁰ PALIERO, “*Il «ragionevole dubbio» diventa criterio*”, en *Guida al Diritto*, Vol. n° 10 (2006), p. 75; FERRER BELTRÁN, *Motivación y racionalidad de la prueba*, Lima, 2016, p. 160, prefiere llamarlo un valor político-moral; TARRUFO, “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, en ID. *La Prueba, Artículos y Conferencias*, Santiago, 2009, p. 112, en cambio, lo llama una decisión *ética o ética-política*.

²¹ LUNGHINI, “*Problemi probatori e Diritto penale sostanziale. Un'introduzione*”, en DOLCINI; PALIERO (A cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci. Vol. I. Teoria del Diritto penale, Criminologia e Politica criminale*, Milano, 2006, p. 418.

²² Esto se relaciona con la convención respecto del enunciado “está probado que *p*”, en cuanto a que finalmente es la justicia –y los valores que subyacen a ella, en particular morales– la que demanda que el estándar epistémico en el juicio varíe con la gravedad del caso particular. En este sentido, HO, *A Philosophy of Evidence Law, Justice in the Search for Truth*, Oxford, 2008, p. 211 y s.

²³ En sentido similar AÍSA MOREU, *El razonamiento inductivo en la ciencia y en la prueba judicial*, Zaragoza, 1997, p. 345; GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 3° ed., Marcial Pons, 2010, p. 156.

uso del *ius puniendi*, como sí la tiene respecto de las personas naturales. O dicho en otros términos, la cualidad de agente de una empresa, por muy autónoma y con capacidad de culpabilidad que se le considere, nunca va poder predicar los atributos del ser humano (en especial la dignidad, la autonomía y la libertad) con la misma intensidad que una persona natural: luego la empresa nunca va a ser digna del Derecho penal.

Un sistema vicarial, en cambio, es consustancial a un modelo de responsabilidad penal y con una atribución de responsabilidad conforme a un estándar como el de la duda razonable, por una razón lógica, el reproche del ente (respecto del cual no se predica agencia) es una derivación del reproche del agente principal, de la persona natural, luego es ella la que reclama la protección del Derecho penal, respecto del cual el ente se ve accesoriamente privilegiado. Con todo, ello no necesariamente significa que sea más garantista para la empresa, porque al ente se le condena por un hecho ajeno, ni que sea la mejor opción desde el punto de una política pública, porque no incentiva la buena gestión empresarial, el *good corporate citizen* y la efectiva adopción de los modelos de prevención del delito (*compliance programs*): pero decir eso no significa que la imputación autónoma al ente deba estar *vis a vis* sujeta al sistema penal.

Tomando postura, me parece que un modelo ideal de imputación a la persona jurídica *ex crimine* es cualquiera que se acerque a un sistema de atribución por un *defecto de organización*, donde exista un hecho de conexión que se le impute al ente – en razón del interés o ventaja que aquel le reporte– y especialmente donde –en sede de culpabilidad– se le reproche el no haberse organizado virtuosamente –mediante un adecuado modelo de prevención del delito–, en términos de haber infringido su posición de garante respecto de la no comisión de injustos penales. La cuestión es, en todo caso, que decir todo esto poco y nada tiene que ver con asumir que se trata de una responsabilidad penal ni menos que el sujeto deba ser imputado penalmente, ni siquiera en cuanto a una medida de seguridad penal.

En fin, y como lo veremos, frente a un sistema de *defecto de organización* o incluso de mayor autorresponsabilidad/autonomía del ente, se debería pensar en un modelo *similar* al del Derecho administrativo sancionador (incluso llevado por actores penales), con un sistema de garantías bastante menos intenso que respecto de las personas naturales, con un estándar de prueba menos exigente que el del Derecho penal, pero sin violar garantías mínimas de un justo y racional proceso, y con una

aproximación en el contorno de la presunción de inocencia²⁴, entendida ella básicamente como la ubicación de la carga de la prueba –respecto de algunos elementos del injusto– sobre el acusador²⁵. En ese contexto, y en razón de que las garantías de la persona humana son –deben ser– diversas a las del ente, se debería desincentivar el *simultaneus processus*, que básicamente cae en una irremediable tensión entre disminuir las garantías de los individuos (a fin de favorecer la persecución del ente) o bien resguardar fuertemente la garantías del individuo (dificultando más allá de lo razonable la persecución la empresa).

Lo anterior supone, desde luego, tomar distancia de quienes, argumentando que el sistema administrativo sancionador limita de modo muy cercano y difuso con el Derecho penal, reclaman que las garantías sustantivas y procesales de este último debieran trasladarse al primero, a partir de una cada vez mayor uniformidad de criterios y principios del Derecho Público²⁶. Eso puede ser así respecto de las personas naturales, pero no hay ni una sola buena razón para que sea así respecto de la imputación –incluso administrativa– de los entes morales.

Una transferencia absoluta de garantías sustantivas y procesales sería difícilmente sostenible en un modelo de imputación respecto de quien, por más que se pueda predicar su calidad de agente autónomo y «moral», nunca va tener la densidad de atributos morales de los individuos y la relación con el Estado que éstos tienen, luego respecto de una persona jurídica el Estado no solo *puede*, sino que *debe* –por *mor* de los individuos– reconsiderar la aproximación deontológica que justifica su actuar –ello es especialmente sensible en la distribución de riesgos como mecanismo de prevención de la condena de un inocente– y fortalecer un sistema de sanciones que sea consistente con una política–criminal, marcadamente consecuencialista, que tenga un fuerte y marcado

²⁴ De una manera que sea consistente con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre, a partir del caso Engel, pero sobre todo con el caso Oztürk. PALIERO, “La sanción administrativa como medida moderna en la lucha contra la criminalidad económica”, en VV.AA. *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo, Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, 1995, pp. 484 y s.

²⁵ Lo anterior, desde luego, sin desconocer ni restar valor a la presunción de inocencia como principio protector de las personas. Lo anterior, en especial, por su reconocimiento en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos: en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), artículo 11.1; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), en su artículo 14.2; en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), en su artículo 6.2; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), en su artículo 8.2; en la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul, 1981), en su artículo 7 b).

²⁶ RODRÍGUEZ, “El criminal compliance como fundamento de imputación penal corporativa”, en *Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal, Repercusiones Penales en los negocios*, Pamplona, 2017, p. 12.

carácter preventivo/disuasivo: lo que creo es, por la obligación de no condenar a un inocente, incompatible con el Derecho penal.

CAPÍTULO I

APROXIMACIÓN A LA DISCUSIÓN SOBRE LA RELACIÓN ENTRE LA DUDA RAZONABLE Y LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Sumario: 1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un dogma casi incuestionable. – 2. El Derecho penal como un coto humano. – 3. La contradicción entre generar grandes riesgos y proteger procesalmente a las personas jurídicas.

1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un dogma casi incuestionable.

Se ha afirmado que el tiempo del debate, respecto de si se debe o no incorporar un sistema de responsabilidad penal de los entes morales, se encuentra agotado²⁷. Si en algún momento fue difícil, al menos en Europa²⁸, que en un taxi coincidieran tres penalistas favorables a la responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁹, hoy son miles los que se consideran *pro punición del ente*, que participan entusiastamente en las conferencias sobre, por ejemplo, la importancia de *corporate governance*³⁰, en especial de los *integrity codes* y los *codes of conduct*; el tipo de *risk management* o *risk assessment*³¹ más idóneo para determinadas empresas, a fin de identificar los riesgos de

²⁷ Esta afirmación es, cuanto menos, arriesgada, aunque hoy parece un lugar común, cuando sólo apenas cuatro décadas BRICOLA iniciaba su magistral ensayo sobre el costo del brocardo *societas delinquere non potest* afirmando que podía aparecer «cuanto menos extravagante el tentativo de reproponer la añosa y recurrente problemática de la responsabilidad penal de los entes» pues, a su juicio, tal brocardo había alcanzado tal «grado de consolidación». Cfr. BRICOLA, “Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell’attuale dimensione del fenomeno societario”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1970, p. 952. Ya advertía también las dificultades de compatibilizar el artículo 27 de la Constitución italiana, con el principio de culpabilidad en las empresas, PALIERO, “Problemi e prospettive della responsabilità penale dell’ente nell’ordinamento italiano”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Economico*, 1996, p. 1177. La persona jurídica, decía PALIERO, es incapaz de actuar con dolo o con culpa, y de percibir el carácter aflictivo inherente en el reproche penal; la falta de una estructura física humana es además incompatible con el finalismo reeducativo de la pena.

²⁸ Como nos recuerda también DE SIMONE, el brocardo *societas delinquere non potests* fue arrolladoramente dominante en el pensamiento dogmático penal europeo, por más de dos siglos. DE SIMONE, “Societas e responsabilità da reato. Note dogmatiche e comparatistiche”, en *Studi in Onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 1883.

²⁹ ZUGALDÍA, “Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional ‘societas delinquere non potest’”, *Revista Cuadernos de Política Criminal*, Vol n° 11 (1980), *passim*.

³⁰ JACKMAN, *The Compliance Revolution. How Compliance Needs to Change to Survive*, Singapore, 2015, pp. 96 y ss, quien prefiere el uso de *good corporate governance*; PLESSIS; VAROTTIL; VELDMAN (Ed.), *Globalisation of Corporate Social Responsibility and its Impact on Corporate Governance*, Switzerland, 2018, *passim*.

³¹ CROVINI, *Risk Management in Small and Medium Enterprises*, Abingdon, 2019, pp. 45 y ss; LAUFER, “Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance”, en *Vanderbilt Law Review*, Vol. n°

posibles delitos; la forma de desarrollar un *compliance program*³² –como la UNE 19601–; el perfil, las funciones y responsabilidades –incluso penales– que debería tener un *compliance officer*; el tipo de *due diligence* que se debería realizar para garantizar una segura transacción comercial o para pesquisar tal o cual injusto; y cuál *hotline* habría que implementar para incentivar los *whistleblowers* y con eso profundizar la prevención y detección de delitos en la empresa³³.

Y es que hay buenas razones, en apariencia, para apoyar un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Como sostiene HEINE, la ausencia de un adecuado *management de riesgo* en una empresa puede exhibir, como desencadenante externo, una «perturbación social grave, por ejemplo, la *muerte de una notable cantidad de personas*, un *daño ambiental especialmente grave*, o un peligro común específico»³⁴. O, como lo expresa PIERGALLINI, para quien las empresas participan en delitos que implican formas de «*agresiones ubicuas, a menudo transnacionales y que generan un efecto de victimización masivo*»³⁵, respecto de las cuales sería preciso introducir mecanismos de control más eficaces y penetrantes como el Derecho penal³⁶. De hecho, resulta para muchos hoy incuestionable, dado los escándalos financieros y empresariales que han afectado las economías de todo el orbe, que lo razonable sería sancionar –penalmente– a las empresas. La crisis financieras de las últimas décadas, por su parte, marcaron un hito, pues reflejaron, por un lado, los enormes riesgos de los mercados financieros para las economías locales y, por el otro, los complejos desafíos y las

52 (1999), p 1397 s. Pricewaterhousecoopers, State of Compliance Study 2016 - Laying a Strategic Foundation for Strong Compliance Risk Management (2016), descargable <https://www.pwc.se/sv/pdf-reports/state-of-compliance-study-2016.pdf>

³² Sobre los temas de compliance, es altamente recomendable ver el trabajo de la *Society of Corporate Compliance and Ethics*; del *American Law Institute* y su reciente *Principles of the Law of Compliance Risk Management and Enforcement*; del *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* (COSO); y de la *Society for Corporate Compliance and Ethics* (SCCE). Sobre esto véase, KRAMBIA-KAPARDIS (Ed.), *Financial Compliance. Issues, Concerns and Future Directions*, Palgrave, 2019, *passim*; REZAEI, *Corporate Governance Post-Sarbanes-Oxley. Regulations, Requirements, and Integrated Processes*, Wiley, 2007, *passim*.; BOCK, “Compliance y deberes de vigilancia en la empresa”, en KUHLEN; MONTIEL; ORTIZ DE URBINA GIMENO, (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid, 2013, p. 108 y s.

³³ Reconoce también este cambio en el panorama teórico y legislativo en Europa, ROBLES PLANAS, “¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos”, en *InDret*, Vol. n° 2/2006 (2006), pp. 1-25, p. 3.

³⁴ HEINE, “Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ (Ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*, Navarra, 2006, p. 51.

³⁵ PIERGALLINI, “Il decreto legislativo di depenalizzazione dei reati minori n. 507 del 1999: lineamenti, problemi e prospettive”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2000, p. 1404.

³⁶ STELLA, “Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Economico*, 1998, p. 459.

dificultades en regular, controlar y sancionar las conductas inadecuadas de las empresas³⁷. Por eso las crisis incentivaron, qué duda cabe, a que la dogmática penal fuera encantándose con la superación del viejo aforismo del *societas delinquere non potest*³⁸. Y seguramente ello también estimuló a que muchos consideraran necesario darlo por muerto, encerrarlo en el baúl de los recuerdos y abrazar decididamente el nuevo brocardo: *societas puniri potest*³⁹. Es más, pareciera ser tan apretado ese abrazo que, a diferencia de lo que sucede en relación a las personas naturales, son pocos los que se muestran reticentes a una expansión de la responsabilidad del ente en relación con nuevos tipos penales, al revés, pareciera que siempre se quiere más.

Como dicen BOWLES, FAURE Y GAROUPA, las «pérdidas a gran escala sufridas por una gran parte de la población (incluyendo a shareholders, trabajadores activos o futuros, y otros stakeholders), y la naturaleza de algunas conductas desviadas de ciertos ejecutivos de corporaciones, ha sido suficiente para inducir los llamados para un mayor uso de las sanciones penales en contra de los sinvergüenzas», lo que incluiría a las empresas⁴⁰. Es la sociedad toda la que, muchas veces, se ve perjudicada por la criminalidad corporativa. De hecho, respecto de las grandes corporaciones se da una especie de presunción de lesividad respecto de ciertos actos delictuales, los que, por una parte, generan un gran sufrimiento en la población y, por la otra, muestran una búsqueda frenética de enriquecimiento o aversión al empobrecimiento del ente, lo que en conjunto lo transforma en un actor socialmente cuestionable y respecto del cual pareciera evidente la necesidad de una fuerte herramienta preventivo general negativa

³⁷ GILCHRIST, “Condemnation without Basis: An Expressive Failure of Corporate Prosecutions”, en *Hastings Law Journal*, Vol. n° 64 (2013), pp. 1121 y ss.

³⁸ En la literatura italiana, DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012, p. 61 y ss.

³⁹ PALAZZO, *Societas Puniri Potest, La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2003, *passim*.

⁴⁰ BOWLES; FAURE; GAROUPA, “The Scope of Criminal Law and Criminal Sanctions: an Economic View and Policy Implications”, en *Journal of Law and Society*, Vol. n° 35 (2008), p. 409 y s. Lucidas son, en este sentido, las expresiones de MARINUCCI y DOLCINI: «[m]uchas de estas situaciones anormales se radican en el mundo de los negocios. [...] Resulta difícil precisar un grupo de empresas de importancia que no esté o no haya estado recientemente envuelto en al menos uno de estos escándalos. No se trata de hechos cuya repercusión se mantenga dentro de los límites nacionales, la globalización de los mercados financieros manifiesta también estas situaciones patológicas. Balances falsos -funcionales para importantes evasiones fiscales-, informaciones no verídicas sobre la situación económica de la sociedad, la creación de ‘fondos negros’ a disposición de administradores ávidos o deshonestos son, entre otros, atentados a la confianza de los inversores. La consecuencia, casi automática, de la traición a esta confianza es la fuga en masa de los capitales extranjeros, la caída de las cotizaciones bursátiles, la ruina de los pequeños ahorradores, la afectación del sistema bancario, los que terminan, algunas veces, con la clausura de las fábricas y el despido de los operarios». MARINUCCI; DOLCINI, “Derecho Penal «mínimo» y nuevas formas de criminalidad”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2º Época, núm. 9 (2002), p. 148.

(*deterrence*)⁴¹. En ese contexto, no es extraño entonces que se favorezca la criminalización de los entes.

Además de la razón anterior, en favor de la sujeción de las empresas al sistema penal, se argumenta también que una sanción de este tipo implica un mayor reproche, un *status simbólico* que la diferenciaría de las demás sanciones del ordenamiento, teniendo como consecuencia que la pena sea percibida como más grave, a pesar de que, materialmente, ello puede no ser del todo efectivo⁴².

2. El Derecho penal como un coto humano.

HENKEL, hace medio siglo, advertía del peligro de la tecnificación del Derecho, fenómeno propio de la tecnificación de la vida moderna, por restringir cada vez más lo auténticamente humano⁴³. Esa tecnificación del Derecho ha implicado la liquidez de lo humano al punto que hoy, al tratar la responsabilidad del ente, la discusión jurídica parece encerrada y ensimismada en crear teorías que resuelvan lo que la doctrina llama las dificultades tradicionales de la imputación jurídico-penal de los entes morales. Así, el debate se centra generalmente en torno a cinco cuestiones específicas, a saber: la capacidad de acción del ente, de culpabilidad, de motivarse, la infracción al *ne bis in idem* y la infracción al principio de personalidad de la pena.

Lo preocupante, a mi modo de ver, es que ello se hace siempre con la mirada hacia el sujeto corporativo y no hacia la sociedad, hacia la víctima, hacia el verdadero *otro*. Y ello puede generar, como pretendo explicarlo en esta investigación, un déficit de protección respecto de la comunidad y de una parte de ella, de la víctima, lo cual puede ser incomprensible desde la protección de la dignidad. En efecto, como dice MAIHOFER, la garantía de la dignidad humana «asegura no sólo las condiciones fundamentales y elementales del desarrollo, sino también de la preservación de la individualidad en su

⁴¹ MUNGAN, “The Scope of Criminal Law”, en *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, Cheltenham, 2014, pp. 51 y ss.

⁴² FEIJÓO SÁNCHEZ, “Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas y empresas en el Derecho penal español y el Derecho penal peruano”, en GARCÍA CAVERO (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, ARA, 2002, pp. 227 y ss; HERNÁNDEZ BASUALTO, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, en *Política Criminal*, Vol. n°5, (2010), p. 213; y, en sentido crítico, VAN WEEZEL, “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Política Criminal*, Vol. n° 5, (2010), p. 136.

⁴³ HENKEL, *Introducción a la filosofía del derecho*, Montevideo – Buenos Aires, 2014, p. 2.

conjunto, desde la singularidad primitiva, la sociabilidad y la humanidad de todo lo real y auténticamente humano».

Esto último en el caso del Derecho penal me parece que es más o menos evidente. El Derecho penal, como mecanismo de control social, cede en eficacia –y gana en legitimidad- en la medida en que se ejerce con restricciones que, en especial, implican reconocer y respetar derechos inalienables y atributos de la personalidad del hombre –como la dignidad-, de modo que permite al resto de la comunidad comprender y aceptar como razonable el uso de la coacción estatal. El ejercicio de esa (auto)constricción del Estado, en cambio, pierde legitimidad si es incapaz de proteger esos mismos bienes de los ciudadanos, y ello sucede en pos de la protección de un objeto/sujeto que carece de sus mismos atributos. ¿No será, entonces, por mor de las empresas, estemos debilitando la dignidad humana⁴⁴?

Con todo, fuera de la obviedad de que la responsabilidad penal de las empresas generó un enorme campo de desarrollo profesional para quienes ejercen el Derecho penal, la pregunta continúa siendo: ¿Por qué el Derecho penal? Puesto en términos normativos: ¿Qué justifica la utilización del Derecho penal en la determinación de la responsabilidad de un ente? La discusión actual sobre la acción, la culpabilidad y la personalidad de la pena es insuficiente para responder de manera definitiva y favorable las interrogantes recién planteadas, pero no solamente ello. En esta investigación además se sostendrá que si se consideran variables adicionales a la discusión, que históricamente no han sido incorporadas, la respuesta a las interrogantes planteadas no puede sino ser negativa, en el sentido de que no existen razones convincentes para incorporar al sistema penal la responsabilidad del ente por su participación *ex crimine*⁴⁵. En cambio, sí existen buenas razones para incorporar tal responsabilidad a un sistema *similar* al administrativo sancionador, sea en sí mismo o en conexión con un proceso penal⁴⁶⁻⁴⁷.

⁴⁴ MAIHOFFER, *Estado de Derecho y Dignidad Humana*, Montevideo – Buenos Aires, 2008, p. 104.

⁴⁵ ROBLES PLANAS, ¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos, en *InDret*, Vol. n° 2 (2006), p. 4 y s.

⁴⁶ SELVAGGI observa que la idea de una responsabilidad directa a las personas jurídicas «ha comenzado a ser una herramienta importante por al menos dos razones: a) permite prevenir y sancionar serios delitos en importantes áreas de las políticas de la UE; b) Permite perseguir y sancionar esos serios delitos que ocurren entre fronteras y de evitar que se escojan los Países Miembros con los más benevolentes sistemas de sanción». SELVAGGI, “Ex crimine liability of legal persons in UE. An overview of substantive criminal

Por lo mismo, la pregunta sobre la justificación del uso del Derecho penal en la imputación de las conductas de las empresas va ser una que transitará a lo largo de toda la tesis, sea en la vertiente propuesta por FERRAJOLI, en el sentido en que ello se justificaría si fuese capaz de realizar dos fines, a saber, minimizar las ofensas a bienes y derechos fundamentales, y prevenir o minimizar castigos arbitrarios –y en especial qué entendemos por castigos arbitrarios al ente⁴⁸, o en la vertiente que proponen HASSEMER y MUÑOZ CONDE, en el sentido que se formalice «del modo más preciso posible la solución de los conflictos que le incumben» y que se protejan los bienes jurídicos «en las situaciones conflictivas más graves, ya que es en estas situaciones en las que más intensivamente se encuentran amenazados los intereses de los implicados (culpables o no) en el conflicto»⁴⁹.

En tal contexto, esta investigación no entrará en el debate sobre la acción⁵⁰, la culpabilidad y la capacidad de motivación del ente⁵¹, la personalidad de la pena y el *ne*

law”, en FIORELLA, (Ed), *Corporate Criminal Liability and compliance programs. Towards a common model in the European Union*, Vol. II, Napoli, 2012, pp. 5 y ss.

⁴⁷ Sobre esto vid. GARCÍA, “La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos”, en QUINTERO; MORALES, *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muniz*, Aranzadi, 2001, pp. 295 y ss.

⁴⁸ FERRAJOLI, *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, Trotta, 2013, p. 348.

⁴⁹ HASSEMER; MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Valencia, 1989, p. 117 y s.

⁵⁰ Al respecto vid. BACIGALUPO SAGGESE, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998, en especial pp. 141 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas* cit., pp. 901 y ss.; ID., “Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad en las personas jurídicas”, en *La responsabilidad penal de las sociedades. Actuación en nombre de otro, Responsabilidad de los Consejos de administración, Responsabilidad de los subordinados*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1994; ID., *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones presupuestos sustantivos y procesales*, Valencia, 2008, pp. 153 y ss.; CUADRADO RUIZ, “¿Hacia la erradicación del principio “societas delinquere non potest”?”, en MUÑOZ CONDE (Dir.), *Problemas Actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la profesora Dra. Maria del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, p. 546; y, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*, Pamplona, 2º ed., 2003, pp. 227 y ss.; GARBERÍ LLOBREGAT (Coord.) *Código Penal. Interpretación jurisprudencial y legislación complementaria*, Barcelona, 1999, p. 993; y SILVA SÁNCHEZ, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del arto 129 del Código penal”, en *Derecho Penal Económico. Manuales de Formación Continuada, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 2001, p. 308 y s.; En italiano, fundamental vid. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., p. 127 y ss.; PIERGALLINI, “Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'economia*, 2002, pp. 571 y ss.; en la literatura chilena VAN WEEZEL, *Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., p. 122; KUNSEMÜLLER LOEBENFELDER, *Derecho penal y política criminal*, 2º Ed. ampliada y actualizada, Santiago, 2018, p. 225 y s.

⁵¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, 2005, *passim*; ID, *Fundamentos Modernos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Montevideo – Buenos Aires, 2010, *passim*; NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, cit., pp. 127 y ss.; CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Marcial Pons, 2015, pp. 77 y ss; NOVOA

*bis in idem*⁵², por no ser indispensable para su objeto. El verdadero problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se relaciona con dichas discusiones dogmáticas, sino que responde a su inconveniencia político–criminal, especialmente desde la perspectiva de una adecuada política pública de control de los riesgos, las amenazas y los ataques a los bienes jurídicos que surgen de las actividades empresariales⁵³; a una deficiente comprensión del vínculo relacional entre el ente y el Estado –y el ejercicio del *ius puniendi*–, y del sentido político–social y comunitario detrás de la responsabilidad penal y, especialmente, del uso de la pena.

Es más, para los efectos de esta tesis se aceptará, sin más, que las empresas pueden ser capaces de actuar; que pueden ser consideradas culpables por sus actos, que pueden tener la calidad de agente colectivo autónomo, sea según una tesis de culpabilidad por *déficit de organización* u otra de mayor entidad en autonomía (à la GÓMEZ–JARA⁵⁴, una cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad, o à la FEIJÓO SÁNCHEZ⁵⁵, o sea, como la falta de cultura empresarial de cumplimiento de la legalidad⁵⁶; o à la LAMPE, como un sistema de injusto constituido⁵⁷); que pueden sufrir una sanción; y que la imposición de ésta no afecta normativamente –más allá que otras

ZEGERS, “Algunos alcances dogmáticos sobre la responsabilidad penal de las personas”, en AA.VV. *La Ciencia Penal en la Universidad de Chile*, Lom, 2013, pp. 327 y ss. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., *passim*.

⁵² Vid. DANNECKER, “Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista Penal* N° 7, pp. 40 y ss.

⁵³ Sobre el control de riesgos como una política pública, asociada a un mejor *compliance*, vid. JACKMAN, *The Compliance Revolution. How Compliance Needs to Change to Survive*, cit., en especial el capítulo 6; MONTALENTI, “Corporate governance, sistema dei controlli e procedure antiriciclaggio”, en AA.VV. *Riciclaggio e corruzione: prevenzione e controllo tra fonti interne e internazionali*, Milano, 2013, pp. 79 y ss; PALIERO; PIERGALLINI, “La Colpa di Organizzazione” en *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, www.rivista231.it; y LEDDA; GHINI, “Gestione del rischio di violazioni attinenti la normativa di salute e sicurezza sul lavoro, anche alla luce delle recenti linee guida confindustria”, en *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Vol. n° 3 (2008), pp. 194 y ss.

⁵⁴ Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, “Corporate Criminal Liability in the Twenty-First Century: Are all Corporations equally capable of wrongdoing?”, en *Stetson Law Review*, Vol. n° 41 (2011), p. 41.

⁵⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, “Bases para un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas a la española”, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje Al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, Fiscalía General Del Estado, Madrid, 2018, p 166.

⁵⁶ Ninguna de las cuales me parece correcta pues, como bien dice MONGILLO, la implementación en la empresa de un *compliance program* es precisamente el camino ideal para forjar la llamada cultura de conformidad a la legalidad: los dos planos -supuestamente reconocibles en sentido objetivo (control del riesgo) y subjetivo (cultura organizativa) - terminan, en realidad, para integrarse y superponerse. Cfr. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, p. 146.

⁵⁷ LAMPE, *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Lima, 264 pp. 111 y ss. Para quien los factores relevantes en el injusto constituido de una empresa con tendencia criminal serían: el peligro de la organización empresarial, dispuesta para la respectiva prestación; el déficit de la estructura organizacional; una filosofía corporativa criminógena; y una erosión de la noción de responsabilidad por la acción individual (p. 131).

– la personalidad de quien la recibe (dueños y accionistas), ni de terceros inocentes vinculados a ellos⁵⁸. Y ello porque es posible compartir, con BUCY⁵⁹ y FRIEDMAN⁶⁰, que las personas jurídicas en efecto son una persona distinta e identificable –tienen un *ethos*⁶¹, un *carácter*, una *virtud propia*⁶²– y que pueden tener capacidad expresiva de limitados juicios en el discurso de la comunidad.

Lo anterior lo concedo porque, a veces, se nos olvida que el desarrollo histórico y teórico de las empresas y la *personalidad de ellas* encuentra sus raíces en lo concerniente a cuestiones relacionadas con los intereses de los propietarios y con obligaciones contractuales para con sus *shareholders*⁶³. Es posible sostener, entonces, que al menos algunos actos pueden explicarse como acciones colectivas (de una unidad colectiva) y no como acciones individuales. Es decir, se dejan representar mucho mejor como acciones de una entidad colectiva distinta de quienes la componen. Lo que hace que sus acciones sean distintas a los actos de los individuos que pueden contribuir a la conducta del ente es que fluyen de la intención de la corporación, no de la intención de las personas individuales⁶⁴, pudiéndose incluso hablar de en una intención corporativa. Sin caer en un individualismo antropológico, las entidades morales pueden por tanto ser consideradas como personas, en términos *reducidos*⁶⁵.

⁵⁸ WELLS, *Corporations and Criminal Responsibility*, 2º ed., Oxford, 2001, pp. 68 y ss; En contra, vid. MIR PUIG, “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004, p. 11.

⁵⁹ Cfr. BUCY, “*Corporate Criminal Liability: When does it makes sense?*”, en *American Criminal Law Review*, Vol. nº 46 (2009), p. 1442.

⁶⁰ FRIEDMAN, “In defense of Corporate Criminal Liability”, en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. nº 23 (2000), pp. 846 y ss.

⁶¹ Sobre el *corporate ethos*, fundamental, BUCY, “Corporate Ethos: a Standard for Imposing Corporate Criminal Liability”, en *Minnesota Law Review*, Vol. nº 75 (1991), pp. 1095 y ss; críticamente ARTAZA VARELA, *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*, Marcial Pons, 2013, pp. 254 y ss; también SILVA SÁNCHEZ, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español”, en *Comunicaciones en Propiedad Industrial y derecho de la competencia*, 2012, p. 24, para quien sería una quasi-culpabilidad.

⁶² Al respect *vid.* COLOMBO, “Toward a Nexus of Virtue”, en *Washington and Lee Law Review*, Vol. nº 3 (2012), p. 64; DIAMANTIS, *Clockwork Corporations: A Character Theory of Corporate Punishment*, cit., en especial página 540 y ss; ID., “Corporate Criminal Minds”, en *Notre Dame Law Review*, Vol 91 (2016), *passim*.

⁶³ POLLMAN, “Reconceiving Corporate Personhood”, en *Utah Law Review*, Vol. nº 4 (2011), p. 1630, criticando la ausencia en las decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos de una definición o de una clarificación del concepto de *persona* del ente. Pero además, destacando que la asimilación de las personas jurídicas a las naturales no es algo único del Derecho penal, sino que también es propio de otras áreas del Derecho.

⁶⁴ ISAACS, “Corporate Agency and Corporate Wrongdoing”, en *New Criminal Law Review*, 2013, p. 246, con evidente influencia de FRENH y PETTIT. En contra, BLACKSTONE, *Commentaries on The Laws of England*, cit., capítulo 18, p. 476.

⁶⁵ ISAACS, *Ibidem*.

Todavía más, pienso que constituye un error considerar que las personas jurídicas no puedan ser responsables, y que la discusión sobre la atribución por un injusto –no solo penal– deba recaer exclusivamente en las personas naturales⁶⁶, lo cual no implica abandonar completamente una especie de individualismo normativo⁶⁷. Siguiendo esta posición, los intereses individuales dentro de la sociedad son finalmente la última fuente y medida de los valores, y ello se expresa con claridad en el Derecho penal, donde sus principios inherentes o cardinales, tales como aquellos que inspiran la idea de culpabilidad –en su relación con el merecimiento y la retribución–, que fundan el reproche de la pena, y que justifican el esfuerzo y límites que la sociedad reconoce y se impone para no equivocarse y condenar a un inocente, son sencillamente inaplicables a las empresas. En síntesis, la cuestión la resuelvo en la siguiente máxima: *las empresas no son dignas de merecer nuestro Derecho penal, de que el Estado se (auto)limite, como lo hace con nosotros, para usar el ius puniendi, sea para controlar las fuentes de riesgo sea para sancionar los perjuicios a bienes jurídicos relevantes.*

Ellas carecen de una verdadera autonomía moral⁶⁸ y el atributo de libertad que pueden reclamar, más bien de carácter funcional y económico, es insuficiente para concederles un estatuto especial de protección.

En definitiva, sostener que una persona jurídica pueda alcanzar un nivel de complejidad tal para advertir en ella la capacidad de exhibir características propias de autorreferencialidad, autoconducción y autodeterminación, que incluso permita suponer que tenga una determinada competencia o posición de garante sobre su propio ámbito organizativo, no aporta una sola razón concluyente para incluir ese sujeto al Derecho penal, en cuanto digno que su conducta sea adscribible como una responsabilidad penal

⁶⁶ Sobre las objeciones individualistas véase, ISAACS, *ivi*, pp. 248 y ss.

⁶⁷ Según KORN, el individualismo normativo obliga a considerar “el establecimiento del Estado realmente como un mandato, en tanto institución que garantiza la realización de los derechos humanos. Sin duda, un orden jurídico-estatal constituye, en conjunto, una convincente instancia de garantía para esas pretensiones. Pues existen numerosos ejemplos, tanto históricos como actuales, para mostrar que los Estados han servido o sirven como eficientes instrumentos de protección de derechos humanos individuales. Ese individualismo normativo parece corresponderse exactamente con el deseo de Kant”. KORN, “¿Qué es erróneo en una interpretación moral de la filosofía política de Kant?”, en ORMEÑO; VATTER, *Forzados a ser libres. Kant y la teoría republicana del derecho*, Fondo de Cultura Económica, 2017.

⁶⁸ SANTNER, “Los milagros ocurren: Benjamin, Rosenzweig, Freud y la materia del prójimo”, en ZIZEK; SANTNER; REINHARD (Ed.) *El prójimo. Tres indagaciones en teología política*, Buenos Aires, 2010, p. 175. Para quien la posición de *verdadera autonomía moral*, no es «no soy responsable de todas las cosas», sino más bien «no hay nada de lo cual *yo no sea responsable*», cuya contraparte es «no soy responsable del Todo»: precisamente esa es la diferencia, los entes morales, en última instancia, y si así lo necesitamos, como sociedad, pueden ser responsables de todo.

y no como una mera infracción a la norma con una sanción *cuasi* administrativa o *cuasi* medida de seguridad⁶⁹.

Dicho en otros términos, uno podría estar de acuerdo que respecto del *ordenamiento jurídico en su totalidad*⁷⁰ no existan obstáculos para abandonar, en alguna de sus parcelas, el brocardo *societas delinquere non potest*, y que por lo tanto resulta no solo deseable, sino que necesario reconocer la inclusión en el constructo normativo de otros sujetos relevantes dentro de la sociedad (v.gr. *personas jurídicas*), cuya capacidad de autoorganización y autoconducción permitan atribuirle cierta competencia sobre su ámbito de organización⁷¹⁻⁷² y sancionar sus defraudaciones a las expectativas dispuestas sobre ellos. Ese *ordenamiento*, compuesto por personas naturales y jurídicas, estaría integrado con obligaciones y deberes positivos (v.gr. *neminem laedere* o *el principio de liquidación*⁷³), y ambas estarían sujetas a una respuesta estatal por el no cumplimiento de las normas de comportamiento (incluso las penales).

Sin embargo, y a pesar de todo eso, no hay, todavía, razones suficientes que permitan sostener que la responsabilidad de las personas jurídicas por la puesta en peligro o por la lesión de un bien jurídico deba imputarse a título de una infracción penal, aun cuando la norma de comportamiento incumplida sea, precisamente, una penal. Decir respecto de una empresa que se le sanciona por su participación *ex crimine* no implica decir que se le sanciona penalmente.

⁶⁹ GÓMEZ-JARA, “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BAJO FERNÁNDEZ; FEIJÓO SÁNCHEZ; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal*, Pamplona, 2012, p. 123.

⁷⁰ MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, Ariel, 1962, p. 34.

⁷¹ Por lo mismo, en el presente trabajo tampoco se abordará la temática, a estas alturas ya clásica, respecto del debate entre la así llamada *teoría de la ficción*: defendida por SINIBALDO DE FIESCHI, SAVIGNY y otros; y la *teoría de la personalidad real*, defendida, entre otros, por GIERKE, VON LISZT y BUSCH. La bibliografía respecto de este debate es hoy conocida. Pero, en referencia, vid. BACIGALUPO SAGGESE, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., pp. 41 y ss.; MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, cit., capítulos I al III; COUSIÑO MAC-IVER, *Derecho penal chileno. Parte general*, T.I, Santiago, 1975, pp. 270 y ss.; en la literatura civilista vid. RIVERA, *Instituciones de Derecho civil. Parte general*, T. II, Lexisnexus, 3° ed., 2004, pp. 173 y ss; Llambías, *Tratado de Derecho civil. Parte general*, T. II, 17° ed., 1997, en especial el cap. IX sobre las personas morales o de existencia ideal.

⁷² GÓMEZ-JARA SÁNCHEZ, “El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial”, en ID. *El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial*, Navarra, 2006, p. 116.

⁷³ LESCH, *El concepto de delito. Las ideas fundamentales de una revisión funcional*, Madrid, 2016, p. 150 y 248. Para quien el principio de liquidación sería: una empresa peligrosa se permite, y el correlato necesario a ese permiso es la responsabilidad; o una operación peligrosa se permite y ese permiso se compensa a través de un categórico deber —acompañado mayoritariamente por la protección del seguro— de pagar una indemnización sustitutiva.

Y es que no debe confundirse la responsabilidad de las personas jurídicas con la expansión del derecho penal ni con la etiqueta penal, o al menos no tratarla como cuestiones fusionables. Es cierto que en las últimas décadas se ha observado un efecto expansivo del Derecho penal, y ese fenómeno ha implicado la consideración de nuevos bienes jurídicos penalmente relevantes, flexibilizándose además ciertos principios cardinales del Derecho penal⁷⁴, pero decir que se ha expandido, en términos de abarcar más normas de comportamiento sancionadas penalmente, no supone incluir en ese constructo a un nuevo actor, a un convidado de piedra.

Pero permítaseme reiterar que lo sostenido no implica desconocer que es necesario sancionar a aquellas personas jurídicas que generen *fallos en el mercado, en la democracia, en el medioambiente*, etc., perjudicando así a la sociedad entera, con conductas que –en general– afectan la competencia mediante una disminución *injusta* de los costes de producción de la empresa⁷⁵, o que se debe reconocer que en ocasiones la sola responsabilidad de la persona natural puede no resultar suficiente para impedir los fallos de mercado ni los ilícitos de las personas jurídicas⁷⁶. Y es que parece que la necesidad de sancionar a las empresas no es sólo una cuestión teórica, es una urgencia social. Así lo expresa, con razón, TIEDEMANN, cuando señala que *«la mayor parte de los delitos contra la economía son cometidos con la ayuda de una empresa, y cada vez más a menudo el crimen organizado se sirve de las instituciones típicas de la vida*

⁷⁴ Fundamental, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Reimpresión de la segunda edición, Montevideo – Buenos Aires, 2006, *passim*; comparto con VOLK en que el principio de tutela de los bienes jurídicos no es hoy suficiente (y nunca lo fue) para valorar la legitimidad de una ley, porque tal principio permite hoy la legitimación de cualquier norma. Cfr. VOLK, “Diritto penale ed economia”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'economia*, 1998, p. 480. PALIERO describía que una de las características del así llamada ‘modernización del derecho penal’ se apreciaba expresamente en esta expansión del bien jurídico clásico, en general concreto e individual o, en los casos institucionales, relativos a determinados órganos e instituciones del estado liberal. Hoy en cambio prevalecen bienes supraindividuales, difusos y artificiales o instrumentales. Cfr. PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, cit., p. 1173.

⁷⁵ Cfr NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, cit., p. 52 y s.

⁷⁶ NIETO MARTÍN, *ibidem*. Con todo, la responsabilidad de la persona natural debería ser una prioridad en la persecución de estos delitos, especialmente en razón de la necesidad retributiva y la finalidad preventivo general de la sanción. Así, por lo demás lo ha expresado recientemente la Fiscal General de los Estados Unidos en el *Yates Memorandum*. Al respecto *vid.* DIAMANTIS; LAUFER, “Prosecution and Punishment of Corporate Criminality”, en *Annual Review of Law and Social Science*, 2019, *passim*; FERNÁNDEZ CASTEJÓN, *Individualización de la responsabilidad penal por la actividad empresarial en EE.UU. ¿Un modelo para el Derecho penal español?*, España, 2017, p. 114.

económica. La presencia, en el mundo del crimen, de las personas jurídicas y de las empresas no es más la excepción sino que se ha transformado en la regla»⁷⁷.

En resumen, no es relevante, a efectos de esta tesis, la discusión acerca de si la persona jurídica puede o no ser objeto de imputación en razón de su consistencia con una determinada construcción de las categorías dogmáticas individualistas u holísticas⁷⁸, o sea, si tiene un *soul to blame* o un *body to kick*⁷⁹. Lo realmente importante es determinar si la responsabilidad de las personas jurídicas exige un sistema de adscripción que, desde el punto de vista epistémico, establezca una exigencia *más allá de lo racional* para imponer sanciones; que, desde un punto de vista axiológico, favorezca siempre la opción de la inocencia por sobre la de la condena; y, finalmente, que refleje parámetros políticos–sociales cargados de civilidad y alteridad, que muestran su mayor brillo en la responsabilidad penal.

No es propiamente el Derecho penal, sino más bien la conminación de una pena (que puede ir desde la inhabilidad, la multa, la privación de libertad y, en algunos casos, la pérdida de la vida), sumado a la limitación de la libertad de actuar, lo que contribuye a conservar el orden social y las condiciones esenciales de una convivencia civil⁸⁰, y ello a un doble costo: por una parte, con la fijación de una pena que no sea conmensurable –en su sentido profundo y metafísico– a otras sanciones del sistema jurídico y, por la otra, que para imponer esa pena se deba cumplir con una alta exigencia de legitimación, todo lo cual refleja una compleja dialéctica entre el ejercicio del *ius puniendi* y el reconocimiento a valores fuertes de humanidad, como la civilidad y la alteridad.

⁷⁷ TIEDEMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, cit. p. 617. En el mismo sentido AFTALION, “Acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *La Ley*, Vol. n° 37 (1945), pp. 286 y ss.; MUCCIARELLI, *Le sanzioni interdittive temporanee nel D.lgs. n. 231/2001*, cit., p. 2498.

⁷⁸ En detalle, MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, cit., pp. 157 y ss.

⁷⁹ Se trata, como se sabe, del parafraseo a LORD THURLOW, quien criticando la responsabilidad penal de la persona jurídica preguntó: «*Did you ever expect a corporation to have a conscience, when it has no soul to be damned, and no body to be kicked?*». Al respecto véase COFFEE, “No soul to damn: No body to kick: An unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment”, en *Michigan Law Review*, Vol. n° 79 (1981), pp. 386-459. También, NEWBURN, *Criminology*, Abingdon, 3° ed, 2017, p. 424.; en la misma línea, KHANNA, “Corporate Criminal Liability: What Purpose Does It Serve?”, en *Harvard Law Review*, Vol. n° 109 (1996), pp. 1477 y ss; KREINER RAMIREZ, “The Science Fiction of Corporate Criminal Liability: Containing the Machine through the Corporate Death Penalty”, en *Arizona Law Review*, Vol. n° 47 (2005), pp. 933 y ss.

⁸⁰ ROMANO, “La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico”, en *Criminalia*, Vol. 2011, p. 35.

La pena en las personas jurídicas, de poder predicarse esa condición en la sanción de la empresa, salvo el efecto del estigma, que es un efecto desde ya complejo, carece de los atributos comunicativos sociales que tiene la pena de la persona humana, expresada como una censura o estigma respecto de sujeto perteneciente a una determinada comunidad (o más que eso, de una condición humana).

3. La contradicción entre generar grandes riesgos y proteger procesal penalmente a las personas jurídicas.

Es indiscutible que las empresas crean un gran riesgo para los bienes jurídicos y que presentan un problema político serio y, en concreto, una cuestión político–criminal de primera magnitud⁸¹. No obstante, una vez más, de ello no se deriva que la respuesta a tal riesgo o problema deba ser articulada desde el sistema penal y procesal penal. En este punto discrepo parcialmente –porque a esas alturas él no era partidario de una responsabilidad penal del ente– de FEIJÓO SÁNCHEZ, quien, frente al riesgo que representan las personas jurídicas, afirmaba que era preciso plantear maneras alternativas en que el Derecho penal podía hacer frente a tales riesgos⁸². No se deben necesariamente buscar alternativas *dentro* del Derecho penal para resolver los riesgos que generan las personas jurídicas⁸³, sino que hay que buscar alternativas *al* Derecho penal, que permitan enfrentar eficientemente tales desafíos, asegurando un adecuado equilibrio entre los derechos fundamentales de las personas y la eficacia preventiva y represivas del ordenamiento sancionador, tratándose de las empresas⁸⁴.

Por lo mismo, reconocer abusos cometidos en el ámbito económico, por la intervención en actividades ilícitas de un ente colectivo, no necesariamente *obliga a reaccionar al Derecho penal*, para adaptarlo a las personas jurídicas y evitar, así, su impunidad⁸⁵. Desde luego porque no parece muy razonable decir que la empresa va

⁸¹ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del Derecho penal contra las empresas*, Pamplona, 2002, p. 23.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Cuestión que, por lo demás, ha sido la argumentación usual de quienes buscan legitimar la intervención del Derecho penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa. Cfr. GÓMEZ-JARA Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, cit., p. 269.

⁸⁴ A este respecto, se sigue lo expuesto por SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, cit., *passim*.

⁸⁵ PEREZ MACHÍO, “Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI (Dir); DE LA MATA (Coord.), *Responsabilidad Penal de las*

quedar impune si la sanción que se le puede aplicar, en un proceso en que es más fácil hacerlo, tiene la misma calidad y cantidad que la pena del Derecho penal, salvo por la etiqueta (y sus posibles efectos estigmatizantes).

No se trata, desde luego, de establecer un sistema de justicia autoritario o arbitrario en la persecución y sanción de las personas jurídicas, muy por el contrario, la idea que se propone es un modelo que, no obstante su menor exigencia de corroboración epistémica (*rectius*: un menor estándar de prueba), sea legítimo para determinar la responsabilidad del ente, descansando en un proceso que cuente con mayores herramientas procedimentales y una mayor libertad probatoria. Significa, en concreto, un sistema que, aunque suene fuerte, se configure desde un equilibrio mayor entre las opciones de error, luego donde puedan haber más empresas inocentes condenadas, pero también más empresas culpables condenas.

Lo anterior porque, como lo ha destacado TARUFFO, existe una estricta relación de medio a fin entre lo que se podría llamar proceso y la decisión. La decisión del juez deriva y depende del proceso que la precede y la produce. La decisión es modelada y condicionada de muchos modos por el proceso⁸⁶. En este sentido, el proceso, con todo su entramado de principios, garantías y reglas, sirve principalmente para producir decisiones, al punto que su estructura puede ser diversamente modelada según las decisiones que se quieran obtener⁸⁷.

En el proceso penal, como no sucede en otras materias, la así llamada búsqueda de la verdad es sólo uno de los componentes –necesario, mas no suficiente– de la actividad adjudicativa. En el Derecho penal se genera una especial configuración balanceada con otros intereses necesarios del proceso, como por ejemplo la paz social (civilidad), la dignidad humana (alteridad), los costos y la estabilidad de las decisiones⁸⁸ que implican que no necesariamente la decisión *verdadera* sea la correcta. A eso se debe agregar, de manera más que destacada, el *imperativo moral* de prevenir la condena

personas jurídicas, Pamplona, 2013, p. 21; En el mismo sentido, DE LA CUESTA ARZAMENDI; PÉREZ MACHÍO, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las directrices comunitarias y su implementación por los Estados”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI (Dir); DE LA MATA (Coord.), *Responsabilidad Penal de las personas jurídicas*, Pamplona, 2013, pp. 129 y ss.

⁸⁶ TARUFFO, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, p. 157.

⁸⁷ *Ivi*, p. 158.

⁸⁸ DAMAŠKA, “Epistemology and legal regulation of proof”, en *Law, Probability and Risk*, Vol. n° 2 (2003), pp. 117 y ss. En términos similares TWINING, “Evidence and Legal Theory”, en *The Modern Law Review*, Vol. n° 47 (1984), p. 272.

de personas inocentes⁸⁹. Ello tiene como consecuencia que la regulación de las pruebas esté influenciada por razones epistémicas, contraepistémicas y extraepistémicas⁹⁰, que limitan o condicionan el acervo probatorio del adjudicador, dificultando la labor de imputación.

Por lo mismo, los distintos procesos (penales, administrativos y civiles) tienen distintas reglas epistémicas⁹¹, extraepistémicas⁹² y contraepistémicas⁹³. En el caso de las personas jurídicas, estimo, no existen razones para que respecto de ellas se apliquen las reglas propias de un proceso penal.

De hecho, la estructura del sistema de justicia criminal, sus principios y garantías procesales, ciertamente permite que algunos *fácticamente culpables*, es decir, que cometieron efectivamente el delito, escapen de la condena, lo que aumenta indirectamente los incentivos de otros eventuales infractores a cometer delitos⁹⁴, pero sobre todo, genera un impacto de impunidad en las víctimas. Si se considera que el Derecho penal tiene por misión proteger los bienes jurídicos más importantes, el anterior *trade-off* sería discutible respecto de un ente que básicamente tiene un *ethos* económico y que no necesariamente comparte los valores fundamentales humanos, y menos que va reconocer –porque no reconoce– a la víctima como un *alter ego moral*⁹⁵. La sociedad debiese diseñar políticas para reducir las conductas calificadas como delito, no incentivarlas, siquiera indirectamente. La respuesta del penalista, sin embargo, no se dejaría esperar: *¿es la pena pues hombre, es la gravedad de la pena, la dignidad, la civilidad, la libertad, todo ello está en juego!* Una respuesta clara y convincente. ¿Pero, y respecto de la persona jurídica?

Por lo demás, este es un buen lugar para destacar una cuestión que suele pasar desapercibida en la literatura continental. Un estándar de prueba alto, como el de la

⁸⁹ Sobre la condena de los inocentes, y el fenómeno que en USA se ha dado en llamar el *inocentrismo* vid, CASTILLO, “Enjuiciando al proceso penal chileno desde el inocentrismo (algunos apuntes sobre la necesidad de tomarse en serio a los inocentes).” en *Política Criminal*, Vol. n°8 (2013), pp. 249 y ss.

⁹⁰ DAMAŠKA, *Epistemology and legal regulation of proof*, cit. pp.117 y ss.

⁹¹ TARUFFO, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, 2010, pp. 155 y ss.

⁹² VERA SÁNCHEZ, “¿Por qué es importante que la Corte Penal Internacional condene más allá de toda duda razonable?”, en *ACDI*, Vol. n° 11 (2018), pp. 101-130.

⁹³ TARUFFO, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., pp. 156 y ss.

⁹⁴ HYLTON; KHANNA, “A Public Choice Theory of Criminal Procedure”, en *Supreme Court Economic Review*, vol. n° 15 (2007), p. 61.

⁹⁵ *Ibidem*.

duda razonable, no tiene solo un impacto epistémico en la decisión del tribunal, en el juicio, en el acto de dar por probada una preposición (v.gr. la empresa *x* cometió el delito de soborno en el funcionario *y*), sino que ella es un perfume, un haz de luz, que impregna y alumbra todos los momentos y etapas del proceso, desde el inicio de la investigación hasta el juicio, y que permite ir midiendo, en cada una de ellas, la fortaleza o debilidad de la imputación, y por lo mismo su posibilidad de éxito. Luego, el estándar de la duda razonable, primero, hace más difíciles las condenas y, segundo, no se expresa únicamente en el resultado de las condenas y/o absoluciones en el juicio, sino que incluso en el avance y desestimación de los procesos. Pensar lo contrario es una mera ingenuidad.

Capítulo II

El Estándar de la Duda Razonable y la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.

Sumario: 1. Introducción. – 2. Algunas precisiones normativas: la relación entre el estándar de la duda razonable y la presunción de inocencia (y la sub especie *in dubio pro reo*). – 2.1. La presunción de inocencia y el estándar *bard*. – 2.1.1 El *in dubio pro reo* y la duda razonable, más semejanzas que diferencias. – 2.2. La tríada que conforma la seguridad moral. – 3. La verdad y la duda razonable. Una relación de necesidad, no de suficiencia. – 4. La verdad de los hechos como límite necesario mas no suficiente en la condena penal. ¿No bastaría solo la verdad para las personas jurídicas? – 5. El estándar *bard*. Algo más que la verdad como exigencia para atribuir responsabilidad penal. – 5.1. Volviendo al inicio. No es lo mismo condenar a un inocente (persona natural) que absolver a un culpable (persona natural). – 5.2. Algunas referencias históricas y comparadas del estándar *Bard*. – 5.3. El estándar *bard*. Un regla de protección deontológica diseñada para las personas naturales. – 5.4. El estándar *bard*. Un regla de protección de nuestra civilidad. – 6. La duda razonable desde la perspectiva político criminal. ¿Un estándar muy alto para las personas jurídicas? – 7. El estándar más allá de toda duda razonable en el proceso penal en contra de los entes morales. El caso de Chile, España e Italia. – 7.1. El rol del estándar *bard* en la Ley 20.393, sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. – 7.2 El rol del estándar *bard* en España, en especial en referencia a la imputación de los entes morales. 7.3. El *bard* y el D.lgs 231, la imputación de la empresa en Italia.

1. Introducción.

El objetivo de este capítulo es abordar las particularidades del estándar de prueba *más allá de toda duda razonable*, para luego ver su compatibilidad con la imputación penal de los entes morales. La tesis que acá se empieza a construir es que el estándar *bard* no solamente desempeña un rol como baremo (o *quantum*) de prueba, en el proceso de adjudicación penal, sino que posee, además, una relevancia trascendental en el sistema penal –en el Derecho penal y en la política criminal– por sus exigencias

epistémicas (*verdad*), axiológicas (*distribución de error a favor de la absolución*) y político–sociales (*civilidad*), en especial como límite deontológico que protege a los ciudadanos –a la *dignidad y libertad humana*– de las pulsiones consecuencialistas del Estado⁹⁶, pero que también nos debemos los *unos* a los *otros*⁹⁷, y no a las empresas, en un contexto que justifique y legitime el castigo penal⁹⁸.

Para aclarar desde ya el punto, en razón de que ésta no es una tesis procesal, cuando nos referimos al estándar de prueba hacemos mención al baremo de corroboración de una hipótesis fáctica para justificar que ella se dé por probada, y que por ende le permite al juez considerar como verdadera una proposición del tipo: «está probado que *Tizio* (*encargado de licitaciones de la empresa Ypsilon*) sobornó a *Caio* (un funcionario público) *ofreciéndole* una suma de dinero para adjudicarle a *Ypsilon* una licitación, respecto de la cual tenía un evidente interés. Está probado, además, que el modelo de prevención de delitos de *Ypsilon* resultó insuficiente e inadecuado porque en el *risk assesment* que se realizó al momento de generar el *compliance program* no se identificó –ni se hizo después– el riesgo en el rol institucional de *Tizio*, y luego no se definió en el Modelo una forma adecuada de prevenir las conductas de soborno de dicho trabajador».

En el caso del estándar más allá de toda duda razonable, y sin perjuicio de lo que luego se dirá, es posible despojarlo de su vertiente subjetiva –que es su principal

⁹⁶ KITAI, “Protecting the Guilty”, en *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. n° 6 (2003), p. 1164; STEIN, *Foundations of Evidence Law*, Oxford, 2005, pp. 172; DUFF ET AL., *The Trial on Trial. Vol. III. Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, Oxford, 2007, p. 89.

⁹⁷ SCANLON, *What We Owe to Each Other*, Harvard University Press, 1998, en especial el capítulo 4. En similar sentido, UNDERWOOD, quien precisa que: «la función simbólica de la regla de la duda razonable podría ser importante no solo por su posible efecto en el comportamiento criminógeno, sino más bien por su afirmación respecto de un *propósito moral compartido*. Puede considerarse valioso hacer un *compromiso público* con el principio de proteger a las personas contra la facultad del Estado de condenar [a otro]». UNDERWOOD, “The Thumb on the Scales of Justice: Burdens of Persuasion in Criminal Cases”, en *Yale Law Journal*, Vol. n° 86 (1977), p. 1308. Para una reconstrucción histórica respecto del origen de la expresión “*Beyond any reasonable doubt*”, vid. WHITMAN, *The Origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial*, cit., *passim*; ID, “The Origins of ‘Reasonable Doubt’”, en *Faculty Scholarship Series*, 2005, *passim*. Desde otra perspectiva, SHAPIRO, ‘*Beyond Reasonable Doubt and ‘Probable Cause’: Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence*, California, 1991.

⁹⁸ No tengo dudas que el estándar *bard* es trascendental en el sistema de justicia criminal. Ahora no me atrevería a decir, con FITZGERALD, que «ninguna norma en el derecho penal tiene la importancia que aquella que exige al acusador acreditar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable». Cfr. FITZGERALD, *Criminal Law and Punishment*, Oxford, 1962, p. 192.

crítica⁹⁹– y dotarlo de un parámetro objetivo, que permita mantener el valor ético y político–social que ya hemos dicho tiene¹⁰⁰. En ese sentido, siguiendo a ACCATINO, quien ha demostrado, creo con éxito, proponer una interpretación más objetiva, y que acá se acoge, el estándar *bard* supone la exigencia a «la *parte acusadora* de aportar prueba capaz de eliminar o refutar *cualquier hipótesis alternativa* sobre las circunstancias de hecho del caso que resulte compatible con la inocencia del acusado»¹⁰¹. En otros términos, en el proceso inferencial propio del análisis y la corroboración de la prueba el juez debe verificar, previo a dar por probado el supuesto fáctico de la acusación, que no existe *alguna hipótesis* –probada o no– que *sea compatible razonablemente* con la inocencia del imputado, y si la hay ella debe ser eliminada o refutada, o de lo contrario debe reafirmar la presunción de inocencia y absolver¹⁰². Se trata, en consecuencia, de un estándar exigente¹⁰³.

Como ha indicado FERRER, fijar el umbral a partir del cual el nivel de corroboración es suficiente para dar por probado «*p*» supone tomar una decisión sobre el reparto del riesgo de error en las decisiones, en términos de favorecer o no un determinado resultado. Se trata, entonces, de una opción axiológica y político–social, más que solo epistémica. Para ello es necesario, pues, que se pronuncie la política¹⁰⁴.

Por lo mismo, lo adelanto acá, no hay nada ontológico, ni nada escrito en una piedra, que obligue a tener un estándar como el de la duda razonable, pero ello no es

⁹⁹ No desconozco que el estándar *bard* ha sido objeto de fuertes críticas por su carácter subjetivista –que de alguna manera se relaciona con su origen en el *common law* y la aplicación en el jurado, que no motiva su sentencia–, pero ello no es relevante para la tesis que acá se defiende, que busca más bien defender el carácter axiológico y político-social de un estándar como ese, que cumpla un rol determinante en materia penal, sustancialmente distinto al de otras áreas del derecho. Crítico al estándar, LAUDAN, “Is Reasonable Doubt Reasonable?”, en *Legal Theory*, Vol. n° 9 (2003), *passim*; LAUDAN, *Truth, Error, and Criminal Law*, cit., pp. 29 y ss.; Parcialmente crítico FERRER BELTRÁN, “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana”, en ACCATINO (Coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, AbeledoPerrot, 2010, pp. 17 y ss.

¹⁰⁰ TARUFFO, “Tres observaciones sobre ‘por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar’, de Larry Laudan”, en *Doxa*, Vol. n° 28 (2005), pp.115 ss.; TARUFFO, *Conocimiento Científico*, cit., pp. 87 ss.

¹⁰¹ ACCATINO, “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. N° XXXVII (2011), p. 509. En Italia tiene una posición similar PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, 2° ed., Giappichelli, 2009, p. 278, y también ZACCARIA, “Il principio della colpevolezza ‘al di là di ogni ragionevole dubbio’”, en *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto*, Anno III; p. 506.

¹⁰² En ese contexto, en el plano epistémico, se trata de un modelo que adhiere a una concepción probabilística del juicio del hecho y la concreción de un modelo cercano al falsacionismo del conocimiento. Cfr. CATALANO, *Ragionevole dubbio*, cit., p. 4.

¹⁰³ Desde luego eso no quiere decir que, en la práctica, el estándar se aplique así y los jueces decidan condenar con un estándar más bajo u absolver con un estándar más alto.

¹⁰⁴ FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, 2007. p. 81.

óbice para que uno pueda construir un argumento deontológico que implique que en materia penal el estándar de prueba sea el de la duda razonable u otro similar, que deba exhibir una preferencia declarada por la absolución de los inocentes a pesar que ello implique que *varios* culpables quedarán libres. Ello no solo tiene un valor axiológico y deontológico, de respeto a la dignidad, sino también de civilidad, en cuanto expresa una regla de cautela comunitaria de evitar tratar al otro como un «delincuente», sin que tengamos una alta certeza de que ha infringido la norma de conducta. Pero también tiene un valor en cuanto al sentido de responsabilidad y alteridad en la *pena*, en el sentido que para poder decirle a *otro*, a quien reconozco como un *alter ego moral*, que ha defraudado las expectativas que la comunidad tenía en él, se debe estar muy seguro. Explicar eso, convencer de eso, y ver sus implicancias en el Derecho penal, y en la imputación de las personas jurídicas, es el sentido del capítulo, y de la investigación.

Sin embargo, antes de eso tenemos que iniciar con una pequeña clarificación conceptual que suele ser olvidada en la literatura continental, a saber, la diferencia entre el estándar *bard* y la presunción de inocencia (junto a la sub especie *in dubio pro reo*). Porque a pesar que conforman una triada de protección relevante del ciudadano, conviene no confundirlas. Por lo mismo, y sin perjuicio que, como se verá, alguna doctrina prefiere diferencia la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, para los efectos de esta investigación lo trataremos como un aspecto dentro de la presunción de inocencia.

2. Algunas precisiones normativas: la relación entre el estándar de la duda razonable y la presunción de inocencia (y la sub especie *in dubio pro reo*).

No obstante la relevancia histórica y práctica que sigue exhibiendo la *presunción de inocencia* (como la sub especie *in dubio pro reo*), el estándar *bard* juega –en los contornos– un papel fundamental en un sistema penal racionalista moderno y humanista¹⁰⁵. En particular, el estándar *bard* exhibe dos principales características: (a)

¹⁰⁵ Uso la expresión «moderno» explícitamente para diferenciar este racionalismo de aquel que se generó durante el periodo en que surge la concepción de la prueba legal o tasada, en especial con sus intentos de ofrecer una estructura lógica y matemática formal a la valoración de la prueba. Cfr. TARUFFO, *La Prueba*, Marcial Pons, 2008, p. 134.

una alta exigencia de corroboración (epistémica)¹⁰⁶; y, (b) producto de lo anterior, una *especial distribución de los errores en la adjudicación*, en términos que los riesgos de error se distribuyen de una manera particularmente desbalanceada, al punto de favorecer sistemáticamente una preferencia por sobre otra, a saber, la de no condenar a un inocente a riesgo de dejar libre varios culpables. La pregunta que interesa ahora resolver es por qué, como sociedad, estamos dispuestos a asumir un estándar como el *bard*, que implica altos costos sociales a fin de no equivocarnos y condenar a un inocente¹⁰⁷. Y la respuesta es más o menos sencilla, por el reclamo *veritativo* que está en la base del Derecho penal –v.gr. principio de legalidad penal¹⁰⁸, culpabilidad y retribución o *merecimiento*–, y como protección de ciertas cualidades o atributos humanos que condicionan también la vida en sociedad, como la dignidad, la autonomía y la libertad.

Con todo, y como hemos dicho, a veces la literatura confunde estos conceptos. Quizás esto se exprese mejor en las palabras de CANZIO, quien al respecto señala que «las claves de lectura del jurista continental tiende, por el contrario, a valorizar la fascinante, aunque ambigua, fórmula del ‘más allá de toda duda razonable’, haciéndola coexistir, junto con la regla ‘*in dubio pro reo*’, con el tradicional corolario de la presunción de inocencia y de la exclusiva carga de la prueba a cargo de la acusación,

¹⁰⁶ En España, esta característica ha sido cubierta con el *estándar mínima actividad probatoria*, que fue consagrado por la STC 31/1981, de 28 de julio. Sobre este estándar, MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1997, p 124, para quien desvirtuar la *presunción de inocencia* supone: a) toda condena que se dicte en el proceso penal debe ir precedida de una *mínima actividad probatoria*, de manera que sin esa actividad se vulneraría el derecho a la presunción de inocencia; b) la *mínima actividad probatoria* supone el respeto de las garantías procesales y los derechos fundamentales; c) debe ser una actividad de prueba de cargo del acusador; y d) la *mínima actividad probatoria* debe presentarse en el juicio oral. La verdad es que la sola expresión *mínima actividad* merece censura, porque uno esperaría que la regla fuera la inversa, una máxima actividad probatoria. Sin embargo, la principal crítica que uno puede hacer es que en verdad –y lo que no es raro en el sistema español– tampoco se trata de un estándar de prueba, no le dice al juez el baremos que debe dar por satisfecho. Sobre esto, críticos, vid. FERRER BELTRÁN, *Motivación y racionalidad*, cit., p. 256 y ss; LLUCH, “La dosis de prueba: entre el common law y el civil law”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Vol. n° 35 (2012), p. 196.

¹⁰⁷ Por todos, EPPS, “The Consequences of Error In Criminal Justice”, en *Harvard Law Review*, Vol. n° 128 (2015), pp. 1065 y ss. En el caso de las personas jurídicas, como dice BYAM, esto puede implicar un sistema ineficaz en la aplicación de la ley, lo que aumenta el costo social de los delitos. Los delitos de las empresas imponen dos costos sociales: el costo de reducir el número de delitos a un cierto nivel, y el costo –de la sociedad– de soportar ese nivel de delitos. Un sistema eficaz de aplicación de la ley, por su parte, minimiza el *costo de la prevención del delito* y el costo que los delitos cometidos imponen a la sociedad. Vid. BYAM, “The Economic Inefficiency of Corporate Criminal Liability”, en *Journal of Criminal Law and Criminology*, p. 588.

¹⁰⁸ Sobre el estándar de la duda razonable y el principio de legalidad, como la veta olvidada de la jurisprudencia norteamericana, vid. DRIPSS, “The Constitutional Status of the Reasonable Doubt Rule”, en *California Law Review*, Vol. n° 75, pp. 1665 y ss., especialmente el capítulo II «*Winship Revisited: The Reasonable Doubt Rule and the Legality Principle*»

con la obligación de motivar la sentencia, *desplazando la reflexión sobre la función cognitiva y “aletica” del proceso y sobre los perfiles lógico–epistémicos de la prueba y de la decisión*»¹⁰⁹. Similar complejidad advierte DAMAŠKA, para quien las «etiquetas cambian: los *continentales* hablan de la máxima *in dubio pro reo*, mientras que los abogados del *common law* hablan de exigir pruebas ‘*más allá de una duda razonable*’»¹¹⁰. Sin embargo, agrega, las «consecuencias de la norma se perciben de manera diferente, especialmente a medida que uno se centra más en los detalles. Sin embargo, el núcleo de la norma, la idea de que se debe conceder al acusado el beneficio de la duda fáctica, parece un axioma de justicia penal compartido *por casi todas las jurisdicciones contemporáneas*». Con todo, agrega, los problemas aparecen, de manera perturbadora, si se entra al estudio del significado actual y del carácter preciso de las ‘dudas’, que deben ser resueltas a favor del imputado¹¹¹.

Revisemos, entonces, las diferencias entre cada uno de ellos.

2.1 La presunción de inocencia y el estándar *bard*.

En su oportunidad, el *justice* BRENNAN –de la Corte Suprema de los Estados Unidos– en la sentencia pivote del estándar *bard*, señaló que su aplicación y la imposición del *burden of persuasion (in dubio pro reo)* sobre la acusación constituyen los pilares de la garantía constitucional conocida como *reasonable doubt rule*, que –vale la pena no olvidarlo– da aplicación concreta al principio fundamental de la *presunción de inocencia*¹¹². Pero, debemos agregar, no es solo eso, el estándar de la duda razonable también descansa en una concepción axiológica y político social en la cual no cabe

¹⁰⁹ CANZIO, “Opinioni a confronto. Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell’oltre ogni ragionevole dubbio)”, en *Criminalia*, 2009, p. 305 (destacado agregado). CANZIO, “L’oltre il ragionevole dubbio’ come regola probatoria e di giudizio nel processo penale”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2004, p. 303.

¹¹⁰ DAMAŠKA, “Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study” en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. N° 121 (1973), p. 541.

¹¹¹ *Ivi*, p. 542.

¹¹² Sentencia *In re Winship* de la Corte Suprema de Estados Unidos. Sobre el rol de la presunción de inocencia en la literatura americana y, en especial, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, *vid.* LAUDAN, *Truth, Error, and Criminal Law*, cit., p. 89 y ss.

hablar de compromisos o compensaciones tratándose de los derechos fundamentales de los acusados¹¹³.

Si bien, como hemos dicho, la duda razonable es distinta a la presunción de inocencia, no cabe duda que este último constituyó un enorme avance en el pensamiento jurídico y político que tuvo como momento culmine la Ilustración, y de ahí hasta nuestros días¹¹⁴. Basta, para ello, recordar, como lo hace PISANI, que dentro de los aspectos procesales abordados por BECCARIA, desde su mirada cercana al principio de humanidad destacó, además de la tortura, su permanente preocupación porque la persona no fuese degradada al rango de una “cosa”, siendo especialmente relevante para ello la presunción de inocencia¹¹⁵.

Y en parte eso explica también que la formulación de la presunción de inocencia haya sido coetánea a la inquisición, porque –como bien lo anuncia FLETCHER– no nos gusta reconocer, pues plantea serias cuestiones morales, el hecho que no sea racionalmente posible eliminar por completo el riesgo de condenar a un inocente en un proceso penal¹¹⁶. Eso es verdad, y debe dejarse expresamente claro desde ya: en todo proceso penal siempre va existir, no solo el riesgo, sino la certeza, que de tanto en tanto condenaremos a un inocente. La pregunta es: ¿cuán grande es el riesgo permitido?¹¹⁷

¹¹³ Le asignaba al *bard*, en este sentido, un rol político mucho más relevante que a la presunción de inocencia, en el *common law*, THAYER, *A Preliminary Treatise of Evidence at the Common Law*, Boston, 1898, p. 554, cuando señalaba «creo que se encontrará que, en la práctica inglesa, hasta nuestros días, la presunción de inocencia excepto como sinónimo del principio general incorporado en esa frase total -que expresa el estándar sobre una duda razonable, es decir, que el acusado debe ser considerado culpable, y ello más allá de una duda razonable- desempeña un papel muy pequeño». Desde luego eso ha ido cambiando y la presunción de inocencia ha adquirido un rol cada vez más fuerte, pero el estándar *bard* mantiene un contenido político muy fuerte. Al respecto vid. FLETCHER, “Two Kinds of Legal Rules: A Comparative Study of Burden-of-Persuasion Practices in Criminal Cases”, en *The Yale Law Journal*, Vol. n° 77, (1967), pp. 880 y ss.

¹¹⁴ Para un acucioso repaso histórico de la presunción de inocencia Vid. MONTAÑÉS PARDO, *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Pamplona, 1999, pp. 29 y ss.; ROMERO ARIAS, *La presunción de inocencia: estudio de algunas de las consecuencias de la constitucionalización de este derecho fundamental*, Pamplona, 1985, p. 17 y ss; también ANDRÉS IBÁÑEZ, “Presunción de inocencia y prisión sin condena”, en ID. (Dir.) *Detención y prisión provisional*, Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 20 y s.

¹¹⁵ PISANI, “Cesare Beccaria e il Principio di Umanità”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2011, p. 412.

¹¹⁶ FLETCHER, *Gramática del Derecho penal*, Buenos Aires, 2008, p. 38, citando a RUSSELL, “Deterring Retributivism: The Injustice of 'Just' Punishment”, en *Northwestern University Law Review*, Vol. N° 96 (2002), pp. 843 y ss.

¹¹⁷ COLEMAN; SHAPIRO, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, 2002, p. 820. Según ellos «el estándar de prueba impuesta al Estado para acreditar la culpabilidad [responsabilidad] del acusado afectará a cuántas personas inocentes (o culpables de un delito menor que el acusado) serán castigadas más de lo que merecen».

Quizás la respuesta está en ROXIN, ARZT y TIEDEMANN, para quienes con la presunción de inocencia «sigue el Derecho procesal penal el viejo principio liberal de que es mejor no castigar a cien culpables que condenar a un inocente»¹¹⁸. Sobre esta afirmación dos cosas, la sola presunción de inocencia no logra ese efecto ni tampoco, en serio, uno se puede imaginar que los autores estén dispuestos a asumir el costo de la *ratio* 1/100, y por lo mismo creo que es más bien una expresión simbólica.

La presunción de inocencia, siguiendo a LIPPKE, es «parte de una estrategia compleja de *seguridad moral* necesaria para la imposición de un castigo legal [una pena]», compuesta, además, por la carga de la prueba y la duda razonable¹¹⁹. La literatura reciente, en general la anglosajona, suele mirar la presunción de inocencia desde dos perspectivas: como una regla de que se debe presumir al acusado como inocente y que es la acusación la que tiene el *onus probandi* respecto de la culpabilidad del acusado, más allá de toda duda razonable¹²⁰; o, bien, como una regla que regula la forma en que el Estado debería tratar a sus *ciudadanos* no solo en el juicio y pensando en la prueba, sino en diversas etapas del proceso, antes y después del juicio. HO, por ejemplo, lo considera parte del debido proceso así: «*la presunción es el derecho general al debido proceso*» y, básicamente, como un derecho humano¹²¹; un principio de justicia, imparcialidad y respeto a la autonomía¹²²; y finalmente *à la DUFF*, es decir no solo aplicable a los integrantes del *enforcement del Estado*, sino que en relación con todos nosotros, en lo que él ha llamado la presunción de inocencia cívica, que se expresa en la confianza cívica que nos debemos los unos a los otros (conciudadanos)¹²³.

En el derecho continental, en cambio, la discusión respecto de la presunción de inocencia suele estar vinculada a la comprensión de la misma como una «una regla de trato», muy en la línea del debate anglosajón ya mencionado, pero en versión

¹¹⁸ ROXIN; ARZT; TIEDEMANN, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, Buenos Aires, 1989, p. 139.

¹¹⁹ LIPPKE, “The Prosecutor and the Presumption of Innocence” en *Criminal Law and Philosophy*, 2013, *passim*.

¹²⁰ WEIGEND, “There is Only One Presumption of Innocence”, en *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, Vol. n° 42 (2013), p. 196. Su postura es explícitamente crítica a la de DUFF.

¹²¹ HO, “The Presumption of Innocence as a Human Right”, en Roberts; Hunter (Eds.) *Criminal Evidence and Human Rights. Reimagining Common Law Procedural Traditions*, Oxford, 2012, pp. 259 y ss.

¹²² ASHWORTH, “Four Threats to the Presumption of Innocence”, en *International Journal of Evidence and Proof*, Vol. n° 10 (2006), pp. 241 y ss.

¹²³ DUFF, “Who Must Presume Whom to Be Innocent of What?”, en *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, Vol. n° 42 (2013), pp. 170 y ss.

restringida, y como «regla de prueba», la que a su vez se distinguiría en un subgrupo: «regla de *onus probandi* o propiamente regla de prueba» y «regla de juicio».

La regla de prueba propiamente tal se relaciona con la función probatoria del proceso y, al igual que como sucede con otras presunciones, implicaría una «inversión de la carga de la prueba» correspondiéndole a la parte acusadora destruir el estado de inocencia del acusado¹²⁴. Conviene, a este respecto, recordar la sentencia 31/1981 del Tribunal Constitucional Español, que al respecto afirmó que para desvirtuar la presunción de inocencia era necesario un procedimiento con una *mínima actividad probatoria*; que pueda entenderse de cargo; suministrada por la acusación, pues es al ente acusador al que le corresponde la carga de la prueba; practicada en el contexto de un juicio oral; y que haya sido obtenida respetando todas las garantías constitucionales y legales¹²⁵.

Por último, la presunción de inocencia, como regla de juicio, se identifica al momento de la decisión, en especial en aquellos supuestos en los que el juez no ha alcanzado el convencimiento suficiente para dictar una resolución, ni en sentido absolutorio ni en sentido condenatorio, esto es, cuando se encuentra en un estado de duda irresoluble. En esos casos, la presunción de inocencia aparece como una regla de clausura del proceso para evitar el *non liquet*¹²⁶. El rol de la regla de juicio, entonces, asume tras la valoración de la prueba practicada con todas las garantías y solo si el resultado de la prueba no es concluyente y, por tanto, impide que el juez dicte su sentencia. La duda, en un caso como ese, debe resolverse a favor del acusado por aplicación de la presunción de inocencia. La aplicación de este derecho como regla de juicio obedece a una situación de duda razonable acerca de la culpabilidad¹²⁷. La presunción de inocencia como regla de juicio, nos dice TARUFFO, impone al juez la

¹²⁴ VALENZUELA SALDÍAS, *Hechos, Pena y Proceso. Ensayo sobre racionalidad y prueba en el derecho procesal penal chileno*, Rubicón, 2017, p. 89 y s.

¹²⁵ Al respecto *vid.* ALCÁCER, “El silencio de los coimputados”, en *Diario La Ley*, 2012, pp. 1 y ss.; CAAMAÑO, *La garantía constitucional de la inocencia*, Valencia, 2003, pp. 219 y ss.; BACIGALUPO, “Presunción de inocencia, «in dubio pro reo» y recurso de casación”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, pp. 367 y ss., quien además reconoce en esa sentencia el reconocimiento jurisprudencial del *in dubio pro reo*.

¹²⁶ Vincula la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*, con el *non liquet*, STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3° ed., Milano, 2003, p. 144.

¹²⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid, 2005, pp. 206 y ss. Comparten la posición en la dogmática italiana, *vid.* PAULESU, *La presunzione*, *cit.*, pp. 182 ss.; UBERTIS, “Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)”, en *Argomenti di procedura penale*, III, Milano, 2011, p. 178 y s.

obligación de resolver *pro reo* la eventual duda que subsista cuando todas las pruebas hayan sido tenidas en cuenta, lo que introduce una distorsión estructural en el criterio de decisión¹²⁸.

Con los matices ya indicados, podemos decir –al menos– que la presunción de inocencia no posee un carácter epistémico, sino que se trata de un principio relacionado con la forma en que se debe considerar al imputado: como inocente; o bien con la manera en que debe resolverse un estado de duda en el juicio, esto es, a favor de la inocencia del imputado, pero no le entrega al juez una clave de interpretación corroborativa que le dé claridad de cuándo ha de tener por suficiente un determinado acervo probatorio. Desde esta perspectiva, la presunción de inocencia se orienta hacia el adjudicador, quien debe considerar al acusado como si respecto de él nada se hubiese probado, por el solo hecho de haber sido acusado de un delito, mientras el estándar *bard* le entrega un baremo de quantum de prueba, o de corroboración de la misma, para poder dar por probado un hecho, se trata de un nivel mucho más estricto¹²⁹.

Por consiguiente, es perfectamente posible –mas no deseable– concebir un sistema que al mismo tiempo reconozca la presunción de inocencia respecto del imputado y que establezca un estándar menos exigente que el de la duda razonable, a saber, el de preponderancia de la evidencia (en adelante PdE) o el de evidencia clara y convincente (ECC). La presunción de inocencia, en lo que acá importa, no cumple un rol relevante en la distribución de errores¹³⁰. Luego, no hay necesariamente una correlación definida e inmutable entre la presunción de inocencia y la obligación del Estado de probar la responsabilidad de una persona conforme al estándar *bard*, pudiéndose fijar un quantum de prueba más bajo sin con ello lesionar la presunción de inocencia, otra cosa es que ello sea compatible con el Derecho penal¹³¹. Y desde luego

¹²⁸ TARUFFO, “Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba”, en ID., *La Prueba, Artículos y Conferencias*, Metropolitana, p. 36.

¹²⁹ LAUDAN, *Truth, Error, and Criminal Law*, cit., p. 94; LIPPKE, “Punishing the Guilty, not Punishing the Innocent”, en BROOKS (Ed.), *Law and Legal Theory*, Brill, 2014, p. 271.

¹³⁰ En el mismo sentido STEWART, “Concern and Respect in Procedural Law”, en WALUCHOW; SCIARAFFA, *The Legacy of Ronald Dworkin*, Oxford, 2016, p. 387, para quien «mientras que el derecho a la presunción de inocencia no es un mecanismo para distribuir el riesgo de error, puede ser que el estándar de prueba más allá de toda duda razonable sea parte de dicho mecanismo». De hecho es tan así que, en el common law, la presunción de inocencia primero apareció en los juicios civiles, en el sentido que quien demandaba tenía que probar. Vid. FLETCHER, *Two Kinds of Legal Rules*, cit., p. 880.

¹³¹ CHIESA APONTE, *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Vol. II, Bogotá, 1995, p. 50.

esa compatibilidad, en mi opinión, hay que verla en un sentido: *¿está usted dispuesto, aunque sea en delitos menores, a decir que le da lo mismo condenar más inocentes?*

Siguiendo a TARUFFO, y sin perjuicio de lo que se dirá *infra*, entiendo por el estándar PdE aquel en virtud del cual el «juez debe elegir la hipótesis fáctica que haya recibido el sustento relativamente mayor, respecto de cualquier otra hipótesis», mientras que por una ECC se entiende un estándar más alto que el de la PdE pero más bajo que el de *bard*¹³². En la literatura anglosajona, donde los estándares de prueba se vinculan fuertemente con la lógica o probabilidad (estadística) bayesiana, se suele decir que el baremo *bard* es cercano al 0.9 o 0.95 (90% o 95%), la ECC cerca de un 0.75 (75%) y la PdE un 0.5 (50%)¹³³.

En resumen, la presunción de inocencia, en lo que acá importa, no cumple un rol determinante ni epistémico ni como herramienta que permita distribuir los errores de una manera axiológicamente relevante, luego –en principio– podría convivir pacíficamente con cualquiera de los tres estándares de prueba *supra* anunciados. Pero su relevancia, que es enorme, se expresa como portador de valores generales de una moral política, y en ello se relaciona indudablemente con la duda razonable. Además, la presunción de inocencia puede considerarse como parte de lo que NANCE, lucidamente, ha denominado el "*principio de civilidad en el estándar de prueba*"¹³⁴, demostrando nuestro compromiso con un sentido de comunidad y respeto por los demás miembros que comparten nuestro *ethos*. De hecho si consideramos, como hoy suele ser un *locus communis*, la dimensión comunicativa del proceso penal y la pena, entonces resulta sencillo, como ella lo destaca, ver el componente expresivo de los derechos constituyentes de tal presunción, que devienen funcionales a la finalidad deontológica que subyace a esto¹³⁵. Así, podemos considerar la presunción de inocencia –y más aún

¹³² TARUFFO, *Simplemente la verdad*, cit, p. 249

¹³³ PARDO, "The Paradoxes of Legal Proof: a Critical Guide", en *Boston University Law Review*, Vol. 99 (2019), p. 246; KOLBER, "Punishment and Moral Risk", en *University of Illinois Law Review*, 2018, pp. 487 y ss; HOROWITZ, "Reasonable Doubt Instructions. Commonsense Justice and Standard of Proof", en *Psychology, Public Policy, and Law*, Vol. n° 3 (1997), pp. 285 y ss, interesante porque muestra como los jueces en las instrucciones han variado esos porcentajes (en percentiles mínimos) en infinidad de veces.

¹³⁴ NANCE, "Civility and the Burden of Proof", en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. N° 17 (1994), p. 647.

¹³⁵ *Ivi.* p. 648.

el estándar *bard-* como un instrumento no sólo dirigido al adjudicador penal, sino a toda la ciudadanía¹³⁶.

2.2.1. El *in dubio pro reo* y la duda razonable, más semejanzas que diferencias.

Por otra parte, el *in dubio pro reo* –en la duda debes decidir a favor del imputado¹³⁷–, constituye una máxima –dentro de la presunción de inocencia– de enorme relevancia en el sistema penal en su conjunto, aunque suele confundirse o incluso asimilarse con el estándar de la duda razonable –y diferenciarse de la presunción de inocencia¹³⁸. Así lo entienden, por ejemplo, CUMIZ y DEI VECCHI cuando señalan que «han de mencionarse aquellas expresivas de principios como la presunción de inocencia, la cual suele reconducirse al *in dubio pro reo*, o la conocida como prueba ‘más allá de toda duda razonable’»¹³⁹. O lo sostenido por KLUG, para quien «cabe recordar aquí el principio dominante en el derecho procesal penal: ‘*in dubio pro reo*’ que, como es sabido, incluye la directiva dirigida al juez en el sentido de que, en caso de duda, tiene que decidir en favor del acusado. Mientras no se demuestre ante el tribunal la culpa del acusado, éste tiene que ser absuelto a pesar de que existan fuertes sospechas en su contra. Que esta máxima del derecho procesal es una consecuencia de la suposición inicial y de la suposición de libertad lo demuestra el hecho de que manifiestamente se basa en la idea de que es *mejor absolver a un culpable que condenar a un inocente*»¹⁴⁰.

¹³⁶ CAMPBELL, “Criminal Labels, the European Convention on Human Rights and the Presumption of Innocence”, en *The Modern Law Review*, Vol. N° 76 (2013), p. 690.

¹³⁷ Clásica es la referencia a ULPiano, quien señaló que: «*Sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus Traianus Adsidio Severo rescripsit: satius enim esse impunitum delinqui /acinus nocentis quam innocentem damnare*».

¹³⁸ Consideran sinónimos –actualizaciones lingüísticas, en palabras de STELLA– el *in dubio pro reo* y el estándar de la duda razonable; UBERTIS, *Argomenti di Procedura penale*, III, Milano, 2011, p. 178; STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 522. Lo relacionan, también en la literatura anglosajona LANGBEIN, “Historical Foundations of the Law of Evidence: The View from the Ryder Sources”, *Columbia Law Review*, Vol. n° 96 (1996), p. 1199; WHITMAN, *The Origins of ‘Reasonable Doubt’*, cit., p. 75; SHEALY, “A Reasonable Doubt about ‘Reasonable Doubt’”, en *Oklahoma Law Review*, Vol. n° 65, p. 225 y ss.

¹³⁹ CUMIZ; DEI VECCHI, “Estándares de prueba y ponderación de derechos en la Corte Penal Internacional”, en *InDret*, 2019, p. 19.

¹⁴⁰ KLUG, *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho*, segunda reimpresión, Fontamara, 2002, p. 113 (destacado agregado); ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, Ediciones del Puerto, 2000, p. 111.

Es llamativa la *ratio* propuesta por KLUG, de 1/1, una máxima muy conservadora y escasamente protectora de los *fácticamente inocentes*, pero que quizás se explica precisamente en lo que marca la diferencia entre el *in dubio pro reo* y la duda razonable, mientras la primera está pensada como una regla de cierre del caso concreto, la segunda tiene un filón más marcado desde la política pública.

Y es que efectivamente el principio *in dubio pro reo* ha sido históricamente muy relevante –en algunos ordenamientos más que en otros– y con un contenido muy parecido al de la presunción de inocencia, de ahí su confusión y, paradójicamente, los motivos por lo que, en parte, su influencia en alguna época (inquisitiva) disminuyó. En todo caso, tiene una relación directa con la carga de la prueba y con el *non liquet*, fenómeno que se da, como ya lo vimos, cuando terminada la fase del juicio oral el tribunal subsiste con dudas cuya superación ha devenido imposible¹⁴¹. En esos casos, dice la regla, frente a una duda, el adjudicador debe dictar una sentencia absolutoria. Se trata, desde luego, de una regla subjetiva, que no le dice al juez ni le da señales respecto del *quantum* de prueba, ni le informa objetivamente los parámetros de corroboración que debe considerar para dar por probado un enunciado¹⁴². Se trata, en definitiva, de un criterio o principio de actuación –moral– en la adjudicación, mas no de una regla de prueba ni menos un baremo que dé luces respecto de la distribución de los riesgos de error en la decisión. Así, mientras algunos ven en el *in dubio pro reo* una manifestación de la presunción de inocencia, otros le dan una operatividad más amplia (v.gr. de criterio hermenéutico normativo, como sucede con el *in dubio pro operario*¹⁴³) o incluso una incompatible con ella¹⁴⁴.

Pero la diferencia entre el *in dubio pro reo* y el estándar *bard*, que suele pasar desapercibida, la identifica con precisión PAULESU cuando afirma que «no se escapa que

¹⁴¹ La relación entre el *in dubio pro reo*, la presunción de inocencia y el *burden of proof* en JESCHECK, “Principles of German Criminal Procedure in Comparison with American Law”, en *Virginia Law Review*, Vol. n° 56 (1970), p. 247.

¹⁴² Se entiende el *in dubio pro reo* como estándar de prueba, por ejemplo, en Holanda. Al respecto *vid.* BRANTS, “The Vulnerability of Dutch Criminal Procedure to Wrongful Conviction”; en Alemania, asimilándolo directamente a la duda razonable y al artículo 6 de la CEDDHH, KESSLER, “A Comparative Analysis of Prosecution in Germany and the United Kingdom. Searching for Truth or Getting a Conviction?”, ambos en HUFF; KILLIAS, *Wrongful Conviction. International Perspectives on Miscarriages of Justice*, Temple University Press, p. 167 y p. 218, respectivamente.

¹⁴³ Así, DE DIEGO, *Manual de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, 5° ed., LexisNexis, 2002; CAMPS RUIZ ET AL, *Compendio de Derecho del trabajo. TI., Fuentes y relaciones colectivas*, 2° ed., Valencia, 2007.

¹⁴⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., pp. 167 y ss. La autora profundiza respecto del principio en materia jurisprudencial y doctrinal.

el estándar del más allá de toda duda razonable parece denotar *ictus oculi* un *umbral cognitivo sensiblemente más alto* que el que puede obtenerse de la fórmula *in dubio pro reo*, ofreciendo, por tanto, mayores garantías en cuanto a la protección del potencial inocente»¹⁴⁵. Lo mismo observa, ahora en un perfil relacionado con la constitución italiana, CATALANO, para quien «la regla de juicio contenida en el art. 530 c.p.p carecía, sin embargo, de un marco de referencia idóneo que explicitara el contenido del canon del *in dubio pro reo*, con especial referencia a la determinación del *estándar* de prueba (...). En efecto, según la opinión predominante, aunque no pacífica, el art. 27 Cost. es mudo sobre el *quantum* de prueba necesario para la condena. Además, el fuerte matiz ético-político que permea el canon *bard* atribuye al principio mismo una carga expansiva que ha podido superar, en términos de significado de garantía, el alcance del principio constitucional contenido en el art. 27 Cost. Una meditada colocación sistemática dentro del código o un hipotético ingreso en la Constitución del canon de la "duda razonable" vendría a suministrar un fundamento más importante, inmediato y, sobre todo, no controvertido, al criterio de resolución del hecho incierto en el proceso penal»¹⁴⁶.

Se trata, sin duda de dos miradas que comprenden la diferencia, quizás sutil, pero relevante, entre el estándar *bard* y el *in dubio pro reo*, pues mientras el primero en realidad se representa como una criterio de orientación al juez sobre la valoración de la prueba, el segundo, en cambio, lo hace como un principio de preferencia respecto de un supuesto incierto, a saber, la duda. Sin una duda, no hay *in dubio*, en cambio siempre que hay prueba, se necesita un estándar (como el *bard*).

Dos buenos ejemplos de la errada comprensión respecto de ambos institutos se advierte: a) en la «Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio»¹⁴⁷. En ella se aprecia que la duda razonable se asocia –más bien se confunde– con el *in dubio pro reo* y la carga de la prueba. En efecto, en el considerando 22 se indica que «[l]a carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recae en la acusación, y *toda duda debe beneficiar al sospechoso o acusado*», lo que luego se

¹⁴⁵ PAULESU, *La presunzione*, cit, p. 187.

¹⁴⁶ CATALANO, *Ragionevole dubbio*, cit., p. 46 y s.

¹⁴⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0343>

reafirma en el artículo 6°, sobre la carga de la prueba, que dispone «[l]os Estados miembros garantizarán que *cualquier duda sobre la culpabilidad beneficie siempre al sospechoso o acusado*, incluso cuando el órgano jurisdiccional valore si el interesado debe ser absuelto»; y, b) en la sentencia del caso *Barberà, Messegué and Jabardo V. Spain* (1989), del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en su párrafo 77 indica: «El párrafo 2 (art. 6–2) consagra el principio de la presunción de inocencia. Exige, entre otras cosas, que, en el desempeño de sus funciones, los miembros de un tribunal no inicien con la idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le acusa; *la carga de la prueba recae en la acusación, y cualquier duda debe beneficiar al acusado*»¹⁴⁸.

Se trata, como resulta evidente, de reglas solamente programáticas, y algo *naive*, pues ningún sistema penal funcionaría razonablemente bien –y de hecho sería intolerable para la ciudadanía– si frente a cualquier duda sobre la culpabilidad del imputado se debiera adoptar una posición que lo beneficie, incluso con la absolución. Ello es sencillamente desconocer que el proceso penal es un escenario de reconstrucción de un hecho ya pasado sobre la base, preferentemente, de un razonamiento inductivo e inferencial, que es siempre inseguro y probabilístico. Si un juez se tomara en serio la Directiva y, frente a cada duda, adoptara una decisión en beneficio del acusado, el ejercicio del *ius puniendi* sería algo impracticable, extraordinariamente caro y con una altísima tasa de impunidad (y de una victimización frustrada enorme).

¹⁴⁸ Se trata, en todo caso, de una máxima que el Tribunal reitera permanentemente. Empero, en la jurisprudencia del TEDH aparece con cierta frecuencia el estándar *bard*, siempre vinculado al artículo 6 (2), presunción de inocencia, pero de una manera más bien errática, esto es: a) como un estándar de prueba con implicancias complejas, así por ejemplo en el caso *Sa-Capital Oy V. Finland*, de febrero de 2019, en que entendió que las pruebas aportadas en un caso de libre competencia no debían estar sujetas al mismo estándar que las pruebas en causas penales, entre otras razones, porque el derecho finlandés de libre competencia formaba parte del derecho de la competencia de la UE. A este respecto, el Tribunal citó la jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea (BPB plc c. la Comisión, asunto T-53/03), según la cual no puede exigirse estándar de prueba *más allá de toda duda razonable en los casos de libre competencia*; b) como un estándar de prueba en sus propias decisiones, así en la sentencia en el caso *Prizreni V. Albania*, de junio de 2019, en que señaló que no está convencido –el propio Tribunal– de que se haya establecido *más allá de toda duda razonable* que la muerte de Sh.P. se produjo como consecuencia de su enfermedad y no debido a un tratamiento y una atención médica inadecuada; y, c) como una regla de prueba para valorar la *credibilidad* de la petición, como en el caso *Ruşen Bayar V. Turkey*, de febrero de 2019, en que señaló que teniendo en cuenta la naturaleza del delito, la gravedad de la pena y las alegaciones de la defensa tras su detención, no parecía *más allá de toda duda razonable* que el recurrente, a sabiendas e inteligentemente, pudiera haber accedido a prestar declaración sin pedir la asistencia de un abogado durante los cuatro días de su custodia.

2.2 La tríada que conforma la seguridad moral.

Sin embargo, y a pesar de lo dicho, alguna relación tienen la presunción de inocencia (la sub especie *in dubio pro reo*) y el estándar *bard*, en cuanto la primera subsiste mientras no se dicte una sentencia condenatoria, lo que en materia penal sólo puede suceder si se satisface un estándar de prueba particularmente alto como el de *bard*, y todo ello en un contexto donde el *in dubio pro reo* permite al juez, subjetivamente, evitar un supuesto de *non liquet*, porque de haber duda sobre el carácter razonable de una duda, el adjudicador debería absolver. Sin embargo, que se relacionen no quiere decir que sean lo mismo. El estándar *bard* y la presunción de inocencia, ya lo hemos adelantado, son evidentemente distintos, tanto en lo que se conoce como regla de trato, de prueba y de juicio. Respecto de las dos primeras ello parece evidente, tanto por su extensión como por su implicancia en la prueba. Quizás con la última regla se pueda advertir una relación más directa, en el sentido que –se podría decir– al establecer un *quantum* de prueba (y por ello un modelo más objetivizado, *à la Accatino*, funciona bien) permite concretizar la presunción de inocencia como regla que habilita al juez a decidir, conforme a la presunción, que no hay antecedentes suficientes para desplazar la inocencia y condenar al imputado. El principio del *in dubio pro reo*, por su parte, evidentemente no importa una regla de valoración de la prueba que permita decirle al juez cuándo puede entender superada la presunción de inocencia y, por ende, condenar; sino que más bien le dice –en términos subjetivos– que antes de decidirse por la condena del acusador debe eliminar sus dudas (¿cuáles? ¿todas? ¿algunas? ¿las razonables o las irrazonables?). Empero, no se puede discutir que todas ellas se conectan –y de manera relevante– porque el principio *in dubio pro reo* impone la *preferencia por la inocencia* en caso de incertidumbre, y, además, porque pone al descubierto el sentido de la regla «*favor rei*», a saber, una elección político–moral en beneficio de la dignidad por encima de otras consideraciones¹⁴⁹. Y veremos que ambas cosas son fundamentales para el estándar más allá de toda duda razonable.

Sin embargo, lo mismo que se dijo de la presunción de inocencia se debe decir respecto del principio del *in dubio pro reo* y el estándar *bard*, pues mientras el primero asume que frente a una duda –cualquiera sea, basta con que sea propia del estándar que

¹⁴⁹ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Fundamentos de Política criminal. Un retomo a los principios*, Madrid, p. 202. Sobre el *favor rei*, FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 1995, p. 164.

fije el legislador para dar por probado «p»– el juez debe adoptar una posición de absolución o condena; el segundo, en cambio, expresa la exigencia de que la culpabilidad del imputado sea demostrada con un altísimo grado de corroboración, prácticamente equivalente a la certeza¹⁵⁰.

Por ello, como dice LIPPKE, se debe asegurar la integridad del procedimiento a través de este tripartito de seguridad moral consistente en la presunción de inocencia, la carga de la prueba –entendida como *in dubio pro reo*– y el estándar de la duda razonable¹⁵¹. Y por lo mismo estos tres institutos, como advierte NIEVA FENOLL están basados en exactamente una y la misma idea: que los reos deben ser considerados inocentes antes de ser condenados¹⁵². Lo que sucede es que cada una de ellas aporta desde distintos ángulos.

Detrás del estándar de prueba más allá de toda duda razonable hay, lo que no se ve en el *in dubio pro reo*, una definición epistémica, axiológica y político–moral, de favorecer de manera sistemática y consciente la opción de la inocencia, aunque ello implique aumentar los falsos negativos (y con ello que *x* culpables sean erróneamente absueltos), lo que expresa una opción de *política pública* y *política criminal* protectora de la *dignidad* del individuo y, por sobre todo, por el respeto a la alteridad (en su relación con la comunidad): en cuanto ello implica justificar la inflicción de un dolor y/o una censura (un estigma) como no hay en otro en el derecho, y como no debería haber.

Con todo, la idea de que el sistema de justicia criminal no debe condenar a un inocente no es nueva. En Italia, ya la escuela clásica manifestaba su interés y preocupación por el tema. En los textos de CARMIGNANI, STOPPATO y CARRARA¹⁵³ se observa una concepción dualista del proceso, en virtud de la cual junto con la finalidad de castigar al culpable, se debía prevenir el castigo de un inocente¹⁵⁴. La escuela clásica italiana sería fuertemente cuestionada por la escuela positiva, la cual rechazaba que la presunción de inocencia tuviese el mismo peso en las distintas etapas del procedimiento

¹⁵⁰ TARUFFO, *La Prueba*, cit., p. 274. Al respecto LAUDAN, *Truth, Error, and Criminal Law*, cit., pp. 66 y ss.

¹⁵¹ LIPPKE, *The Prosecutor*, cit., p.350.

¹⁵² NIEVA FENOLL, “La razón de ser de la presunción de inocencia”, en *InDret*, 1/2016, p. 8

¹⁵³ STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 122.

¹⁵⁴ Sobre la concepción dualista del proceso *vid.*, NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, Milano, 1974, pp 232 y ss; también en detalle y su recepción en España, VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, 1993, pp. 20 y ss.

o en ciertos procesos. Por ejemplo, FERRI sostenía que la presunción de inocencia debía rechazarse tratándose de sujetos reincidentes¹⁵⁵. MANZINI, por su parte, fue más radical. En lo fundamental reconocía que el Derecho penal tutelaba un interés individual, junto a un interés social, la represión de la delincuencia. Y, ponderando ambos, su opinión era que la represión «*domina naturalmente sobre el que es una consecuencia de él, el relativo a la libertad individual*»¹⁵⁶.

Sin embargo, desde finales del siglo XVIII, y de manera constante en el siglo pasado, se fue generando un esquema cultural que puede ser identificado con las garantías fundamentales previstas en las distintas Constituciones o declaraciones de derechos, de algún modo reconocidas a nivel nacional e internacional. Al punto que hoy es una cuestión no controvertida en Europa –ni en Chile–, que no existe ninguna obligación y ningún derecho de establecer la verdad a cualquier precio. Más bien, la obtención de la evidencia debe concordar con el orden legal, tal como está estipulado en las constituciones políticas y en la Convención Europea de los Derechos Humanos (en adelante, CEDDHH). Ante todo, se debe considerar el derecho consagrado a un procedimiento legal estatal y justo, a la presunción de inocencia y al fundamento de proporcionalidad, así como al derecho garantizado a un procedimiento justo.

En ese contexto, los órganos de persecución penal no solo deben tener presente los límites impuestos por los derechos fundamentales, sino que tienen la obligación de respetarlos, fomentarlos y protegerlos. Como dice ARMENTA DEU, en ese contexto, solo cabe que la «realización del Derecho penal pasa por enervar la presunción de inocencia, circunstancia que exige de prueba que haya llegado con todas las garantías al proceso, que se haya seguido un *procés equitable* (art. 6 CEDDHH); y en el que se hayan respetado las garantías del «proceso debido» (art. 8 CADDHH), el *fairness process* o cualquier otra denominación acuñada¹⁵⁷.

El reconocimiento, tanto en las constituciones nacionales como en la vasta normativa supranacional, de los derechos humanos y las garantías fundamentales, ha permitido, no sin tropiezos y retrocesos, que hoy la humanidad cuente con un sistema de protección de sus atributos personales –la dignidad, la libertad, la integridad física, etc.–

¹⁵⁵ *Ivi*, p. 24 y s.

¹⁵⁶ MANZINI, *Tratado de Derecho procesal penal*, trad. esp. de la 6° ed. Italiana, p. 251.

¹⁵⁷ ARMENTA DEU, *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, Marcial Pons, 2009, p. 22.

sin parangón en la historia del hombre. Se trata de una conquista –por usar una terminología *bobbiana*– que debe ser permanente reforzada y reasegurada, y no pareciera ser que, incluir a las personas jurídicas, sea precisamente una buena forma de hacerlo.

3. La verdad y la duda razonable. Una relación de necesidad, mas no de suficiencia.

El proceso penal no pretende establecer verdades absolutas e inmutables, sino que tan solo una verdad con *v minúscula*. De ello no se deriva, en todo caso, ninguna diferencia entre la verdad del proceso y la verdad que está afuera de él, pues ambas comparten una esencia relativa¹⁵⁸. Con todo, decir que la verdad es relativa es todavía insuficiente, pues existen al menos dos maneras de entender esta relatividad: una de ellas se refiere a la existencia de límites a los instrumentos cognoscitivos. La otra, en cambio, tiene que ver con la relatividad del contexto¹⁵⁹. Según esta segunda acepción, por contexto se debe entender «no sólo los medios cognoscitivos disponibles, sino también el conjunto de las presuposiciones, de los conceptos, de las nociones, de las reglas, es decir, en una palabra, de los marcos de referencia»¹⁶⁰, sobre los cuales se construyen las versiones de los hechos. Según DAMAŠKA, cuando participamos de «ciertas prácticas sociales, como la adjudicación», presuponemos un mundo al lado de nuestras declaraciones. Y como adjudicador, «adherimos a la visión de un mundo en el que existe una realidad más allá del lenguaje»¹⁶¹. El proceso es, entonces, un instrumento *gnoseológico* que tiene por finalidad alcanzar un esclarecimiento consistente, como regla, a la reconstrucción de un hecho histórico¹⁶².

Un Estado democrático de derecho, sugiere RIVERA, tiene buenas razones para proteger y respetar el debido proceso pues, mediante él, aspira a obtener una justicia en armonía con los derechos fundamentales. El proceso representa, entonces, no solo una

¹⁵⁸ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, cit., p. 74.

¹⁵⁹ *Ivi*, p. 75.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ DAMAŠKA, “Truth in Adjudication”, en *Hastings Law Journal*, vol. n° 49 (1998), p. 290; STELLA, “Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio-basse nella successione di eventi”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2002, 1219.

¹⁶² ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p 78, aunque con una cierta tendencia a caer en la lógica de una justicia procedimental. O sea, que en la corrección del procedimiento (garantista) está la corrección de la decisión.

reconstrucción de un hecho histórico, sino que una reconstrucción limitada por un conjunto de reglas y restricciones que buscan, precisamente, no la determinación de la verdad a toda costa, sino que hacerlo en el marco de la realización de la justicia. En este contexto, la verdad es algo más que simplemente una exigencia formal, sino que adquiere verdadero valor moral con una alta carga positiva, pues es ella la que se asocia a la idea de justicia¹⁶³.

Pero, a decir, verdad, la *verifobia* en el Derecho se ha extendido en el último tiempo¹⁶⁴. Son varias las argumentaciones que niegan, fundadas en razones ideológicas, la posibilidad que en el proceso se determine la verdad¹⁶⁵. Quienes ostentan esta posición, si bien pueden aceptar que en el plano teórico sea posible alcanzar la verdad, rechazan tal posibilidad en el plano práctico, porque no valdría la pena gastar tiempo y dinero para buscarla, dado que la verdad en el proceso *no le interesa a nadie*¹⁶⁶. Según mi opinión, una decisión es justa si respecto de ella puede decirse que es también verdadera, en la medida en que se basa en un juicio sobre los hechos que ha establecido la verdad de los mismos de manera fiable¹⁶⁷. Pero, como hemos ya dicho, en materia penal la verdad es solo un presupuesto necesario, mas no suficiente, pues el alto nivel de corroboración supone descartar hipótesis que bien pudieron ser perfectamente consideradas verdaderas.

La verdad en el proceso, entonces, no es el resultado de una inspiración divina, ni de la lectura de las hojas de té (o del café), ni menos de tirar una moneda al aire¹⁶⁸. La verdad es el resultado de una contrastación y corroboración de hipótesis. Esa contrastación y corroboración se realiza mediante instrumentos de conocimiento,

¹⁶³ RIVERA MORALES, *La prueba: un análisis racional y practico*, Marcial Pons, 2011, p. 36 y s.

¹⁶⁴ Al respecto, imprescindible, la discusión entre CAVALLONE y TARUFFO, sobre la verdad en el proceso, el primero rechazándola y el segundo aceptándola. *Vid.* CAVALLONE, “In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di michele taruffo)”, en *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. n° LXV (II serie, 2010), pp. 1 y ss.; TARUFFO, “Contro la Veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone”, en *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. n° LXV, Settembre-Ottobre (2010), pp. 996 y ss.

¹⁶⁵ TARUFFO, “La Verità nel processo”, en FORTI et al. «Verità» *del precetto e della sanzione penale alla prova del proceso*, Napoli, 2014, p. 181 y s.

¹⁶⁶ *Ivi*, p. 182.; ALLEN, “Los peligros de la investigación en derecho comparado”, en FERRER BELTRÁN; VÁZQUEZ, *Debatiendo con Taruffo*, Marcial Pons, 2016, p. 26;

¹⁶⁷ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, cit., p. 42.

¹⁶⁸ BOGHOSSIAN, *El miedo al conocimiento contra el relativismo y el constructivismo*, Alianza, 2009, p. 117 y ss.; TARUFFO, *Proceso y Decisión. Lecciones mexicanas de Derecho Procesal*, Marcial Pons, 2012, p. 84.

típicamente la prueba, y por lo mismo se funda en un proceso cognoscitivo que debería ser comprobable.

Compartiendo con STELLA, en el proceso es fundamental la «idea de la correspondencia entre la proposición jurisprudencial y aquello que en concreto ocurrió: idea que debe ser entendida no según el modelo de la ilustración de la correspondencia perfecta», sino que en cambio «en el sentido de un modelo límite jamás completamente alcanzable, mas aproximable o sea como verdad relativa, verdad provista de confirmación»¹⁶⁹. Todo lo anterior no quiere decir que el proceso no pueda tener otras finalidades diversas al descubrimiento de la verdad. Por ejemplo, el proceso también busca resolver la controversia o el conflicto entre las partes, sin embargo, para que esa controversia se resuelva conforme a derecho es necesario que ella sea un resultado conforme a la justicia y fundada sobre una correcta aplicación de la norma al caso. Como dice TARUFFO, la verdad debe ser considerada la finalidad principal del proceso porque «no sería justa una sentencia que decidiera una controversia violando la ley o aplicando una norma en manera invalida»¹⁷⁰.

En consecuencia el proceso, y en especial el proceso penal, debe orientarse a la búsqueda de la verdad, no solo por razones epistemológicas –el conocimiento se orienta a la búsqueda de la verdad–, sino también por razones de tipo moral, pues no es aceptable un sistema que legitime sus decisiones sobre la base de una falsedad¹⁷¹, lo que no solo afecta el principio de culpabilidad, sino también el de tipicidad.

Pero la verdad en el proceso penal, decía, es solo una exigencia necesaria –de validez – pero no suficiente –de legitimidad– para el resultado, ello porque el estándar de prueba nos impone, para sostener que una proposición cualquiera sea considerada como verdadera, una exigencia de corroboración inferencial mucho más exigente que lo que pudiera predicarse como verdadero en otro contexto. Dicho de otra manera, un modelo que tiene un *quantum* de prueba como el de la PdE también predica verdad de su resultado, en cuanto la corroboración de la hipótesis que se da por verdadera es

¹⁶⁹ STELLA, *Il giudice corpuscolariano, la cultura delle prove*, Milano, 2005, p. 83.

¹⁷⁰ TARUFFO, *La Verita nel processo*, cit., p. 187. En similar sentido, FERRER BELTRÁN, *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, 2002, p. 80 y ss; GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho*, cit., pp. 59 y ss; UBERTIS, *Argomenti di procedura*, cit., pp. 167 y ss. PINTORE, *El derecho sin verdad*, Madrid, 2006, pp. 79 y ss.; RIVERA MORALES, *La prueba*, cit., pp. 80 y ss. Un buen resumen de la verdad por correspondencia en DAVID, “The Correspondence Theory of Truth” en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2013, *passim*.

¹⁷¹ LLUCH, *La dosis de prueba*, cit., p. 175.

mayor que aquella que se refuta. Es lo que sucede, por ejemplo, en materia civil o administrativa –donde no se exige la duda razonable–, en esos casos la verdad de la decisión va estar definida por el nivel de corroboración de las hipótesis contrastadas. Luego la decisión del juez civil, que determina considerar la validez o no de un contrato, o la existencia de una obligación restitutoria, reclama validez –como verdadera– respecto de la hipótesis que se vio mayormente corroborada en el juicio –algo que es sutilmente distinto a la carga de la prueba y la regla del *onus probandi incumbit ei qui dicit*.

En el proceso penal eso no sucede, el juez debe dar por verdadera una hipótesis –la de la defensa, la de la única duda razonable– a pesar que tenga un nivel de corroboración mucho más baja que la otra –la de la acusación–, en términos que, si uno lo mirara desde el estándar de prueba de la PdE no lo podría sino considerar como injusto, como una decisión en que la mentira gana. Esto es, como decía, lo que se relaciona también con la exigencia axiológica o político–moral del Derecho penal, a saber, la idea que la necesaria corroboración para que un juez pueda afirmar que «la empresa x cometió un delito de *soborno*», es particularmente alta, de modo que más que estar en juego la verdad, lo que se define es una opción teleológica fundada en la preferencia que un inocente no sea condenado, a pesar que ello implique que varios culpables sean declarados inocentes. La pregunta es, nuevamente, si ahí donde se dice inocente o culpable, se puede comprender a una empresa.

4. La verdad de los hechos como límite necesario mas no suficiente en la condena penal. ¿No bastaría solo la verdad para las personas jurídicas?

Siguiendo con el argumento, es necesario reforzar la idea que un sistema de responsabilidad penal respetuoso de los derechos fundamentales debe estar orientado –teleológicamente– a la protección de la libertad y, en especial, de la dignidad, aunque ello implique –en parte y en un *contexto de razonabilidad*– sacrificar algo de verdad. No me refiero, como podría pensarse intuitivamente, a la cuestión sobre la ilicitud de la prueba u otras cargas o privilegios epistémicos o extraepistémicos que impiden que el adjudicador acceda a todo el conocimiento fáctico, y con ello mejorar su aproximación a *verdad* de los hechos. Ello, aunque relevante, no es el *quiz* en esta parte de la tesis. El

estándar *bard* permite absolver a pesar de que existan antecedentes suficientes –que en términos epistémicos permitirían predicar *verdad* del enunciado acusatorio– en la medida que exista una duda razonable en la corroboración inferencial de la prueba.

Pero veamos un poco qué es esto de la verdad. La práctica de la adjudicación descansa sobre la suposición de que la verdad es en principio descubrible¹⁷². Ello, pues establecer la verdad de los enunciados mediante la prueba aportada en el juicio debe ser una condición *necesaria* –pero no suficiente– para que la decisión del tribunal esté justificada. O, dicho en palabras más simples, y nuevamente según la pluma de DAMAŠKA, una «certera aclaración de los hechos constituye una precondition para una decisión justa»¹⁷³.

Pero, siendo el razonamiento probatorio generalmente de naturaleza inductivo, el resultado de la prueba no garantiza la certeza absoluta, y ello abre espacio para que surjan posturas contrarias o escépticas a la idea de verdad como precondition de una decisión justa. Al respecto, cabe recordar lo expresado por LAUDAN, quien sobre la ausencia de certeza y el riesgo de condenar a un inocente sostiene que «fuera de las matemáticas y de la lógica formal, no tratamos con la certeza ni con relaciones deductivas entre premisas y conclusiones. En vez de eso, encaramos la incertidumbre y las inferencias falibles. Es parte de la naturaleza ampliativa de las reglas de inferencia la posibilidad de conducir a conclusiones erróneas. Ningún [estándar de prueba] puede eliminar completamente la incertidumbre ni superar la clase de inferencias abductivas utilizadas en el razonamiento legal preservador de la verdad»¹⁷⁴.

Hasta el momento nada habría acá de diferente entre un proceso, por ejemplo, civil, administrativo a uno penal. Sin embargo, el proceso penal tiene, y por buenas razones, principios que están en juego que son *aún mayores que la verdad*, lo que implica que las exigencias inferenciales son a su vez mayores, y ello genera que la posibilidad de error no se mantenga neutra. El criterio en cuestión puede tener sentido si

¹⁷² DAMAŠKA, *Truth in Adjudication*, cit., p. 289.

¹⁷³ *Ibidem*. Se observa en este texto un intento de reconciliar la teoría de la correspondencia con el constructivismo social, lo que no parece casar demasiado. En todo caso, es evidente que lo que motiva el *paper*, por sobre todo, es su fuerte rechazo a una idea de verdad consensual. GRANDE, “Dances of Criminal Justice: Thoughts on Systemic Differences and the Search for the Truth”, en JACKSON; LANGER; TILLERS (Eds.) *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context. Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška*, Oxford, 2008, pp. 145 y ss.

¹⁷⁴ LAUDAN, “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Vol. n° 28 (2005), p. 109 y s.; ID., “The Presumption of Innocence: Material or Probatory?”, en *Legal Theory*, Vol. N° 11 (2005), p. 356.

se refiere —a la inversa— al grado de tolerancia del error: ¿es razonable considerar que este grado de tolerancia es más elevado si se comete un error al absolver culpables (y por lo tanto se tolera que muchos culpables sean absueltos) y sea menos elevado si se equivoca condenando inocentes (y por lo tanto se tolera que sólo unos pocos inocentes sean condenados) ¹⁷⁵?

Se comparte en esta investigación la idea de que al Derecho penal no le interesa solo la averiguación de la verdad ¹⁷⁶, le interesa la consecución o protección de otros fines que justifican normas que regulan la actividad probatoria, por ejemplo, la admisibilidad y la pertinencia de los medios de prueba o el resultado probatorio mismo, que cabría calificar como *contraepistémicas* ¹⁷⁷. Con todo, los fines precitados deben considerarse en razón del proceso respecto del cual se aplican, y en el proceso penal, por ejemplo, hay razones morales —deontológicas— para que ciertos fines toleren algunas normas *contraepistémicas* que carecerían de fundamento en un proceso civil, o que permitirían su matización en un proceso administrativo, que sería, creo, un buen parámetro *hipotético* para las personas jurídicas, en la medida que esté *fuertemente aliviado* de las garantías asimiladas al sistema penal —y por eso no debe considerarse tampoco como un proceso administrativo *ad hominem*—.

Pero primero debemos refutar, con TARUFFO, la falsedad de la aserción que niega la determinación verdadera de los hechos «porque la función del proceso y su regulación jurídica ponen límites relevantes a la posibilidad concreta de establecer la verdad» ¹⁷⁸. Ello no quiere decir —la existencia de límites y constricciones— que la sentencia penal o la administrativa —como acá se defiende— carezca de un valor de verdad, claro que lo tienen. La diferencia entre una y otra, si tienen un estándar de prueba distinto, como debería ser, es precisamente no en la verdad, sino que en la distribución de errores que ambas están dispuestas a aceptar en la adjudicación, sea para soportar falsas condenas o falsas absoluciones. Y, la diferencia entre los estándares de

¹⁷⁵ TARUFFO, “Opinioni a confronto fatto, prova e verità (alla luce del principio dell’oltre ogni ragionevole dubbio)”, en *Criminalia*, 2009, 308.

¹⁷⁶ Como dice FERRER, presentando el pensamiento de BENTHAM, la averiguación de la verdad deriva de la asunción de que la finalidad fundamental del derecho procesal es la de ser garantía de la correcta aplicación del derecho sustantivo. FERRER BELTRÁN, *La prueba es libertad*, cit., p. 4.

¹⁷⁷ BAYÓN, “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, pp. 1-21. Disponible en <http://www.udg.edu/areas/Filosofiadeldret/Noticies/tabid/10083/p/10469/language/es-ES/Default.aspx>; DAMAŠKA, *Truth in Adjudication*, cit., p. 289.

¹⁷⁸ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, cit., p. 71.

ambos procesos, por ejemplo, puede explicarse por la finalidad de la reacción en cuanto a la infracción de la norma de comportamiento, que puede descansar en una pretensión esencial y fuertemente preventiva más que retributiva¹⁷⁹.

Si la sentencia administrativa –o la propia de un proceso del ente– irroga un cierto disvalor por una infracción a una norma de comportamiento, lo lógico es que tenga un contenido –en todo caso mínimo y no esencial– de *retribución (deserve)*, que se representa bien con una cierta neutralidad epistémica, cuyo estándar probatorio se ajusta a un baremo como el de la preponderancia de la evidencia, con una regla de apreciación la *inferencia a la mejor explicación*^{180–181}.

En definitiva, en mi opinión, en el ámbito de la atribución de la responsabilidad de las personas jurídicas por un hecho propio la verdad importa, y mucho, pero no tanto¹⁸².

La verdad importa porque es la esencia de una atribución de responsabilidad justa, no arbitraria y que impide que se sobrepasen los límites de lo tolerable ante un incontrolable impulso consecuencialista respecto del reproche a los entes morales. La verdad en el ámbito de la atribución de la responsabilidad del ente importa porque dicha atribución también supone la imputación de hechos. Los hechos, respecto de la atribución de la responsabilidad de la persona jurídica, deben ser tomados en serio¹⁸³.

¹⁷⁹ PALIERO, “The Definition of Administrative Sanctions, General Report”, en OSWALD (ed.) *Administrative Sanctions in the European Union*, Intersentia, 2013, p. 3.

¹⁸⁰ Según la regla de la inferencia a la mejor explicación (IME), según LARROUCAU mientras más elevado sea el apoyo entregado por las diversas pruebas a la conclusión del tribunal, menor el nivel de contradicción entre ellas y mayor su rango de plausibilidad, el juicio de los hechos será mejor. Cfr. LARROUCAU TORRES, “Hacia un estándar de prueba civil”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. n° 39 (2012), p. 798. La utilización de la IME en sede judicial –incluso en sede penal– ha sido sobretodo apoyada entre otros por Allan y Pardo. Cfr. Allen; Pardo, “The Problematic Value of Mathematical Models of Evidence”, en *The Journal of Legal Studies*, Vol. n° 36 (2007), pp. 107 y ss; y especialmente IDS., “Juridical Proof and the Best Explanation”, en *Law and Philosophy*, Vol. n° 27 (2009), pp. 223 y ss, para quienes la inferencia a la mejor explicación sería algo así como: seleccione la mejor explicación de la evidencia (o la versión más plausible de los hechos del litigio) y considere que algo ha sido probado, conforme a una *preponderancia de la evidencia*, si ello es parte de esa explicación seleccionada o de la versión de los hechos.

¹⁸¹ En el derecho anglosajón persiste, en todo caso, una tesis bayesiana del estándar de prueba que no considera la apreciación de la misma en términos comparativos (cuál versión está más probada que la otra) sino que en una aproximación heurística, relacionada con un estándar subjetivo de agnosticismo. Sobre esto, y crítica de Allen y Pardo, *vid.* CALLEN, “Spotting a Preponderance of the Evidence in the Wild: Inference to the Best Explanation and Sufficiency of the Evidence”, en *Seton Hall Law Review*, Vol. n°48 (2018), pp. 1517 y ss.

¹⁸² Sobre la importancia de la verdad para las personas y la sociedad véase, por todos, LYNCH, *True to Life. Why Truth Matters*, Cambridge, 2005, *passim*.

¹⁸³ TWINING, *Rethinking Evidence*, *cit.*, p. 14 ss.

Pero la verdad que importa respecto de las personas jurídicas tiene un peso de corroboración inferencial en la adjudicación que es –y debe ser– diverso de la que importa respecto de las personas naturales.

Lo que acá se propone para la determinación de la responsabilidad de las personas jurídicas es un modelo que sigue la tradición racionalista de la evidencia, en el que su objetivo central «es la determinación de la rectitud en las decisiones en la adjudicación». Luego, en lo que se refiere a la determinación de los hechos ello supone «la búsqueda de la verdad acerca de determinados hechos pasados a través de medios racionales»¹⁸⁴. No se trata, desde luego, que la rectitud en la decisión sea un fin absoluto, sino que es prioritario en asegurar la justicia bajo la ley.

Pero ahí también está la diferencia que acá se destaca respecto de las personas naturales: mientras respecto de ellas existen buenas razones para limitar esa idea de fin absoluto de la rectitud de las decisiones, básicamente por las garantías individuales, esas razones ceden, hasta que vuelve a imponerse la lógica de la tradición racionalista, al tratarse de la determinación de la responsabilidad del ente.

Por lo mismo, el estándar de prueba de la duda razonable no debería aplicarse a las personas jurídicas dado que excede ese modelo de racionalidad, pues incluye criterios de mayor exigencia probatoria –de corroboración e inferencias– que simplemente no se justifican en la imputación de un injusto a la empresa. Solo para adelantar y poner la cuestión en contexto, me parece acertado lo que señala TARUFFO sobre la duda razonable, al sostener que «se trata, por tanto, de un estándar de prueba cuya aplicación ciertamente no es fácil, y que da pie a numerosas incertidumbres. *Con todo, el significado central que se expresa a través de ese estándar es evidente: éste requiere un grado particularmente alto de confirmación probatoria de la culpabilidad del imputado, que se aproxima a la certeza, dado que sólo admite la presencia de dudas ‘irrazonables’, con la evidente intención de reducir al mínimo el riesgo de condena de un inocente*»¹⁸⁵ (destacado agregado).

Ese estándar, que se explica principalmente en razón de la naturaleza de la sanción, pero además del tipo de reproche institucional que se vierte contra una persona,

¹⁸⁴ *Ivi*, p. 83.

¹⁸⁵ TARUFFO, *Simplemente la verdad*, cit., p. 249.

tiene costos sociales y comunitarios que suelen pasar desapercibidos, y que bien vale la pena analizarlos a partir de la responsabilidad penal del ente.

5. El estándar *bard*. Algo más que la verdad como exigencia para atribuir responsabilidad penal.

He afirmado que el estándar de prueba *más allá de toda duda razonable* tiene un estrecho vínculo –con diferencias– con la presunción de inocencia (y la sub especie *in dubio pro reo*). En términos concretos, la *presunción de inocencia* puede subsistir con un sistema que tenga, por así decirlo, un estándar de prueba más neutro – v.gr la *preponderancia de la evidencia*– y ello, aunque implicaría un despotenciamiento de dicho principio, no significaría *per se* que aquello fuera inconstitucional, ilegal o contrario a un Estado de Derecho.

Es más, en cada proceso penal ello se representaría así: la persona se le presumiría inocente, sería tratada como tal (regla de trato), la prueba de cargo igual recaería en el acusador, quien seguiría teniendo la obligación de generar un actividad probatoria mínima –siempre mayor a la de la defensa– capaz de desvirtuar la inocencia del acusado (regla de prueba) y, finalmente, el juez debería reafirmar en su proceso inferencial que existe más prueba que corrobora la hipótesis del *enunciado acusatorio* que la propuesta por la defensa, en términos que la inferencia a la mejor explicación de lo ocurrido –en el caso que sigamos esa regla de valoración– se corresponde con el enunciado fáctico de la acusación (regla de juicio). Y, en cuanto al *in dubio pro reo*, ello explicaría, por un lado, que la carga de la prueba siempre recaería en la acusación, y que el juez, incluso en un estándar neutro de prueba, debería aceptar –en su fuero subjetivo– que si la prueba no permite definir cuál es la mejor explicación de las hipótesis propuestas, lo que corresponde es reafirmar la presunción de inocencia y, ante el *non liquet*, absolver¹⁸⁶. El lector atento recordará que esto es muy parecido a lo que sostenía

¹⁸⁶ A favor de un modelo de apreciación de la prueba sobre la base de la inferencia a la mejor explicación en materia penal, además de ALLEN y PARDO, vid., JOSEPHSON, “On the Proof Dynamics of Inference to the Best Explanation”, en *Cardozo Law Review*, Vol. n° 22 (2001), pp. 1621 y s.; THAGARD, “Why Wasn't O.J. Convicted? Emotional Coherence in Legal Inference”, en *Cognition & Emotion*, Vol. n° 17 (2003), pp. 361 y ss. Convincentemente crítico LAUDAN, para quien el estándar de prueba de más allá de toda duda razonable prohíbe una condena cuando hay *una explicación razonable* a favor del acusado, independientemente de si es la mejor explicación, Vid. LAUDAN, “Strange bedfellows: inference to the

KLUG, y ello explica, como lo decía, por qué él pensaba en una ratio de condena de 1/1, la que es perfectamente sostenible con el modelo que acabo de presentar.

Las consecuencias de un modelo como ese serían básicamente dos, por un lado aumentarían el número de condenados culpables, pero también el de inocentes que deberían pagar por algo que no *merecen*; y, además, el sistema incentivaría a la defensa a tener una participación activa –participativa– en el proceso, mucho más que la actual, porque en esos casos ni la presunción de inocencia (ni el *in dubio pro reo*) servirían –si se me permite la expresión– como fuertes escudos de protección frente a la carga de corroboración del ente acusador. Toda defensa, en especial la del verdadero inocente, debería generar prueba para asegurar una absolución.

He dicho, además, que la verdad en materia adjudicativa es un requisito necesario –en cuanto imprescindible en la subsumición– pero no suficiente en materia penal, donde la sola verdad no alcanza a proteger al ciudadano de una condena desmerecida, carga que recae, especialmente, en el estándar de prueba.

Por eso el estándar de la duda razonable es tan importante –y, por lo mismo, aparece como contraintuitivo respecto de los entes–, porque determina –o debería hacerlo– cuál es el baremo de prueba, la exclusión de toda hipótesis alternativa razonable que sea compatible con la no participación en el injusto del imputado, lo cual es consistente incluso con una menor o nula actividad probatoria de la defensa. Y, si se piensa así, los tres institutos (presunción de inocencia y *bard*) apuntan, en alguna medida y desde distintas perspectivas, a reconocer una relación asimétrica entre el ciudadano y el Estado¹⁸⁷: el Estado tiene la carga de probar la acusación y la culpabilidad del individuo, quien ha debido ser tratado como inocente, superando un alto estándar de convicción, donde el dubio, si existe, queda en el margen de una –cualquiera– hipótesis de inocencia.

best explanation and the criminal standard of proof”, en *International Journal of Evidence and Proof*, Vol. n° 11 (2007), p. 300. Menos críticos, y admitiendo que puede tener mayor rendimiento en el estándar civil, *vid.* KRISHNAMURTHI; REIDY; STEPHAN, “Bad Romance: The Uncertain Promise of Modeling Legal Standards of Proof with the Inference to the Best Explanation”, en *The Review of Litigation*, Vol. n° 31 (2102), pp. 78 y ss.

¹⁸⁷ GALLIGAN, *Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures*, Oxford, 2012, p 58 y ss., en especial el capítulo Procedural Fairness. Sobre los derechos concebidos como cartas de triunfo *vid.* DWORKIN, *Los derechos en serio*, Madrid, 1993, caps. 6, 7, 12 y 13; ID. *Justicia para erizos*, México, 2014, en especial el capítulo XV.

Conforme lo dicho, el proceso adjudicativo se podría ir construyendo en sede penal, pero también civil y administrativa, como un juicio con limitadas restricciones probatorias, escasas reglas epistémicas, mínimas normas sobre distribución de la carga de la prueba –incluso con algunos supuestos de *facilidad probatoria* o de *carga dinámica de la prueba*¹⁸⁸– y una aproximación *veritativa* epistémicamente neutra, reflejada en un estándar de prueba que no pretenda distribuir errores entre las partes, y así y todo confiar –se podría perfectamente confiar– en que sus resultados van a ser generalmente correctos. Entonces la duda razonable tendría, en principio, poco que aportar. Pero para afirmar o descartar lo anterior, tenemos que resolver primero la cuestión de la importancia del estándar de prueba, porque por algo se ha dicho, creo que con razón, que el baremo *bard* es el estándar de prueba más alto que realísticamente se puede predicar del ámbito del conocimiento humano¹⁸⁹.

5.1 Volviendo al inicio. No es lo mismo condenar a un inocente (persona natural) que absolver a un culpable (persona natural).

El estándar de prueba, siguiendo a ACCATINO, se relaciona con el momento de la decisión sobre la prueba, en el cual lo que se busca es determinar si el grado de corroboración que las pruebas aportan a las proposiciones fácticas en cuestión es suficiente para dar por probada, por ejemplo, la siguiente premisa acusatoria: «está probado que *Tizio* sobornó a *Caio ofreciéndole* una suma de dinero para adjudicarle a *Ypsilon* una licitación, respecto de la cual tenía un evidente interés. Está probado, además, que el modelo de prevención de delitos de *Ypsilon* resultó insuficiente e inadecuado porque en el *risk assesment* que se realizó al momento de generar el *compliance program* no se identificó –ni se hizo después– el riesgo en el rol institucional de *Tizio*, y luego no se definió en el Modelo una forma adecuada de prevenir las conductas de soborno de dicho trabajador».

Entonces, determinar cuál es el nivel de suficiencia requerido en un determinado procedimiento para dar por probado una proposición como la anterior es, precisamente,

¹⁸⁸ MIDÓN, “La carga de la prueba”, p. 167 y ss.; PEYRANO, “De las cargas probatorias dinámicas”, p. 187 y ss., ambos en MIDÓN (Coord.), *Tratado de la prueba*, Buenos Aires, 2007; RIVERA MORALES, *La Prueba*, cit., p. 127 y ss.

¹⁸⁹ TRIBE, “An Ounce of Detention: Preventive Justice in the World of John Mitchell”, en *Virginia Law Review*, Vol. n° 56 (1970), p. 388.

la tarea propia de los estándares de prueba¹⁹⁰. No existe, por consiguiente, un único estándar de prueba, sino que existen varios. Por ejemplo, en el *common law* es usual ver, en materia civil, la utilización del estándar de *preponderancia de la evidencia* o de la *prueba prevaleciente*, lo que implica que la hipótesis presentada al tribunal se puede dar por probada *si su grado de confirmación es superior al 0.5* (en términos bayesianos) o más *probada* que la hipótesis contraria (en términos de la inferencia a la mejor explicación)¹⁹¹. Sin embargo, como bien lo explica TARUFFO, en la aplicación del estándar de la PdE pueden darse algunos problemas, como por ejemplo, cuando están en juego importantes intereses individuales, como la patria potestad, las relaciones filiales, etc., donde la jurisprudencia ha ido aplicando un estándar más exigente, a saber, el de la *prueba clara y convincente (clear and convincing evidence)*¹⁹².

En el proceso penal, en cambio, el estándar de prueba que se aplica en el *common law*¹⁹³, y cada vez más expansivamente en el *derecho continental*, es el de *bard*¹⁹⁴. Como bien lo señala ARAYA NOVOA, esto no es una cuestión epistémica, sino que axiológica y política, o ético-político¹⁹⁵, y que se explica en razón del riesgo que el proceso penal importa para la libertad, la dignidad y la autonomía de una persona¹⁹⁶.

Pero no sólo no es una cuestión epistémica, y tampoco debería ser una cuestión aritmética, de si la *ratio* 1 a 10, a 20, a 100 o a 1000, porque ello es absurdo, pues en algún minuto uno tendrá que aceptar lo que es lógico y razonable, a saber, asumir que se

¹⁹⁰ ACCATINO, *Certezas, dudas y propuestas*, cit., p. 486.

¹⁹¹ CHEH, “Civil Remedies to Control Crime: Legal Issues and Constitutional Challenges”, en *Crime Prevention Studies*, Vol. n° 9 (1998), pp. 45 y ss; CALLEN, *Spotting a Preponderance of the Evidence*, cit., pp. 1517 y ss.

¹⁹² TARUFFO, *La Prueba*, cit., p. 138.

¹⁹³ Recientemente KOLBER: «El estándar de la prueba más allá de toda duda razonable es alto-mucho más alto que el estándar de ‘preponderancia de evidencia’ usado en la mayoría de los contextos civiles. También es mucho más exigente que el estándar de la prueba clara y convincente, que se utiliza comúnmente en ciertas audiencias civiles y en la determinación de daños punitivos». KOLBER, *Punishment and Moral Risk*, cit., p. 503.

¹⁹⁴ TARUFFO, *Simplemente la Verdad*, cit., pp. 246 y ss.; MATURANA BAEZA, “En busca de la Sana Crítica”, en BENFELD; LARROUCAU, *La Sana Crítica bajo sospecha*, Publicaciones de la Escuela de Derecho PUCV, 2018, p. 71; en el Derecho administrativo vid. LETELIER, “Garantías penales y sanciones administrativas”, en *Política Criminal*, Vol. N° 12 (2017), p. 640. En el derecho anglosajón, Vid. WALTON, *Burden of Proof*, cit., pp. 52 y ss.; ANDERSON; SCHUM; TWINING, *Analysis of evidence*, 2° ed., Cambridge, 2005, p. 385; LOEWY, “Taking Reasonable Doubt Seriously”, en *Chicago-Kent Law Review*, Vol N° 85 (2010), *passim*; LAUDAN, *Is Reasonable Doubt Reasonable*, cit., *passim*; BEX; WALTON, “Burdens and Standards of Proof for Inference to the Best Explanation”, en *Centre for Research in Reasoning, Argumentation and Rhetoric*, University of Windsor, *passim*; FISHER, “Conviction Without Conviction”, en *Minnesota Law Review*, Vol. N° 96 (2012), *passim*.

¹⁹⁵ CATALANO, *Ragionevole dubbio*, cit., p. 5.

¹⁹⁶ ARAYA NOVOA, *El control ex post de la calidad de los enunciados probatorios en materia penal en Chile. De la epistemología a la praxis*, tesis doctoral de la *Universitat de Girona*, 2016, p. 293.

condenará –seguramente de manera involuntaria– a un inocente, y que eso es inevitable, pues de lo contrario tampoco podría condenarse a un culpable –y eso sería básicamente volver a un estado de naturaleza¹⁹⁷.

La cuestión es, en cambio, respecto de la adopción de un *principio moral*, que asume una cierta distribución de errores, considerando el valor social de una condena y, especialmente, como ello se relaciona con *el otro*, con uno *igual a uno*. Se trata, entonces, no de una *ratio*, sino que de un principio: al distribuir el castigo penal, debemos errar *fuertemente* a favor de los falsos negativos (no condenar a los culpables) para minimizar los falsos positivos (condenar a los inocentes), incluso si al hacerlo disminuimos significativamente la precisión general del sistema. Es en ese sentido, entonces, que el estándar de prueba de la duda razonable juega un rol determinante: reduce los riesgos de una falsa condena, incluso con el riesgo que –en la totalidad– aumenten las falsas absoluciones¹⁹⁸.

El estándar de *bard*, sostiene DWORKIN, debería ser el estándar de prueba en materia penal porque el proceso penal debería estar «orientado fuertemente en contra de la condena de un inocente», y en ese sentido ese estándar es –dado que alcanzar la verdad es un objetivo imposible– el más adecuado¹⁹⁹. De hecho él reconoce que un estándar como el *bard* tiene como externalidad –no necesariamente negativa– que producirá más falsos positivos que un estándar más bajo –por ejemplo el de la preponderancia de la evidencia–, lo que a su juicio se justifica para «proteger [al acusado] de un error que involucra un mayor daño moral»²⁰⁰.

El estándar *bard*, desde luego, se relaciona en materia penal de manera directa con el resto de las garantías –muchas de ellas reconocidas en las constituciones y en los instrumentos internacionales– que suelen englobarse en aquello que se ha dado en llamar el debido proceso. No es casualidad, en ese punto, que incluso la Corte Suprema de Estados Unidos, cuando reconoció explícitamente el estándar *bard*, lo hizo en el contexto de la *due process clause*²⁰¹. Y esto es relevante porque al debido proceso, tradicionalmente, se le ha asignado un objetivo, a saber: asegurar que el proceso de

¹⁹⁷ SCHEDLER, *Can Retributivists Support Legal Punishment*, *The Monist*, Vol. n° 63 (1980), p. 185.

¹⁹⁸ EPPS, *The consequences of error*, cit., p. 1073.

¹⁹⁹ DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge, 1985, p. 197.

²⁰⁰ DWORKIN, *A Matter of Principle*, cit., p. 197.

²⁰¹ ALEXANDER, “The Supreme Court, Dr. Jekyll, and the Due Process of Proof”, en *The Supreme Court Review*, 1996, p. 192.

determinación de la responsabilidad sea lo más adecuado posible, reduciendo al mínimo la posibilidad de que una persona inocente sea castigada, lo que se conoce como la integridad del proceso. Si en este objetivo algunos culpables quedan en libertad, ello sería el precio, no demasiado alto dice KADISH, de fortalecer el respeto por la democracia y la civilidad²⁰².

5.2 Algunas referencias históricas y comparadas del estándar Bard.

El estándar de prueba más allá de toda duda razonable, como observó WHITMAN, en la versión más aceptada, tiene su génesis en el mundo de la teología cristiana premoderna que, por cierto, le asignaba escasa relevancia a preocupaciones garantistas o epistemológicas²⁰³. En efecto, el estándar *bard* no pretendía proteger al imputado, a los inocentes, sino que fue concebido para proteger —de su propia condena— al alma de los integrantes del jurado²⁰⁴. Se creía, en ese entonces, que el destino de quienes juzgaban estaba también en juego *en cada juicio*, porque condenar a un inocente era considerado en la antigua tradición cristiana como un pecado capital. Por ende, la duda razonable fue creación de la doctrina teológica, que procuraba asegurar —o reafirmar— en el jurado la idea de que ellos podían condenar al imputado sin poner en riesgo su propia salvación, siempre y cuando las dudas de la responsabilidad del acusado no fueran razonables²⁰⁵.

Con todo, el estándar de la duda razonable no fue utilizado en el proceso penal ordinario sino hasta finales del siglo XVIII, principalmente en una serie de casos de alta traición en Irlanda; aun cuando algunos observan sus primeras manifestaciones en ciertos juicios en Massachusetts, una década antes. Con anterioridad a esos casos, no existía en el derecho anglosajón un estándar de prueba definido para que el jurado considerara condenar a un imputado y, a decir verdad, el estándar no parecía particularmente alto²⁰⁶. Es más, en aquella época la máxima no era que un imputado se

²⁰² KADISH, “Methodology and Criteria in Due Process Adjudication-A Survey and Criticism”, en *The Yale Law Journal*, Vol. n° 66 (1957), p. 346.

²⁰³ WHITMAN, *The Origins*, cit., p. 2.

²⁰⁴ La teología consideraba que era motivo para irse al infierno participar —jurados o no— en “castigos de sangre”, a saber, una ejecución o una mutilación: penas que, dicho sea de paso, no eran infrecuentes en el estándar punitivo del siglo XIX. Vid. WHITMAN, *The Origins*, cit., *passim*.

²⁰⁵ WHITMAN, *The Origins*, cit., p. 2.

²⁰⁶ LANGBEIN, *The origins of adversary criminal trial*, Oxford, 2005, p. 262.

consideraba inocente mientras no se probara, más allá de toda duda razonable, que había cometido el delito, sino que si él era inocente debía estar en condiciones de convencer al jurado por la calidad y características de la refutación a la evidencia del persecutor²⁰⁷.

Las primeras referencias a la duda razonable aparecieron a finales del siglo XVIII, en varias instrucciones de los jueces al jurado, entre las que destacan las siguientes: «*Si apreciando las evidencias presentadas, mantiene alguna duda razonable... él (imputado) tiene derecho a su absolución*», «*Si usted tienen alguna duda, usted debe absolverlo*», «*Si usted tiene dudas sobre el caso, por supuesto que debe absolver al prisionero*», «*Si hay una duda razonable, en ese caso esa duda debe ser decidida a favor del prisionero*», «*Si usted ve cualquier duda razonable, usted debe absolverlo*»²⁰⁸. En todo caso, lo que se observa, a decir del propio LANGBEIN, es que mientras el proceso penal anglosajón fue fortaleciendo sus características de adversarialidad, con la creciente participación del abogado defensor; la imparcialidad del juez; el desarrollo de las técnicas de litigación; y, especialmente, la preocupación respecto de la posibilidad de una condena errónea y la necesidad de establecer un límite a la persecución penal, se fue generando el camino fértil para el desarrollo del estándar de la duda razonable.

El origen y desarrollo del estándar *bard* –desde una perspectiva eclesiástica y laica–, pareciera ser antinómico con las expectativas que –siguiendo a TARUFFO– uno debería exigir de un estándar probatorio suficiente para condenar penalmente a un ciudadano. En efecto, el estándar adquiriría una relevancia simbólica respecto del jurado (en el ámbito eclesiástico) o bien se sustentaba sobre una lógica subjetiva, apreciada holísticamente y en el sentido de una narración o historia (*storytelling*)²⁰⁹. Pero ello no debería sorprender, porque el proceso de adjudicación en el juicio oral, propio del modelo anglosajón, descansó siempre en la participación de un jurado lego, exento de la obligación de motivación. Por lo mismo, como se ha hecho acá, se debe incentivar una perspectiva más objetiva de tal estándar, que nos permita mantenernos alejados de la prueba legal o tasada y de la íntima convicción.

²⁰⁷ BEATTIE, John: *Crime and the Courts in England 1660 – 1800*, citado en Langbein, *ivi*, p. 263.

²⁰⁸ BEATTIE, John, *Crime and the Courts in England 1660 – 1800*, citado en Langbein, *The origins of adversary, ibidem*.

²⁰⁹ TARUFFO, *Tres observaciones*, cit., p. 122.

El estándar *bard* fue luego recogido en los Estados Unidos, incluyéndolo dentro de la garantía del debido proceso, lo que ocurrió en 1970, cuando la Corte Suprema, en el caso *In Re Winship*²¹⁰, resolvió que el acusador debía probar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable, precisando que: “*no quede alguna duda sobre la estatura constitucional del estándar de la duda estándar razonable, sostenemos explícitamente que la Cláusula del Debido Proceso protege al acusado en contra de una condena excepto sobre la prueba más allá de una duda razonable de todos los hechos necesarios para constituir el delito del que se le acusa*” (destacado agregado)²¹¹.

En consecuencia, la exigencia de la superación del umbral de la duda razonable dice relación con la obligación de quien tiene el peso de la prueba —*burden of proof*— de refutar la presunción de inocencia, a través de pruebas que vayan más allá de toda duda razonable. Como afirma CHIESA APONTE, desde una perspectiva subjetiva del estándar probatorio: «La prueba más allá de toda duda razonable no significa certeza absoluta ni certeza matemática; es suficiente la convicción o certeza moral en un ánimo no prejuiciado²¹²». Al respecto, la sentencia *In Re Winship* afirma: “Además, el uso del *estándar de la duda razonable* es indispensable para obtener el respeto y la confianza de la comunidad en la aplicación del Derecho penal. Es fundamental que la *fuerza moral del Derecho penal* no se diluya en un estándar de prueba que deje a las personas en la duda de si se está *condenando a personas inocentes*. Es también importante en nuestra sociedad libre que cada persona que realiza sus asuntos usuales tenga la confianza de

²¹⁰ 397 US 358 (1970).

²¹¹ Sobre el estándar de la duda razonable y su evolución jurisprudencial, *vid.* HOLLAND; CHAMBERLIN, “Statutory Criminal Presumptions: Proof Beyond A Reasonable Doubt?”, en *Valparaiso University Law Review*, Vol. n° 7 (1973), pp. 147 y ss.; JEFFRIES; STEPHAN, “Defenses, Presumptions, and Burden of Proof in the Criminal Law”, en *The Yale Law Journal*, Vol. n° 88 (1979), pp. 1325 y ss.; DERY, “The Atrophying of the Reasonable Doubt Standard: The United States Supreme Court's Missed Opportunity in *Victor v. Nebraska* And its Implications in the Courtroom”, en *Dickinson Law Review*, Vol. n° 99 (1995), pp. 613 y ss.; LEVY, “A Principled Approach to the Standard of Proof for Affirmative Defenses in Criminal Trials”, en *American Journal of Criminal Law*, Vol. n° 40 (2013), pp. 281 y ss.; DRIPSS, “The Constitutional Status of the Reasonable Doubt Rule”, en *California Law Review*, Vol. n° 75, pp. 1665 y ss., especialmente el capítulo II «*Winship Revisited: The Reasonable Doubt Rule and the Legality Principle*». Crítico de la evolución jurisprudencial norteamericana, en especial porque ella ha ido limitando y restringiendo el estándar de la duda solo al *core* de los tipos penales, *vid.* ALEXANDER, *The Supreme Court, Dr. Jekyll*, cit., pp. 191 y ss.; en el mismo sentido, ANÓNIMO, “*Winship on Rough Waters: The Erosion of the Reasonable Doubt Standard*”, en *Harvard Law Review*, Vol. n° 106 (1993), pp. 1093 y ss.

²¹² CHIESA APONTE, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Vol. III, Forum, 1995, p. 378.

que su gobierno no puede declararlo culpable de un delito sin convencer a un adecuado tribunal (factfinder) de su culpa con la mayor certeza” (destacado agregado)²¹³.

En ese sentido, llevan razón quienes critican el estándar *bard* porque, con esa comprensión, se torna en un baremo evidentemente subjetivo, oscuro, incoherente y confuso, además, de incontrolable, entregado a la decisión (íntima convicción) del juzgador, o sea, pierde todo su sentido como estándar. Entendido así, la crítica lleva razón²¹⁴. Pero eso precisamente explica el esfuerzo por despojar al estándar *bard* de su vertiente subjetiva y dotarlo de un parámetro objetivo, que permita mantener el valor axiológico y ético-político necesario²¹⁵. En ese esfuerzo, como lo he dicho al inicio, corresponde destacar a ACCATINO, quien ha demostrado, creo con éxito, que la interpretación correcta del baremo no es la subjetivista, sino que una objetiva, en el que el estándar obligue a «*la parte acusadora de aportar prueba capaz de eliminar o refutar cualquier hipótesis alternativa sobre las circunstancias de hecho del caso que resulte compatible con la inocencia del acusado*» (destacado agregado)²¹⁶, ahí donde compatible signifique que sea propia de un proceso inferencial que denote cierta razonabilidad, y no una mera construcción voluntarista e imaginaria, sin ningún soporte probatorio que permita una mínima corroboración.

Ahora bien, desde una perspectiva comparada, el estándar *bard* se extendió, en general, al resto del *common law* y hoy es el baremo pacífico para valorar el *quantum* de prueba. Solo como referencia, conviene revisar la sentencia de la High Court of Australia, del 2017, en que refiriéndose sobre la ya clásica cuestión de las instrucciones al jurado y la definición del estándar señaló que: «es, en general, imprudente que un juez de juicio oral intente explicar el concepto de duda razonable, más allá de observar que la expresión significa lo que dice, y que corresponde al jurado decidir si ha quedado con una duda razonable (y, en ciertas circunstancias, explicar que una duda razonable no incluye alguna posibilidad fantasiosa), la práctica usualmente seguida en Victoria,

²¹³ Sobre el estándar de la duda razonable, en clave constitucional, *vid.* STEIN, “Constitutional Evidence Law”, en *Vanderbilt Law Review*, Vol. n° 61 (2008), pp. 65 y ss; Sobre la fuerza moral del Derecho penal, *vid.* WALEN, “Proof Beyond a Reasonable Doubt: A Balanced Retributive Account”, en *Louisiana Law Review*, Vol. n° 76 (2015), pp. 355, en especial pp. 415 y ss.; en relación con la fuerza moral y la condena de inocentes *vid.* Bibas, *The Machinery of Criminal Justice*, Oxford University of Press, 2012, p. 63.

²¹⁴ LAUDAN, *Truth, Error, and Criminal Law*, cit., p. 30; *Id.* *Is Reasonable Doubt Reasonable*, cit., 295 y ss.

²¹⁵ Cfr. TARUFFO, Tres observaciones, cit., pp.115 ss.; *ID.*, *Conocimiento científico*, cit., pp. 87 ss.

²¹⁶ ACCATINO, *Certezas, dudas y propuestas*, cit., p. 509.

como fue en este caso, y a menudo se hace en *New South Wales*, incluye contrastar el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable con un estándar mucho más bajo, como el estándar civil de la preponderancia de la evidencia (*balance of probabilities*). *Esta práctica debe alentarse*. Se trata de un medio eficaz de transmitir al jurado que el hecho de estar convencido de la culpabilidad, más allá de toda duda razonable, no significa simplemente concluir que el acusado *pudo haber cometido* el delito o incluso que es *más probable que lo haya hecho a que no*. Lo que se requiere es un estándar de satisfacción mucho más alto, el más alto conocido por la ley: la prueba más allá de la duda razonable»²¹⁷.

En Inglaterra uno de los primeros fallos en que se usó la expresión duda razonable fue en *Miller v. Minister of Pensions* en que el LORD DENNING afirmó que: «la prueba más allá de toda duda razonable no significa prueba más allá de una sombra de duda. La ley fallaría en proteger a la comunidad si admitiera posibilidades fantasiosas que permitieran desviar el curso de la justicia. Si la evidencia es tan fuerte en contra de una persona que sólo deja una remota posibilidad a su favor que puede ser desestimada con la sentencia ello por supuesto que es posible, pero no que sea menos probable, el caso se prueba más allá de toda duda razonable, pero nada menos que eso será suficiente»²¹⁸. Y, en general, al igual que en Estados Unidos la discusión en el último tiempo se ha centrado, más que en el uso de la expresión, en la definición del mismo²¹⁹. De hecho, el 2018 el Judicial College publicó el *The Crown Court Compendium*, que sobre esto señala: «Es imprudente elaborar una definición sobre el estándar de la prueba: *Ching* (supra), aunque si un abogado se ha referido a "más allá de toda duda razonable", el jurado debería ser informado que eso significa lo mismo que estar *seguro*»²²⁰.

En Nueva Zelanda la cuestión de la duda razonable se ha resuelto por la *Court of Appeal of New Zealand* en el caso *R v Wanhalla*, también respecto de la forma de explicarle el concepto al jurado, y ahí se señaló que: «el punto de partida es la *presunción de inocencia*. Se debe tratar al acusado como inocente hasta que la Corona haya probado su culpabilidad. La presunción de inocencia significa que el acusado no

²¹⁷ *The Queen v Dookheea* [2017] HCA 36, 13 September 2017, M159/2016.

²¹⁸ [1947] 2 All ER 372 (KBD).

²¹⁹ Al respecto véase *R v. Penny* (1991) 94 Cr App R 345; *R v. Yap Chuan Ching* (1976) 63 Cr App R 7; *R v. Gray* (1973) 58 Cr App R 177.

²²⁰ "The Crown Court Compendium", *Judicial College*, (2017), 5-1.

tiene que *aportar ni presentar ninguna prueba y no tiene que demostrar su inocencia*. La Corona debe probar que el acusado es culpable más allá de toda duda razonable. La prueba más allá de toda duda razonable es un *estándar de prueba muy alto* que la Corona sólo habrá alcanzado si, al final del caso, usted está seguro de que el acusado es culpable. No es suficiente para la Corona que logre persuadirlo de que el acusado es probablemente culpable o incluso de que es muy probable (*likely*) que sea culpable. Por otra parte, es prácticamente imposible probar algo con *absoluta certeza* cuando se trata de la reconstrucción de los acontecimientos pasados y la Corona no tiene que hacer eso. ¿Cuál es entonces la duda razonable? Una duda razonable es una *honesto y razonable incertidumbre que queda en su mente acerca de la culpabilidad del acusado* después de haber considerado cuidadosa e imparcialmente toda la evidencia. En resumen, si, después de una cuidadosa e imparcial consideración de la prueba, usted está seguro de que el acusado es culpable, debe encontrarlo culpable. Por otra parte, si usted no está seguro de que el acusado es culpable, usted debe encontrarlo no culpable” (destacado agregado)²²¹.

En Canadá, la *Supreme Court of Canadá*, en el caso *R v. Lifchus* enfrentó también la cuestión de la definición del estándar de la duda razonable de la siguiente manera: «el acusado entra en el proceso presumiéndosele inocente. Esa presunción de inocencia permanece durante todo el caso hasta el momento en que la Corona haya alcanzado, con la prueba presentada ante usted, satisfacerlo más allá de una duda razonable de que el acusado es culpable. ¿Qué significa la expresión ‘más allá de toda duda razonable’? El término ‘más allá de toda duda razonable’ se ha utilizado durante mucho tiempo y es parte de nuestra historia y tradiciones de justicia. Está tan arraigado en nuestro Derecho penal que algunos piensan que no necesita explicación, pero algo hay que decir con respecto a su significado. Una duda razonable no es una duda imaginaria o frívola. No debe basarse en simpatía o en prejuicio. Más bien, se basa en la razón y en el sentido común. Se deriva lógicamente de la evidencia o de la *ausencia de evidencia*. Incluso si usted cree que el acusado es *probablemente culpable* o *posiblemente culpable*, eso no es suficiente. En esas circunstancias, usted debe darle el beneficio de la duda al acusado y absolverlo, *porque la Corona ha fallado en convencerlo de la culpabilidad del acusado más allá de una duda razonable*. Por otro

²²¹ [2007] 2 NZLR 573.

lado, debe usted recordar que es virtualmente imposible probar algo con absoluta certeza y la Corona no está obligada a hacerlo. *Tal estándar de prueba es imposiblemente alto*. En resumen, si, basándose en las pruebas presentadas ante el tribunal, usted está seguro de que el acusado cometió el delito que usted debería condenar, ya que esto demuestra que usted está satisfecho de la culpabilidad más allá de una duda razonable» (destacado agregado)²²².

Concluyo este repaso por la jurisprudencia destacando dos sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos, ambas posteriores a *In Re Winship*, y que se pronunciaron –de distinta manera– respecto del estándar *bard*. La primera es de 1981, en el caso *Steadman v. Securities and Exchange Commission (SEC)*²²³, y que tiene como antecedente una investigación administrativa de la SEC a Charles Steadman, en ese entonces dueño de Steadman Securities Corp, por la infracción a distintas normas de la ley de valores de mercados (fraude, incumplimiento del deber de informar, conflicto de interés, entre otras), específicamente en relación a la administración de fondos mutuos, procedimiento que concluyó con una condena en que se le impuso a Steadman, como dueño de la Agencia, además de una elevada multa, la inhabilidad de por vida para operar como corredor y la prohibición incluso de asociarse con cualquiera otra corredora, además de vender –en 90 días– sus acciones en la empresa. Lo relevante del caso es que en el procedimiento sancionador, como es hasta hoy, la SEC usó el estándar de prueba de la *PdE*. Steadman reclamó en contra de la sanción ante la Corte de Apelaciones respectiva ya que, a su juicio, en consideración a las sanciones impuestas no correspondía utilizar ese estándar de prueba, sino que el de la *CCE*. La Corte de Apelaciones rechazó el argumento.

La pregunta, entonces, que la Corte Suprema de los Estados Unidos debía responder es si, en los procedimientos administrativos sancionadores, que sustanciaba la SEC se debía aplicar, para determinar la responsabilidad del investigado en un supuesto de fraude a las leyes federales de mercado de valores, un estándar de prueba como el de la *preponderance of evidence*, o bien si –por las cualidades *estigmatizantes* de las

²²² [1997] 3 SCR 320. Esta regla fue adoptada por el *Canadian Judicial Council*, Model Jury Instructions, sección 6 (4) (5), revisada el 2011. Se debe destacar el hecho que la Corte Suprema de Canadá explícitamente eliminó la referencia al “*moral certainty*” en la definición de la duda razonable. Cfr. FRIEDLAND, “Searching for Truth in the Criminal Justice System”, en *Criminal Law Quarterly*, Vol. 60 (2014), p. 512.

²²³ 450 US 91, 1981.

sanciones— debía hacerse con un estándar de prueba más alto, como el de *clear and convincing evidence*.

Finalmente la Corte Suprema, con el voto del juez BRENNAN, rechazó el recurso, asumiendo que debía aplicarse el estándar de la PdE en razón de que era el estándar común en el ordenamiento y que en la historia de la ley era el que más se avenía con la intención del legislador. Sin embargo, el voto de minoría de los *judges* Powell y Stewart agregó algo importante, sostuvo que, en razón de la prohibición permanentemente de ejercer la profesión y la obligación de *deshacerse* de una inversión con una pérdida económica sustancial, resultaba razonable lo sostenido por el recurrente, en especial porque en ciertas ocasiones la SEC impone sanciones muy duras – *serious stigma and deprivation*—, más severas incluso que las que se imponen por ciertos delitos menores, donde sí se exige una duda razonable. Al efecto, el voto de minoría cita un párrafo del fallo *Addington v Texas*²²⁴ donde se señala: «*el recurrente ha ejercido la profesión de asesor de inversiones durante muchos años. Se le ha prohibido para siempre reanudar esa profesión. Muchas de las sanciones impuestas en virtud de nuestras leyes penales, como las multas monetarias y la libertad condicional, son mucho menos severas y, sin embargo, sólo pueden imponerse con arreglo al estándar de 'más allá de toda duda razonable' del Derecho penal*», por lo que concluye el voto diciendo «*con todo respeto, me parece que la decisión de hoy de la Corte carece de la sensibilidad que tradicionalmente ha caracterizado nuestra revisión respecto de la imposición de sanciones severas y de permanente estigma, que impone el Gobierno a los ciudadanos*» (destacado agregado). Lo relevante, desde la perspectiva del estándar *bard*, conforme queda claro en la sentencia pero también en el la audiencia donde se discutió el caso, es que aquel es un estándar que se aplica en materia penal, con presidencia de la pena, lo que seguramente se explica por los costos sociales que tiene.

El segundo fallo que me parece importante relevar es *Victor v. Nebraska*²²⁵, redactado por *justice* GINSBURG, en que separándose de la tendencia a no definir la duda

²²⁴ 441 U. S. 418, 423 (1979). Lo relevante de este fallo, en todo caso, es que señala que el estándar de prueba sirve para distribuir el riesgo de error —en la decisión— entre los litigantes; pero además para indicar la importancia relativa atribuida a la decisión final. En ese sentido, indica el fallo, en determinados casos el debido proceso requiere un estándar de prueba clara y convincente, en parte debido al estigma social que causan. Volveremos, en todo caso, a este fallo, cuando veamos *infra* el caso *Schneiderman v. United States*, en que la Corte Suprema de Estados Unidos usó un estándar que ha caído medio en el olvido, a saber, el de *clear, unequivocal and convincing evidence*.

²²⁵ 511 US 1 (1994).

razonable, señaló que: «el gobierno tiene la carga de probar que el acusado es culpable más allá de toda duda razonable. (...) En los casos criminales, la prueba del Estado debe ser más poderosa que eso [la de los juicios civiles]. Debe ser más allá de toda duda razonable. La prueba más allá de toda duda razonable es la prueba que te deja firmemente convencido de la culpabilidad del acusado. Hay muy pocas cosas en este mundo que sabemos con absoluta certeza, y en los casos penales la ley no requiere pruebas que superen todas las posibles dudas. Si, basándose en su consideración de la prueba, usted está firmemente convencido de que el acusado es culpable del delito que se le acusa, debe considerarlo culpable. Si, por otro lado, usted piensa que hay una posibilidad real de que no sea culpable, debe darle el beneficio de la duda y considerarlo no culpable».

Cierto es que el estándar de la duda razonable ha sido fuertemente criticado, sea por lo difuso y resbaladizo que resulta como concepto²²⁶, o bien porque parece desempeñarse como un baremo eminentemente subjetivo²²⁷, de naturaleza similar a la íntima convicción o la certeza moral²²⁸. Con todo, a efectos de esta tesis tales críticas no son enteramente relevantes, por cuanto el sentido axiológico y político detrás del estándar prescinde de dichas consideraciones críticas, en especial si uno trabaja con una conceptualización más objetiva del estándar *bard*, que permite mantener una distribución fuerte de los errores, privilegiando los *falsos negativos* en pos de evitar un *falso positivo*.

²²⁶ Cfr. MULRINE, “Reasonable Doubt: How in the World Is It Defined?”, en *American University International Law Review*, Vol. N° 12 (1997), p. 218; LAUDAN, *Por qué un estándar de prueba subjetivo*, cit., p. 100; ID., *Is Reasonable Doubt Reasonable*, cit., *passim*; TARUFFO, *Simplymente la verdad*, cit., p. 249, «el significado exacto de este criterio es incierto: por un lado, no es posible saber cómo lo aplican efectivamente los jurados norteamericanos, que no motivan sus veredictos; por otro lado, la definición de ‘duda razonable’ es todo menos clara, y los intentos de atribuirle una cuantificación no han producido resultados». Pero, agrega inmediatamente: «el significado central que se expresa a través de ese estándar es evidente: éste requiere un grado particularmente alto de confirmación probatoria de la culpabilidad del imputado, que se aproxima a la certeza, dado que sólo admite la presencia de dudas ‘irrazonables’, con la evidente intención de *reducir al mínimo el riesgo de condena de un inocente*» (agregado destacado).

²²⁷ LAUDAN, *Por qué un estándar de prueba subjetivo*, *passim*; ID., *Is Reasonable Doubt Reasonable*, cit., *passim*; CANZIO, *L’oltre il ragionevole dubbio*, cit. p. 304; SIMON, “More Problems With Criminal Trials: The Limited Effectiveness of Legal Mechanisms”, en *Law and Contemporary Problems*, Vol. 75 (2012), p. 189.

²²⁸ SOLAN, “Refocusing the Burden of Proof in Criminal Cases: Some Doubt About Reasonable Doubt”, en *Texas Law Review*, Vol. N° 78 (1999), pp. 111 y ss.; LAUDAN, *Is Reasonable Doubt Reasonable*, cit., *passim*; ID., *Truth, Error, and Criminal Law*, cit., en especial el capítulo *The Unraveling of reasonable Doubt*.

Si se vincula lo anterior al objeto de esta investigación, lo central de este capítulo se puede resumir así: cuando el Estado impone un castigo infligiéndole a una persona un dolor y un estigma –preferentemente un castigo penal– actúa de una manera que, *prima facie*, está prohibida; salvo que desplace el derecho que tiene todo individuo a no ser condenado. Las inhabilidades, las multas –que en última instancia se transforma en una privación de libertad–, las penas sustitutivas, las privativas de libertad, y la pena, son todas –especialmente cuando se aplican en sede penal– portadoras de un dolor o un estigma –en algunos casos más lo primero que lo segundo, y así viceversa–, que cumplen además un rol comunicativo de la relación/expectativa del sujeto y la comunidad. En este contexto, el estándar de convicción más allá de toda duda razonable expresa al menos tres cosas. En primer lugar, un compromiso epistémico con la verdad y con la idea de que el proceso penal debe ser particularmente cuidadoso con el uso de la pena, aunque ello no es suficiente, por cuanto una pena podría bastarse con un estándar más neutro de corroboración, e igualmente razonable en términos de verdad, como por ejemplo un baremo como el de PdE; en segundo lugar expresa, además, una preocupación deontológica, pues se explica mejor como un estándar que, junto con la verdad, pone en un pie privilegiado cuestiones como la libertad, la dignidad y la autonomía de los agentes; y, en tercer lugar, refleja una posición política, en cuanto se vincula indisolublemente con la defensa de un debido proceso penal, de fundamento liberal y garantista, que no solo se desempeña como un canon de respeto y protección de los derechos fundamentales de las personas, en especial de las inocentes, y por ende como un límite al poder punitivo del Estado, sino que como un criterio de civilidad, ergo, ya no solo desde una perspectiva vertical (ciudadano v/s Estado) sino que más horizontal entre los propios ciudadanos. El Estándar de la duda razonable nos impone el deber, si queremos imputarle a otro que ha defraudado las expectativas de civilidad que tenemos los *unos a los otros*, que se reflejan en las normas de conducta penalmente sancionadas, que esa expresión de verdad «*has hecho x, x es un delito, y por lo mismo rompiste el pacto de civilidad*» deba estar recargada con un nivel de corroboración que evite con decidida convicción que el día de mañana ese *otro* pueda llegar a nosotros y decirnos «*vieron, yo no había hecho x, y por lo mismo no merecía el trato de incivilizado que ustedes me comunicaron con la sentencia, ni las consecuencias de la misma*».

Por lo mismo, parafraseando la sentencia *In Re Winship*²²⁹, el estándar de la duda razonable no solo juega un rol vital en el sistema penal, sino que en el propio sentido de comunidad que compartimos, porque nos impone ciertas obligaciones al condenar a otro: una fuerte corroboración; una marcada distribución de riesgos de errores favoreciendo la inocencia; y, una mirada del reproche –además del dolor y la estigma– como un acto comunicativo de incumplimiento de las normas esenciales de convivencia, de incivilidad.

El estándar de prueba de la duda razonable es entonces, en mi opinión, la regla de cierre del sistema penal, en cuanto refleja el compromiso social y político más serio de una sociedad en el sentido de evitar que un inocente sea condenado por un injusto penal (culpable) que no realizó, es decir, la obligación de tratarlo como *un alter ego moral*, respetarlo como tal, algo que solo podemos dejar de hacer si no tenemos dudas que exista una hipótesis alternativa que sea coincidente con su inocencia.

Es un estándar que necesariamente tiene un sesgo a favor de una de las partes del proceso, el imputado, pues refleja la decisión social de que es moralmente más injusto condenar a un inocente que dejar libre a un culpable. En similares términos se expresa TARUFFO, para quien a «pesar de que pueden presentarse problemas para ofrecer una definición precisa y analítica de ese estándar, especialmente si se utilizan criterios cuantitativos inapropiados para la naturaleza del problema (...), parece indiscutible la *razón moral fundamental* –antes aún que jurídica– que está en la base de la adopción del criterio de la ‘duda razonable’, esto es, la *opción ética* según la cual es preferible que muchos culpables sean absueltos al peligro de condenar a un inocente. Esta *opción ética* conlleva diversas consecuencias, una de las cuales, precisamente, consiste en exigir que la condena se funde en una prueba de la culpabilidad de un grado especialmente elevado»²³⁰.

En este punto cobra toda la relevancia y sentido lo que hemos dicho desde el inicio, a saber, la función distribuidora de riesgos de error del estándar *bard*, que

²²⁹ *In re Winship*, (1970) 397 US 358, 363. En la sentencia se señala que «*the reasonable doubt standard plays a vital role in American scheme of criminal procedure. It is the prime instrument for reducing the risk of convictions resting on factual error. The standard provides concrete substance for the presumption of innocence, that bedrock axiomatic and elementary principle whose enforcement lies at the foundation of the administration of our criminal law*». La sentencia cita otra decisión fundamental en materia de presunción de inocencia, a saber, la sentencia *Coffin v. United States*, 156 U.S. 432,453 (1896).

²³⁰ TARUFFO, *La prueba*, cit, p. 273.

expresa una preferencia por los falsos negativos en oposición a los falsos positivos, al punto que implica que a pesar que las pruebas pudieran confirmar –en otro estándar– una cierta *verdad de la proposición*, ello puede aún no ser en grado suficiente para que el adjudicador pueda concluir que se trata de una subsumisión correcta al tipo penal²³¹.

El estándar *bard*, a pesar de las críticas, sugiere que, previo a dictar una sentencia condenatoria –a reprocharle un injusto penal a alguien– el acusador debe haber probado ese hecho con un grado de confirmación particularmente elevado: no cualquier prueba, entonces, es suficiente para justificar una condena, y para derrocar el derecho que tiene una persona –otro, un alter– a no ser condenada²³². En ese sentido, entonces, debe entenderse la máxima con que se inició esta investigación, que exclama que resulta preferible absolver a diez culpables (*personas naturales*) que condenar a un inocente (*persona natural*). Se trata, como ya he dicho, evidentemente de una *ratio* moralmente valorativa, no matemática ni epistémica. Pueden ser once o nueve, quizás 20, pero no 1000, y tal vez ni siquiera 100. Uno de los problemas de asignar al estándar de prueba un criterio matemático, de probabilidad, es que no entrega buenas razones para limitar una concepción contingente de ese baremo. El estándar, se podría sostener, puede variar conforme a la necesidad v.gr. político–criminal de incrementar la respuesta penal, de aumentar la disuasión momentánea, generar más sensación de seguridad, sin perjuicio que después nos demos cuenta que condenamos a un número mayor de inocentes. Así, por ejemplo, en momentos de mayor criminalidad un baremo tan alto como el de la duda razonable es contraproducente con la necesidad de mejorar la respuesta penal, sea para intimidar al resto de las personas, sea para generar una mayor confirmación de la expectativa de la norma. Sería, entonces, una cuestión entregada enteramente a la arbitrariedad legislativa o judicial²³³.

5.3 El estándar *bard*. Un regla de protección deontológica diseñada para las personas naturales.

²³¹ TARUFFO, *La Verità nel processo*, cit., p. 196.

²³² *Ibidem*.

²³³ Similar LIPPKE, “Justifying the proof structure of criminal trials”, en *The International Journal of Evidence and Proof*, Vol. n° 17 (2013), p. 328.

Conforme ya se ha podido ir intuyendo, un estándar como el *bard* impone un costo relativamente alto –o bastante alto– a la sociedad, a saber, el costo de la absolución y la liberación de un número considerable de autores de injustos penales y el consiguiente peligro para la seguridad pública. Eso es un hecho. La absolución de alguien que infringió una norma de conducta penal no solo perturba la estabilidad del Estado de Derecho, sino que también causa un daño relevante a la víctima de ese delito y otras futuras que pueden luego ser victimizadas. Y no solo eso, el estándar *bard* además debilita la función preventivo general de la norma penal (y de la pena), sea porque no disuade, sea porque no reafirma la vigencia de la norma, sea porque comunica pésimamente la importancia del valor de la estabilidad de la norma²³⁴. Una sociedad, parece evidente, tiene que tener muy buenas razones para fijar un estándar así y, en especial, mucha cautela respecto de a quien favorece con el mismo.

Por eso, el estándar *bard* se explica como un corolario de concretización de la presunción de inocencia y el principio *favor rei*, y es una obligación del Estado Derecho, que se funda en la idea de que hay restricciones morales basadas en la dignidad –principalmente– que nos imponen la obligación de evitar –incluso involuntariamente– condenar a los inocentes, incluso si al hacerlo se podría maximizar el bienestar social. Como lo expresa DAN-COHEN, el Derecho penal y sus límites (legalidad); el sistema procesal, y sus reglas de admisibilidad, licitud y valoración, constituyen formidables obstáculos que evitan la condena de inocentes y que superan lo que *consideraciones puramente consecuentes* obligarían²³⁵.

Estas restricciones morales, llevadas al lenguaje normativo, permiten generar un constructo de protección frente a las condenas erróneas, consistente con una idea que subyace nuestro pensamiento social, a saber, que nadie que no haya cometido un delito merece ser condenado. Empero, ese derecho no puede pretender que se garantice la absolución para todos los inocentes, pues hemos dicho que un proceso así es inasible; pero podría ser considerado en la configuración de nuestros sistemas penales a fin de que proporcione una protección justa e igualitaria contra las condenas erróneas, de un

²³⁴ KITAI, *Protecting the Guilty*, cit., p. 1166.

²³⁵ DAN-COHEN, *Normative Subjects. Self and Collectivity in Morality and Law*, Oxford, 2016, p. 202.

modo que haga que el resultado sea mucho más seguro –respetando nuestro ideal– de lo que lo haría un procedimiento puramente consecuencialista²³⁶.

Sobre este punto conviene recordar a DWORKIN, quien sostenía que hay un factor de injusticia o un *daño moral* asociado con ser condenado falsamente. Este daño «es objetivo, y existe independientemente de si la persona que está siendo castigada sabe o le importa, y por lo tanto debería escapar el ámbito de cualquier cálculo utilitarista que no dé cuenta de ello»²³⁷. Por lo mismo, el Derecho penal –y específicamente la inflicción de una pena– debería distanciarse de cálculos utilitaristas, aunque ello implique pagar un alto precio por protegernos en contra de un error que signifique un mayor daño moral. MAIHOFER expone algo similar, aunque apelando al *in dubio pro reo*, regla muy valorada en Alemania, a saber, que el «*respeto de la dignidad humana en el individuo*, aun cuando éste sea acusado y condenado como ‘criminal’, prohíbe no sólo el castigo de inocentes, o la *pena por sospechas sin prueba convincente de la culpabilidad* (según el principio *in dubio pro reo*)»²³⁸.

En ese sentido, un estándar como el de *bard*, en cuanto arreglo institucional inserto en nuestro sistema de persecución penal, se advierte como una adecuada herramienta para asegurar la libertad y la dignidad de las personas, en el sentido que la inflicción estatal, de dolor y estigma relevante, o sea la pena, no quedará condicionada *ex professo* a razones consecuencialistas, tales como la eventual aplicación –aunque involuntaria– de una pena a un inocente, *porque* ello pudiera servir para reforzar el funcionamiento del sistema judicial, estabilizar la norma frente a una comunicación defraudatoria de la misma, controlar la criminalidad o bien para disminuir la impunidad. Lo anterior porque un sistema que inflige un dolor y estigma relevante –como el Derecho penal o, en algunos casos, el Derecho administrativo sancionador– que opere con un estándar más bajo que el de la duda razonable no es –usando la expresión de NOZICK– nada confiable, sino por el contrario es –tratándose de reproches a individuos–

²³⁶ DUFF ET. AL., *The Trial on Trial, Vol. I, Truth and Due Process*, Oxford, 2004, p. 22.

²³⁷ DWORKIN, *A Matter of Principle*, cit., p. 89; en el mismo sentido, CAMPBELL, “Criminal Labels, the European Convention on Human Rights and the Presumption of Innocence”, en *The Modern Law Review*, Vol. n° 76 (2013), p. 689; GALLIGAN, *Rights, Procedures, and Costs*, Oxford, 1997, p. 116, para quien el «alcance del daño moral se puede ver en su forma más brutal cuando los inocentes son condenados erróneamente».

²³⁸ MAIHOFER, *Estado de Derecho y Dignidad Humana*, cit., p. 149.

sumamente desconfiable, pues asume de antemano que se condenarán –en mayor número– inocentes²³⁹.

La justa e igual consideración de los seres humanos –las personas naturales–, supone el respeto de su individualidad y dignidad, pero no solo eso, el Estado debería tomar en cuenta sus preferencias y temores, en especial –en lo que nos interesa– la esperanza de vivir en comunidad libre y de modo inclusivo, como no–dominación, lo que evidentemente se quiebra cuando uno de sus miembros es condenado injustamente, a quien se impone una pena sin que lo merezca²⁴⁰. El respeto por la dignidad, por no reprochar a quien no corresponde, requiere un estándar alto de prueba.

El argumento fluye así: el sistema de justicia penal –y eventualmente el administrativo, cuando inflige un dolor o estigma materialmente similar a una pena– no se limita solo a la condena de las personas, sino que con ello afecta otros valores que son especialmente sensibles en nuestra concepción de civilidad, a saber, la libertad y la dignidad. Se trata de valores de coexistencia humana, de la socialidad. La dignidad y la libertad son –siguiendo, a SÁNCHEZ–OSTIZ– los atributo más específico de la persona, los dos son valores radicales de lo humano²⁴¹, que entiendo, se desarrollan y se disfrutan en propiedad no en el contexto del *yo-conmigo mismo*, de la individualidad, sino del *yo-con-ustedes*, del nosotros, de lo social. Por eso, en general, cuando se piensa en la presunción de inocencia o en el estándar *bard*, no se valoran solo desde lo individual –el yo favorecido por la regla– sino que desde el valor social, la armonía y cohesión de la comunidad.

A estas alturas se habrá comprendido el valor que este tipo de decisión política – la de definir un estándar de prueba como *bard*– tiene en una sociedad. De hecho, alguien podría perfectamente preguntarse si acaso siendo tan relevante el tipo de error que el estándar de prueba puede generar, ([+] falsos negativos –absolver a un culpable– v/s [–] falsos positivos –condenar a un inocente) no sería mejor simplemente adoptar un modelo que no distribuya riesgos, que sea perfectamente racional y donde el tribunal condene frente a la hipótesis más probada. Si uno cree eso, debería estar dispuesto a decir, entonces, que le es perfectamente indiferente condenar –aunque sea

²³⁹ NOZICK, *Anarquía, Estado y utopía*, segunda reimpresión argentina, 1991, p. 106.

²⁴⁰ SELZNICK, *A Humanist Science. Values and Ideals in Social Inquiry*, California, 2008, p. 23.

²⁴¹ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Fundamentos de Política criminal*, cit., p. 80 y s.

involuntariamente— a un inocente, como dejar libre a un culpable. Y la verdad es que, mientras queremos que los culpables sean condenados, y en eso no hay nada errado, nos duele más condenar a una persona inocente²⁴². Pero, y aquí está el *quiz* del asunto, nos duele condenar a una persona natural inocente, mas no nos puede doler, de la misma manera, condenar a una persona jurídica inocente. Respecto de una persona jurídica seguramente no estamos dispuestos a pagar el costo (social y moral) que supone tener un estándar alto de condena. No creo que nadie seriamente diga que le duela que, en un contexto donde mayoritariamente se condenen empresas culpables, exista una *ratio* más alta de falsos positivos.

Pero como eso no se sostiene ni es justificable, no al menos respecto de las personas naturales, entonces obliga a quienes sostienen que el estándar o baremo de convicción debe ser tan alto como sea posible para evitar la condena de un inocente a responder tres preguntas: ¿Por qué el estándar debe ser tan alto y qué justifica esa decisión? ¿Tiene el Derecho penal una relación intrínseca con ese estándar? ¿Se justifica, sobre la base de las preguntas anteriores, un Derecho penal de las personas jurídicas? Contestemos ahora la primera pregunta, las otras dos las dejaremos para los próximos capítulos.

La respuesta a la primera pregunta no puede ser contestada únicamente sobre la base de la distribución de riesgos. Por el contrario, lo que justifica un estándar alto es una preocupación por honrar el derecho del imputado —*a no ser condenado*— a que solo sea privado de sus derechos fundamentales en la medida en que se demuestre con un alto nivel de corroboración que él ha cometido el delito. Ello porque los derechos que el Estado puede conculcar con el castigo (en especial la libertad, pero no solo la libertad) no corresponden únicamente a intereses ciudadanos, sino que son intereses fundacionales de la vida humana, como individuo y como ser social.

Una persona que es perseguida penalmente no sólo tiene el derecho a que el *ius puniendi* sea correctamente aplicado, es decir, que sea ejercido *con verdad*, sino que tiene derecho a un proceso que esté encaminado racionalmente a buscar *esa* verdad (la del estándar *bard*), con un alto nivel de corroboración epistémica. Tiene derecho a un juicio que tenga una especial preocupación por no equivocarse, pero no sólo eso, sino que, además, tenga una especial sensibilidad por garantizar la libertad y la dignidad de

²⁴² HO, *The Presumption of Innocence as a Human Right*, cit., p 279.

las personas. Ello no se explica, ni moral ni éticamente, respecto de las personas jurídicas²⁴³, salvo, claro que uno esté dispuesto a asumir la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde una perspectiva vicarial o de identidad orgánica (o desde la heterorresponsabilidad), donde ahí sí tiene sentido la discusión sobre la ausencia de culpabilidad o acción de la persona jurídica, y por lo tanto, la pena se predica no respecto del ente, sino que respecto de quienes participan del grupo apical de la misma.

5.4 El estándar *bard*. Un regla de protección de nuestra civilidad.

Por otra parte, en lo que he llamado el perfil político-social de la duda razonable, necesario tanto en el Derecho penal como en el Derecho procesal penal, se expresa en un horizonte ético, que se asocia a la necesidad de mantener un estándar alto de prueba en materia penal como forma de promover e incentivar la generosidad con la cual deberíamos apreciar la conducta de los otros, pero también con nuestra propia expectativa de lo que debería ser un castigo justo, a quien efectivamente –no teóricamente– se lo merece: lo que NANCE incluye en el así llamado *principio de civilidad*²⁴⁴. Lo anterior es consistente, además, con la paradoja de la razón pública advertida por RAWLS, en que la justificación del poder *coercitivo* del Estado –la justificación del poder político– debe hacerse de tal manera que los demás puedan aceptarla como consistente con la libertad e igualdad que se reconocen mutuamente –propia también de la dignidad- los miembros de una sociedad democrática, lo que él va a denominar el *deber de civilidad*²⁴⁵; el cual reclama considerar valores político-sociales en aquellos casos que impliquen el núcleo esencial de la cuestión constitucional, siempre que se relacionen íntimamente con esos valores y acaben por ser

²⁴³ HO, “Justice in the Pursuit of Truth: a moral Defense of the Similar Facts Rule”, en *Common Law World Review*, vol. n° 35 (2006), pp. 51-79, p. 55 y s.

²⁴⁴ NANCE, *Civility and the Burden of Proof*, cit., p. 647. No es extraño que FERRAJOLI vea no en la duda razonable, sino que en la presunción de inocencia un principio fundamental de civilidad, como la opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes. Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 549. Lo mismo con DUFF, *Who Must Presume Whom to Be Innocent*, cit., p. 171; También CAMPBELL, *Criminal Labels, the European Convention on Human Rights*, cit., p. 690, para quien la presunción de inocencia puede considerarse como parte de lo que se ha denominado el “principio de civilidad”, lo que demuestra nuestro compromiso con un sentido de *comunidad* y respeto por los *demás miembros de ella*.

²⁴⁵ RAWLS, *El liberalismo político*, Barcelona, 1996, p. 252 y s.; PEÑA GONZÁLEZ, “Rawls: equilibrio reflexivo, constructivismo y razón pública. El problema de la realidad y la justificación en filosofía política”, en *John Rawls. Estudios en su memoria*, Universidad de Valparaíso (Chile), 2002, p. 417 y s.

políticamente decisivos²⁴⁶. En ese nivel, uno podría argumentar, que una sociedad democrática tendría como consideración –y desde luego así se representa en las constituciones y tratados vigentes– una especial protección por esa dualidad –libertad e igualdad, que se reconoce como esencia del hombre social, junto a la dignidad–, en términos que ella no pueda verse afectada por el poder coercitivo del Estado, salvo que exista prueba más que suficiente de su culpabilidad (v.gr. *bard*). Se trata, luego, de una cuestión política vinculada a la democracia.

Y, respecto del poder coercitivo del Estado, se pueden tener muchas discrepancias, desde luego muchos de los pilares cardinales del Derecho penal y del proceso penal se pueden discutir –y de hecho se han discutido, al punto de ir perdiendo el Derecho penal su civilidad²⁴⁷–, pero hay un grupo reducido de ellos, el principio de legalidad, de culpabilidad y la duda razonable (presunción de inocencia), que seguramente los miembros de una sociedad democrática no querrán poner, seriamente, en discusión: o sea la idea de estar dispuesto a aumentar los inocentes castigados, es decir, tolerar la condena de quien no se lo merece.

En ese contexto, el estándar *bard* se vincula con aquello que PETTIT ha llamado una norma cívica, que incentiva la virtud cívica y la buena ciudadanía —la civilidad—, como parte de la tradición republicana, como forma de insistencia en la necesidad de virtud ciudadana²⁴⁸. La civilidad, así entendida, connota respeto por el otro, tolerancia y alteridad, y fomenta actitudes de inclusión, en prácticas de cooperación, diálogo, y cortesía²⁴⁹. La duda razonable nos impone la virtud de mostrar contención y respeto respecto de quien está siendo perseguido penalmente, y no lo hacemos –o deberíamos hacer– solo por el juzgado, sino que también por nosotros, para nosotros, para poder también vivir en condiciones de no–dominación, lo que no ocurriría si pensáramos que la atribución de responsabilidad penal puede –en términos de mayor frecuencia– condenar inocentes. La duda razonable –junto a la presunción de inocencia– implica entonces una demanda más amplia hacia el Estado y hacia *los otros*, de cómo debemos tratarnos unos a otros en nuestras vidas cívicas, no sólo como inocentes, sino que asumir

²⁴⁶ CORREA CASANOVA, *La tolerancia liberal. Una aproximación a la propuesta ética y política de John Rawls*, Santiago, 2013, p. 122 y s.

²⁴⁷ GARLAND, *Punishment and Welfare. A history of penal strategies*, Aldershot, 1985, p. 3

²⁴⁸ PETTIT, *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, 1999, pp. 318 y ss.

²⁴⁹ SELZNICK, *A Humanist Science*, cit., p. 101.

que solo un *quantum* de prueba muy alto permite tratar a un ciudadano –o al *otro*– como un infractor de la norma penal.

El principio de civilidad nos invita a presumir, hasta que se exista suficiente prueba en contrario, que la otra persona actuó de acuerdo a las normas sociales²⁵⁰. En ese contexto, y dejando de lado algunas razones consecuencialistas que también se pueden esgrimir, NANCE nos sugiere una mirada deontológica, basada en una argumentación desde los derechos, en el respeto hacia la persona sobre la cual la atribución de la responsabilidad debe hacerse²⁵¹. Como dice ella, nuestro «deber de respetar a los otros conlleva el deber de presumir su cumplimiento con sus obligaciones sociales relevantes»²⁵². Esa presunción no sólo garantiza la autonomía del individuo, que es justamente lo que le permite organizarse como cumplidor de la norma, y luego ser sancionado por ese incumplimiento, con lo que se le dignifica su autonomía aceptando su falibilidad²⁵³; pero presumir lo contrario –el incumplimiento de la norma– falla en reconocerle a esa persona «la dignidad asociada al reconocimiento de su estatus de *miembro* de la comunidad que está gobernada por las normas cuyo cumplimiento se discute»²⁵⁴.

Dicho todo esto, la civilidad se da con el estándar *bard* en cuanto este se relaciona, además del obvio baremo probatorio que el juez debe alcanzar para dar por probada la acusación, también con *la naturaleza de la acusación* dirigida al individuo, su *gravedad* y sus *posibles consecuencias*²⁵⁵. Y lo que justifica ese estándar no es sólo el hecho de tratarse de una norma de carácter penal, lo que en sí probablemente no lo justificaría, sino principalmente el hecho que esa norma de carácter penal tiene asociada una sanción que, en la mayoría de los casos, se despliega en dos ámbitos, uno actual y personal (privación de libertad o la vida) o potencial y relacional (familia, comunidad, salud mental y futuro), pero en todo caso es siempre severa y además expresivamente estigmatizante, pues expresa un reproche sobre la norma de comportamiento más importante de nuestro ordenamiento. Luego, el hecho que sea penal, sea por le inflicción

²⁵⁰ NANCE, *Civility and the Burden of Proof*, cit., p. 647.

²⁵¹ *Ivi*, p. 653

²⁵² *Ibidem*.

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ *Ibidem*.

²⁵⁵ *Ibidem*.

de dolor, sea por el estigma, justifica un estándar de prueba alto, porque siempre está en juego el núcleo esencial de la libertad y la dignidad humana.

Al respecto, bien vale la pena recordar una sentencia de la Corte Suprema de Canadá en que expresa esto con claridad. En el caso *R. v. Pearson* indicó que «la presunción de inocencia [el estándar *bard*] protege la *libertad fundamental* y la *dignidad humana* de toda persona acusada por el Estado de un delito. Una persona acusada de un delito se enfrenta a graves consecuencias sociales y personales, como la posible pérdida de la libertad física, el estigma social y el ostracismo de la comunidad, así como otras consecuencias sociales, daños psicológicos y económicos. A la luz de la gravedad de estas consecuencias, la presunción de inocencia es crucial. Asegura que hasta que el Estado demuestre la culpabilidad del acusado *más allá de toda duda razonable*, él es inocente. Esto es esencial en una sociedad comprometida con la equidad y la justicia social»²⁵⁶.

Pero todo ello, creo, solo es predicable de las personas humanas, no de las personas jurídicas, en especial si se entienden como entidades distintas a las personas naturales que la conforman, como lo proponen las tesis que se alejan de la heterorresponsabilidad.

Se podrá decir que las personas jurídicas tienen reconocimiento normativo, que en algunos países se les reconocen derechos que son asimilados a las personas naturales, que participan –en cierto modo– del debate público y que pueden ejercer el derecho a la libertad de expresión, pero no cabe duda que ellas –como entidades autónomas– carecen de los atributos humanos de los que somos portadores antes de la formación del Estado, y respecto de los cuales –sin querer entrar al debate contractualista– ponemos en consideración del Estado, al momento de renunciar al ejercicio de la violencia y de organizarnos. El hecho que en algunos casos se les llame, en términos normativos, ciudadanos (e incluso podamos reconocer que se portan como *good corporate citizen*) no quiere decir, desde luego, que participan, como nosotros, de nuestra comunidad. En este punto conviene recordar lo señalado por MAÑALICH, quien al efecto señaló que «[m]ás allá de si es plausible o no la interpretación de la libertad (constitucional) de expresión susceptible de ser reconocida a las personas jurídicas en el sentido de una libertad positiva –esto es, como una posición de autonomía pública–, es más que

²⁵⁶ [1992] 3 S.C.R. 665, 683

discutible la conclusión de que la organización empresarial moderna exhibiría “una capacidad para expresar juicios morales en el discurso del foro público”, que la habilitaría a tomar parte en la “producción común de sentido” (...)Esta última afirmación tiene algunas implicaciones ético-políticas sumamente problemáticas, que apenas logran ser advertidas si la discusión se reduce a la cuestión “formal” del sufragio»²⁵⁷.

Desde la perspectiva de la víctima, aunque es un punto que volveremos, incluso un estándar como el de *bard*, respecto de las personas naturales, satisface un deber del Estado respecto de la víctima, a saber, la declaración categórica mediante la cual se expresa el reproche institucional de que el acusado *es* el responsable del injusto que la ha dañado y por lo mismo –en una perspectiva vertical– es legítimo el reproche y la pena. Es también por respeto a la víctima –como otro *alter* perteneciente a la comunidad– que el tribunal no tiene derecho a condenar a una persona a menos que se justifique categóricamente que ella cometió el delito, que sabe que lo cometió, ahí donde *sabe* se representa mejor como verdadero, producto de un juicio basado en la prueba más allá de la duda razonable²⁵⁸. Expresar tal aserto de reproche –decir que se sabe que *x* cometió tal delito– sin una justificación suficientemente adecuada y corroborada es también engañar a la víctima y a la comunidad en su globalidad.

Pero el estándar *bard* también tiene una mala noticia para la víctima, a saber, que ella pueda percibir que la prueba presentada en contra del imputado (su supuesto agresor) fue *sustancialmente* superior a la de defensa, en el sentido que inferencialmente es mucho más probable, mediante un razonamiento lógico inductivo, concluir que la hipótesis de la acusación es la mejor inferencia posible a lo acaecido, y todavía el tribunal debería absolver porque otras hipótesis alternativas –pero razonables– no fueron descartadas²⁵⁹. Ello, no cabe duda, genera frustración y un sentimiento de injusticia en la víctima y en la comunidad, que en el caso de las personas jurídicas sería francamente intolerable, afectando con ello no solo la capacidad comunicativa de la norma penal, sino que también lesionando la confianza de la ciudadanía en la efectiva

²⁵⁷ MAÑALICH RAFFO, “Organización delictiva: bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno”. En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. n° 38, p. 300 y s.

²⁵⁸ WARD, “Improperly Obtained Evidence and the Epistemic Conception of the Trial”, en *The Journal of Criminal Law*, Vol. n° 81, p. 336.

²⁵⁹ La tradición racionalista de la evidencia, recordemos, también descansa en la utilización del razonamiento inductivo. TWINING, *Rethinking Evidence*, cit., p. 110.

protección del sistema respecto de los derechos de quienes sufrieron un delito por parte de una empresa.

Respecto de esto último, si bien es cierto que el Derecho penal debería en general mantener una posición alejada de la víctima, no ignorarla –como sugiere MOORE –, pero sí tan alejada que, por una parte, no genere en ella falsas expectativas; pero a su vez no se deje seducir por el canto de las sirenas que luego suponga la disminución de los estándares de condena. El Derecho penal –si quiere ser coherente con sus propias premisas– siempre va ser algo hostil con la víctima, pues se debiera colocar del lado del imputado –inocente-. Cuando se adhiere a un estándar como el de la duda razonable, por ejemplo, lo que se hace es justamente eso: el sistema de justicia criminal determina una opción preferente por la inocencia incluso a cambio de la libertad de posibles culpables. Y eso implica una posición sistemática de no horizontalidad entre el imputado (no el autor) y la víctima, donde uno –el imputado- se coloca en una mejor expectativa de ver preferida su pretensión en el resultado, lo que genera en ella –la víctima- una sensación de frustración, que solo se explica –con dificultad– desde lo que hemos dicho, la civilidad y la alteridad, que son propios del reproche penal.

En este punto conviene hacer una pequeña advertencia, porque la referencia en algunos casos a cuestiones como el utilitarismo, el consecuencialismo y la retribución, o el merecimiento, podría llevar al lector a pensar que acá se está abordando la cuestión – muy debatida en el *common law*– de la imposición, voluntaria y consciente, de una pena a un inocente, a fin de mejorar el bienestar de la población. Ello con la consabida crítica desde el retribucionismo por el daño moral que esa decisión implicaría, en razón de la completa ausencia de *merecimiento* de ese sujeto de recibir un castigo estatal, con la evidente lesión de su dignidad. El estándar *bard* por cierto, no opera necesariamente en esa lógica, pues no pretende impedir que se condene a un inocente –dijimos que eso era imposible- sino que solo decirle al juez cuál es el baremo de prueba que debe considerar al momento de dictar una sentencia, y en especial en materia penal ese debe ser muy alto, lo que impediría una decisión como la recién planteada –deliberadamente condenar a un inocente. Ello no es óbice, como es evidente, a que el juez –de modo involuntario y en razón de descartar una duda que no consideró razonable, o bien que no se presentó–, pueda terminar condenando a un inocente. Pero en definitiva, hoy ni las tesis más

radicales del utilitarismo creo estarían dispuestas a aceptar la condena intencional de un inocente, y enviarlo a la cárcel, a fin de lograr apaciguar un determinado movimiento de violencia.

¿Y qué pasa con las personas jurídicas en un caso como éste? ¿Y si, por ejemplo, a propósito catástrofe ambiental, tenemos antecedentes para pensar que el modelo de cumplimiento de la empresa x no era suficiente para evitar el delito, pero esos antecedentes no nos permiten excluir cualquier hipótesis compatible con la inocencia de la empresa, vamos a declarar inocente a la empresa? ¿O, incluso más, suponiendo que la empresa tiene un modelo de prevención del delito, pero los antecedentes del acusador permiten concluir que es más probable que el modelo no haya sido eficiente o suficiente para prevenir el delito –a pesar de la buena prueba de la empresa, vamos a absolver? ¿En definitiva, puede haber una sentencia absolutoria respecto de una empresa en el caso de una catástrofe ambiental? Uno podría dudar que, en un caso como ese, si el ente fuese absuelta la comunicación estabilizadora de la norma –¿que aplica también a la absolución, no? comunicando que la conducta del actor no impuso su propia normativa, sino que se ajustó a la existente– pudiera ser considerada por la ciudadanía como una broma de pésimo gusto.

Pero en todo caso, acá no se postula que se deba condenar *intencionalmente* a ciertas empresas inocentes, pues eso sería aplicar un sistema de sanción irracional y arbitraria, pero además sería económico y socialmente inconveniente, pues nadie invertiría en un país en que la sanción a las empresas opera con un arbitrario consecuencialismo. Sin embargo, advierto dos cuestiones complejas, una en pos de la otra. En primer lugar, un Estado que sancione injustamente a una empresa –incluso conscientemente, sabe que es inocente pero necesita condenarla– desde luego será considerado arbitrario e ilegal, y seguramente terminaría siendo obligado, por una corte, a resarcir o reparar los daños causados. En eso podemos estar de acuerdo, pero la segunda cuestión es más difícil, ¿actuaría ese Estado de manera inmoral? ¿Podría un utilitarista considerar moralmente correcto, para aumentar la felicidad de un pueblo (cuya agua está contaminada y mató una decena de personas) condenar a la pena de muerte, o sea a la clausura de la empresa de aguas (encargada del tratamiento del agua), a pesar de que esté seguro que ella no es la responsable de la contaminación, si ello lleva a calmar al pueblo de una protesta particularmente violenta, porque están

convencidos que la responsable es de la empresa? La respuesta no es clara, porque al carecer la persona jurídica de un atributo de personalidad como la dignidad o la autonomía, al tener una cualidad disminuida del agente, no resulta evidente decir que ese acto injusto es, además, inmoral. Hacer lo mismo, aplicar la pena de muerte a una persona natural, como medio para lograr otro fin, es algo que incluso hoy los consecuencialistas, sobre la idea del consecuencialismo de regla, no harían²⁶⁰.

En todo caso, en esta investigación lo que se postula es que las personas jurídicas no sean sancionadas penalmente, no tengan las garantías del sistema penal, desde luego no el estándar de prueba de más allá de toda duda razonable y que sean sometidas a un sistema de juzgamiento –administrativo o similar– donde la carga de la prueba recaiga en el acusador respecto del hecho de conexión, no así de la déficit de organización, pero a partir de ahí el estándar de cada elemento a probar sea el de la PdE. ¿Podrá haber más empresas inocentes condenadas que con un estándar como el de la duda razonable? Desde luego que sí, pero en cada proceso, en cada juicio, la empresa será condenada o absuelta en la medida que se pruebe una hipótesis como más probable que la otra, es decir, con un nivel de verdad con la que perfectamente estaríamos dispuestos a convivir.

6. La duda razonable desde la perspectiva político criminal. ¿Un estándar muy alto para las personas jurídicas?

Antes de avanzar, y a riesgo de ser reiterativo, permítaseme recordar un punto, para no generar dudas. Como lo identifiqué al principio, mi investigación se centra y tiene como objetivo de estudio la imputación a los entes morales en razón de criterios de atribución que asumen la entidad como un centro de imputación autónomo, sea mediante una teoría cercana al *good corporate citizen* o bien por el *déficit de organización* de la misma. En mi opinión, consideradas así las empresas, ellas no serían dignas del Derecho penal y, por lo mismo, el Estado –que se explica y se justifica desde los ciudadanos, no desde los entes, ni entre estos y los ciudadanos– debería poder

²⁶⁰ RAWLS, “Two Concepts of Rules”, en *Philosophical Review*, Vol. n° 64 (1955), p. 7 y ss. El ejemplo del sacrificio del inocente como medio para disuadir una protesta violenta que puede resultar en muchas muertes es usual en la literatura sobre utilitarismo/consecuencialismo v/s deontologismo, en el castigo. El ejemplo se remonta a un clásico artículo de MCCLOSKEY, “A non-utilitarian approach to punishment” en *Inquiry: An Interdisciplinary Journal of Philosophy*, Vol. n° 8, p. 256.

controlarlos, sancionarlos y reprocharlos con mayor facilidad, y en una perspectiva de mayor prevención consecuencialista.

El *costo* del Derecho penal, de la presunción de inocencia y del estándar de la duda razonable se explica no solo en razón de los atributos propios de la humanidad, a saber, la dignidad, la libertad y la civilidad, sino también por la relación de los ciudadanos con el Estado –en cuanto podemos reclamar primacía de nuestros derechos fundamentales como cartas de triunfo que nos protegen *frente* a él, pero, al mismo tiempo, exigirle primacía en la protección y promoción *de* nuestros derechos–, y ella es inevitablemente distinta que la que tienen las corporaciones, que podrá ser la de la no arbitrariedad e irracionalidad en el ejercicio de su poder, pero no más que eso.

Entiendo que esta posición genera perplejidad, porque, se dirá, lo que subyace a las personas jurídicas son siempre personas naturales, pero es que es precisamente eso lo que niegan –al menos para fundar la capacidad de culpabilidad del ente– aquellos que postulan que el reproche debería ser en razón del propio *default*, llámese falta de organización o bien deslealtad con el derecho, de la empresa. Una de dos, o entendemos que los entes morales son parte de las personas naturales y, por lo mismo, sólo podemos reprochar al ente penalmente cuando estamos en condiciones de predicar ese reproche respecto de sus integrantes (en general apicales), con un estándar como el de la duda razonable; o bien entendemos que se tratan de centros de imputación autónomos –desanclados de lo humano– que carecen de la densidad en ciertos atributos de la personalidad como la dignidad y la libertad, y por lo mismo el trato del Estado hacia ellos, no solo puede, sino que debe ser menos autorestrictivo.

En el caso de las personas jurídicas imputarles a título penal un injusto y aplicarles un estándar como el de la duda razonable carece de sentido, no se explica y –pensado bien– resulta ser hasta contraintuitivo, pues la verdad es que no tiene razón de ser tener una preferencia tan marcada hacia el inocente, aumentando con ello la posibilidad de una absolucón errónea que, en términos consecuencialista, genera un efecto de infra–disuasión, que permite fortalecer la sensación que el «*crimen corporativo paga*».

La posición ortodoxa que considera que, por ser un reproche penal el que se realiza al ente, lo que se debe aplicar es la presunción de inocencia en su máxima

expresión, y como corolario de ella la duda razonable, lo que está dispuesta a afirmar es que prefiere distribuir los errores de manera de favorecer sistemáticamente la no condena de un empresa, a pesar que ello implique no condenar varias empresas que cometieron el delito que se les imputa.

Pero además, esa posición subestima el daño que se produce cuando se absuelve a una persona jurídica. Ese daño, como es lógico, es mayor mientras más grave sea el hecho que se le imputa a la persona jurídica. O sea, a mayor gravedad del hecho, sea porque el daño cometido es relevante, sea porque se lesionó un bien jurídico muy grave, sea porque el número de víctimas —que dicho sea de paso, son humanas— es alto, o sea porque el ruido en el sistema ante el mensaje comunicativo negador de la norma es muy alto, lo cierto es que un estándar como el de *bard* lejos de ser una virtud social, tratándose de las personas jurídicas, es un gran defecto.

En ese contexto, y pensemos en la gravedad de los injustos que se le pueden reprochar al ente, la relevancia de los bienes jurídicos afectados, el número de víctimas, y el poder de las empresas, la necesidad de reforzar el mensaje comunicativo de la norma es tan alto, entre otras cosas porque tiene que ver con decirle a la comunidad que las empresas no pueden hacer lo que quieran, que imponer un estándar como el de la duda razonable implica una alta posibilidad de impunidad, generando con ello mayor anomía social. Tratándose de las personas jurídicas, dicho en sencillo, debería disminuirse el estándar de prueba para facilitar la aplicación de la sanción y deberá dejarse de llamar Derecho penal.

Una similar reflexión efectuó QUINTERO, quien señaló que «los defensores del garantismo dirán siempre, y es plenamente suscribible, *que es menos grave la impunidad de un responsable que el castigo de un inocente*. Así las cosas, la frustración que puede producir en una o en muchas personas la impunidad de quienes —o esas personas creen por su cuenta que es— responsable, ha de aceptarse como un componente sociológico consustancial al funcionamiento de la justicia»²⁶¹. Claro, lo dice respecto de las personas naturales, y creo que se han dado suficientes razones por las cuales estar de acuerdo, pero esa afirmación tratándose de las personas jurídicas es

²⁶¹ QUINTERO, “Los confines de la inducción: de la responsabilidad penal a la responsabilidad moral”, en DÍEZ RIPOLLÉS, et. al. (Eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, p. 937.

un completo error, porque no se entiende en razón de qué, como sociedad, hemos de aceptarse como un componente sociológico consustancial al funcionamiento de la justicia, que las víctimas –de carne y hueso- sientan frustración porque se absolvió a una empresa que ellas creían que era culpable –ahí donde creían es, hay más razones que sí a que no.

Liberar a una persona jurídica culpable es un error social de una relevancia similar –al menos no ostensiblemente menor– a la de condenar a una persona jurídica inocente. Ambas decisiones erróneas suponen un costo social y público, mientras un error (el falso positivo) implica la condena de una persona jurídica inocente, imponiéndole una sanción, por muy grave que sea; el otro tipo de error (el falso negativo) implica que la empresa quede impune, aumentando con ello el riesgo de una reincidencia, un incremento en el daño social, pero además debilitando el efecto preventivo general de la sanción y el valor social del *good corporate citizen*. No considerar esta ecuación es un error. La diferencia con las personas naturales es que respecto de ellas hay razones morales que restringen el uso del *ius puniendi*, como son los derechos fundamentales, ello respecto de las personas morales es absolutamente un sinsentido, no hay ninguna razón para pensar que condenar a una empresa inocente sea distinto a absolver a una empresa culpable, en la medida que la decisión, que el acto de atribución de responsabilidad, este sometido a un proceso racional y justo, y epistémicamente neutro²⁶².

El Estado, como lo decía *supra*, tiene una especial obligación deontológica para con sus ciudadanos, a saber, favorecer, promover y respetar sus derechos fundamentales, en especial los que dicen relación con la protección de los atributos de la personalidad humana, como la dignidad, la libertad y la igualdad. Desde luego no tiene esa misma obligación para con los entes morales y eso genera un conflicto –que en realidad no es tal–, que suele pasar desapercibido en la literatura continental.

Dentro de esos deberes de protección que obligan al Estado para con sus ciudadanos uno de la mayor relevancia es la protección para prevenir que ellos sean víctimas de un delito. Tal obligación, se suele decir, en la práctica viene limitada o se

²⁶² Cfr. LAUDAN, “The Rules of Trial. Political Morality, and the Costs of Error: Or, is Proof Beyond a reasonable Doubt Doing More Harm than Good”, en GREEN; LEITER (Edit), *Oxford Studies in Philosophy of Law*: Volume 1, Oxford University Press, p. 195.

cruza con otro deber que el Estado tiene para con sus ciudadanos, que es el respeto de los derechos fundamentales, que impiden tratar al hombre como un medio para un fin. En ese contexto, entonces, se explica que muchas veces la protección de los ciudadanos se ve infraprotegida por el respeto –como debe ser– de las garantías fundamentales de todos, incluso de los potenciales infractores. Llevado al estándar *bard*, el hecho que culpables salgan en libertad y puedan volver a delinquir –generando nueva victimización– es un costo que bien estamos dispuestos a asumir a condición de asegurar que nosotros no seremos objetos de una privación de libertad, sino cuando hay antecedentes más allá de toda duda razonable que así lo justifican. En algún sentido, entonces, esos atributos de la personalidad sirven como barreras deontológicas a criterios consecuencialistas que serían plenamente aplicables y justificables en un escenario donde lo que se pretenda es la protección de la ciudadanía.

El conflicto surge, como hemos visto, cuando esas restricciones del Estado se extienden a un ente que no tiene especiales atributos de la personalidad con contenidos morales, que supongan un límite deontológico frente al Estado, porque en ese caso quienes pueden potencialmente ser objeto de lesiones por parte de estos entes, las víctimas –humanas, con dignidad– tienen el legítimo derecho de exigirle al Estado una reacción consecuencialista frente a estas fuentes de peligro. En lo que nos interesa, a saber, las personas jurídicas, ellas tienen una asimetría diversa con el Estado, pues éste tiene la obligación de proteger a sus ciudadanos de las empresas que lesionan sus bienes jurídicos²⁶³, por lo mismo, lejos de autolimitarse, el Estado debería fortalecer la persecución de los entes morales y disminuir sus restricciones respecto de ella.

Lo recién expuesto explica que las primeras referencias a las *ratios*, como la de BLACKSTONE, parecieran ridículas, porque incluso intuitivamente no hay razones *a priori* para preferir la absolución de una decena de empresas culpables sobre la condenada de una empresa inocente, pues eso supone una decisión política y político–criminal que desconoce los riesgos detrás de esa opción. Se trata de una discusión no solo legal, sino que político–moral. En efecto, el uso de un estándar de prueba más allá de toda duda razonable para juzgar a las empresas por delitos graves y, en especial, con una pluralidad de víctimas, no es solo un despropósito como un acto de juzgamiento, sino que refleja una infracción manifiesta en la relación del Estado con los ciudadanos,

²⁶³ *Ivi*, p. 196.

en cuanto expresa un compromiso de autorrestricción en relación a la imputación de un ente, versus la mayor protección y reconocimiento de las víctimas, personas naturales, de carne y hueso, portadoras de una dignidad ofendida por la impunidad declarada. El argumento también tiene un marcado tinte político–criminal, a saber, la absolución de una empresa culpable no toma en cuenta, no considera los elevados costos y riesgos impuestos a las víctimas (actuales y futuras) y en el resto de los ciudadanos por la no condena y absolución de una empresa falsamente absuelta²⁶⁴.

En ese contexto, un estándar como la PdE, permitiría un mayor número de condenas verdaderas a empresas que efectivamente mantenían un modelo de prevención de delitos que –por imprudencia o dolo– permitían o facilitaban la comisión de delitos por sus *relacionados*²⁶⁵. Es más, uno podría pensar incluso que ese estándar de PdE debiera aplicarse respecto del hecho de conexión, en el sentido que ahí donde no fue posible recabar antecedentes –más allá de *bard*– para alcanzar una condena de una persona por un delito (v.gr. soborno), pero existen antecedentes del delito y, en especial, del beneficio o interés, se podría igual condenar a la empresa. En fin, un estándar como PdE evitaría falsas absoluciones aumentando con ello la disuasión en las empresas, fortalecería la adopción de modelos y generaría una mayor cultura empresarial, reduciendo el daño causado por el delito corporativo.

Reconozco, y por eso creo que no se debería hablar de responsabilidad penal del ente, que esto supone aceptar una mirada consecuencialista del castigo, incompatible con el Derecho penal, pues aplicar un estándar más bajo –junto con reducir las victimizaciones por delitos corporativos– generaría un mayor número de empresas inocentes condenadas, afectando ello la idea que la pena debe ser merecida, o que el límite de la misma está en la culpabilidad.

En el último tiempo ha comenzado a surgir un cuestionamiento al estándar *bard*, en especial en el *common law*, a saber, la idea que aquel estándar se justificaría si, en verdad, existiera una división clara entre el Derecho civil, Administrativo sancionador y el Derecho penal, en especial –aunque no únicamente– en materia de sus consecuencias adjetivas. Así, se cuestiona la idea de que mientras el Derecho penal ofrece relevantes garantías al imputado, el sistema normativo no hace lo propio respecto de algunas

²⁶⁴ *Ibidem*.

²⁶⁵ *Ivi*, p. 206 y s.

cuestiones civiles o administrativas²⁶⁶. El argumento reza así: el estándar *bard* pudo tener relevancia, en su momento, cuando las consecuencias por la infracción de las normas penales eran indiscutiblemente severas (pena de muerte o prisión por largos periodos de tiempo), hoy en cambio abundan las penas de multa o penas sustitutivas que, en todo caso, pueden ser, en cuanto a sus consecuencias, iguales o menos aflictivas que las sanciones civiles o administrativas.

El Derecho penal estaría invadiendo terrenos que fueron antes del Derecho civil o Administrativo sancionador (gestión de riesgos y responsabilidad objetiva por el daño), como también éstos últimos acercándose a materias que siempre habían sido penales, en particular en medidas preventivas de carácter patrimonial *ex crimine*. Debe reconocerse, en todo caso, que en las críticas a esta división no se propone que se eliminen las garantías del proceso penal –aunque algunos sostienen que incluso el Derecho penal debería tener distintos estándares–, solo que las garantías se reconozcan y se exijan, en algunos casos, con independencia de que se trata de un proceso penal o de uno civil o administrativo sancionador. Lo relevante en el reconocimiento de estas garantías, como el estándar *bard*, no es si se el reproche es nominalmente penal o administrativo, sino que respecto *al poder de las partes* y *la severidad de la sanción*²⁶⁷.

La diferencia en la *balanza de poder* se explicaría considerando las partes involucradas en el litigio, si es un litigio entre *individuos* o si es entre un individuo y una *entidad institucional*. La segunda variable, que puede relacionarse con la primera, es la del impacto de una decisión adversa sobre el imputado/demandado, con independencia de si es substantivamente considerada como penal, civil o administrativa. Mientras más alta sea la sanción o la consecuencia civil, mayores las garantías procesales y penales²⁶⁸.

Se trata, desde luego, de una cuestión debatible. En lo personal, pienso que ha de resolverse, en principio, no desde la perspectiva ni de la etiqueta ni de la sanción –que es siempre una contingencia–, sino desde el efecto de la misma, el mensaje

²⁶⁶ STEIKER, “Punishment and Procedure: Punishment Theory and the Criminal-Civil Procedural Divide”, en *Georgia Law Journal*, vol. n° 85 (1997), p. 775; ROSEN-ZVI; FISHER, “Overcoming Procedural Boundaries”, en *Virginia Law Review*, vol. n° 94 (2008), pp. 79 y ss.; STUNTZ, “Substance, Process, and the Civil-Criminal Line”, en *Journal of Contemporary legal Issues*, vol. n° 7 (1996), pp. 1 y ss.

²⁶⁷ ; ROSEN-ZVI; FISHER, *Overcoming Procedural Boundaries*, cit., pp. 133 y ss.

²⁶⁸ *Ibidem*.

comunicativo que ella es portadora y en especial si la afectación a ciertos atributos de la personalidad es similar a la observada en el Derecho penal.

En ese sentido, el Derecho penal, tanto por el efecto inmediato, mediato, personal y relacional de sus sanciones, tiene siempre un contenido de dolor y de estigma –uno y otro, en distinta intensidad– que se corresponden con el reproche –y el mensaje de merecimiento– que expresa una sentencia penal. Por lo mismo, debe siempre reforzarse la importancia de tener un estándar de prueba alto y el reconocimiento de las garantías y derechos fundamentales limitantes del *ius puniendi*. En ese caso sí se trata de una cuestión de etiqueta, que viene además así impuesta por el propio legislador. Si es un injusto penal, no importando la sanción, el estándar debería ser *bard*.

Sin embargo, la cuestión no se resuelve solo por la etiqueta, al fin y al cabo, el Derecho penal no es propietario absoluto del dolor y estigma, el que puede también reflejarse en otras sanciones, nominalmente no penales. Se trataría, desde luego, de un incentivo perverso para el Estado, el de poder infligir dolor o estigma (en especial un estigma grave) con un proceso nominalmente no penal y por lo mismo mucho más sencillo en términos de restricciones. Sería eso un atajo al consecuencialismo, y por lo mismo igualmente intolerable, pues se estaría aceptando que se afecten atributos propios del hombre, como la dignidad y la autonomía, y ciertos derechos fundamentales, como el derecho de propiedad: si ellos son afectados por sanciones de otras ramas, no hay razones para negar el mayor sistema de protección y limitación del ejercicio del castigo estatal.

Por lo demás, las sanciones penales –pero no solo ellas– tienen efectos propiamente sociales, en el sentido que lesionan la civilidad, que siempre merecen una especial consideración, a saber, el estigma social (que a veces trasciende a la familia), la inestabilidad laboral y un déficit de confianza en las relaciones con la comunidad más cercana. En definitiva, y como nos recuerda KITAI, el sentido y valor *social* de una consecuencia por la infracción de una norma penal –incluso una multa, o una sanción administrativa especialmente estigmatizante– importa un cuestionamiento a la civilidad del sujeto que bien debe ser resguardada, porque genera en el condenado –cuando es inocente– rabia, frustración y un sentido de resentimiento hacía la sociedad. Un condenado inocente puede sentir legítimamente que está siendo usado como un medio

para un fin diverso, a saber, el interés social. El estándar *bard* es más que simplemente la protección de la vida y la libertad²⁶⁹.

Pero no nos desviemos, eso es justamente porque tratándose de las personas naturales no nos interesa que, so pretexto de un cambio de etiqueta, estemos dispuestos a poner en riesgos atributos que nos parecen dignos de especial protección. Con las empresas eso no sucede, no hay razón alguna para que respecto de ellas tengamos un sistema reforzado deontológicamente, ni siquiera cuando se va imponer la sanción más gravosa del ordenamiento, la disolución. Salvo, y permítanme terminar con lo mismo, que detrás de ese reproche –y la necesidad de mayor protección– uno esté pensando en las personas que son propietarias o dependientes de la persona jurídica, de sus *stakeholders* y *shareholders*, y que la preocupación –en verdad– sea que la sanción impuesta al ente les afecta directamente a ellos. Pero una de dos: o imponemos mayores estándares en razón no del reproche de la persona jurídica sino que de las personas físicas detrás de ellas, luego la atribución del hecho al ente expresa una debilidad imputativa que difícilmente puede predicarse como penal; o bien les imponemos un estándar alto solo cuando queremos sancionarlas porque no nos cabe duda de la actitud criminal de las personas naturales que la administran o dirigen, o sea sus apicales, pero entonces lo lógico es volver a un sistema vicarial.

7. El estándar más allá de toda duda razonable en el proceso penal en contra de los entes morales. El caso de Chile, España e Italia.

En este apartado repasaremos el estándar de prueba que se ha fijado en los ordenamientos jurídicos precitados, en el contexto de las investigaciones penales que se realizan en contra de las personas jurídicas. Conviene recordar, en todo caso, que como anexo a la tesis se ha incluido un cuadro general, aunque con algún nivel de detalle, de los modelos de imputación de los tres países. Sin perjuicio de la lectura del anexo, que se recomienda, me permito hacer un pequeño resumen que creo que puede ser de utilidad para la comprensión de este título.

En primer lugar, tanto la legislación chilena como española reconocen inequívocamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas en razón de los

²⁶⁹ KITAI, *Protecting the Guilty*, cit., p. 1170.

delitos que así está determinado, sea en la Ley 20.393, para el caso de Chile, sea en el Código Penal, para el caso español. En el caso italiano, en cambio, el D.lgs. 231, de 2001, estableció un sistema que si bien es nominalmente administrativo, la jurisprudencia mayoritaria lo ha entendido como un *tertium genus*, algo entre el Derecho administrativo sancionador y Derecho penal, pero reconociendo las garantías – en lo pertinente– de este último.

En segundo lugar, en los tres países el modelo de imputación que mejor parece reflejar la intención del legislador fue el modelo de *déficit de organización*, que en términos sencillos descansa sobre la imputación al ente de un hecho de conexión, que se compone por el delito base cometido por un *relacionado*, que además irroga un beneficio o interés a la empresa; a ello se suma el reproche propio a la empresa por cuanto ella no se habría organizado, o lo habría hecho inadecuada o insuficientemente, para prevenir los delitos por los que puede ser responsable. Ese modelo de organización normalmente se asocia a un modelo de prevención del delito, que en general se conocen como *compliance programs*.

En tercer lugar, en el contexto del modelo ya señalado, y salvo en el supuesto que se dirá a continuación, la empresa puede resultar absuelta si: a) no se acredita el delito base; b) no se acredita que el autor del injusto penal tuviera una relación –de aquellas que reconocen las leyes– con el ente; c) no se acredita que el ente tuvo un interés, provecho o beneficio en razón de ese delito; y, d) no se acredita que el modelo de prevención del delito que la empresa había adoptado, si hubiera adoptado uno, era insuficiente o inidóneo para prevenir el delito que se cometió.

En cuarto lugar, en el caso de España y de Italia –en el primero es más difuso, en el segundo más claro–, el legislador habría considerado que tratándose de los sujetos apicales del ente, su grupo gerencial y directivo, una vez acreditado el hecho de conexión se debía invertir la carga probatoria, teniendo la empresa la obligación de acreditar: a) que el modelo era suficiente e idóneo para prevenir el delito que se cometió; y, b) que el sujeto apical cometió el delito eludiendo fraudulentamente el modelo de prevención del delito. En Chile no se consideró una regla así porque se pensó que ello podía afectar la presunción de inocencia.

En quinto lugar, la jurisprudencia de los tres países –en Chile es más difusa por el déficit de casos, pero el mandato de la ley es inequívoco; y en España hay alguna dispersión jurisprudencial– entiende que todos los elementos del injusto del ente –hecho de conexión y déficit de organización, en todo caso– deben ser probados por el acusador.

En sexto lugar, finalmente, como lo veremos, en todos los países se reconoce –sea normativa como jurisprudencialmente– que el estándar de prueba es el *bard*.

7.1 El rol del estándar *bard* en la Ley 20.393, sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile.

En Chile el estándar de más allá de toda duda razonable era más bien desconocido en la doctrina mientras subsistió el sistema inquisitivo, y solo vino a incorporarse en nuestro ordenamiento con la entrada en vigencia del nuevo proceso penal, en el año 2000, que incluyó un modelo acusatorio. En efecto, el artículo 340 del Código Procesal Penal dispone que «[c]onvicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, *más allá de toda duda razonable*, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley».

En cuanto a la aplicación del estándar *bard* en la atribución de responsabilidad del ente, y si bien la Ley 20.393 no se refiere expresamente a ella, parece meridianamente claro que ha de aplicársele, sea por la naturaleza de la imputación, sea porque el artículo 21 de la ley reconoce un catálogo variopinto de derechos al ente –incluyendo la presunción de inocencia–, sea por las normas supletorias que rigen la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre ellas el Código Procesal Penal.

Respecto de la aplicación del estándar *bard* en el proceso penal llevado a cabo en contra del ente, conviene hacer algunas distinciones. En primer lugar, en cuanto a la comisión del delito base, salvo la dificultad que uno observa en el supuesto de responsabilidad autónoma, que se verá *infra*, lo cierto es que difícilmente alguien

cuestionaría que el mismo debe probarse conforme al estándar *bard*, en cuanto es un hecho que se le atribuye a un tercero, relacionado con la empresa. Lo mismo cabría decir, aunque en este punto la cuestión no es tan evidente, tratándose del provecho o interés que el delito le reporta a la empresa.

En segundo lugar, y como ya se advirtió, el legislador chileno, a diferencia de sus pares españoles e italianos, decidió no generar una diferencia probatoria –salvo en el supuesto de responsabilidad autónoma– respecto a si el hecho de conexión era realizado por el sujeto apical u algún otro dependiente relacionado. Esa diferencia, que si bien quedó en la ley, es más bien intrascendente. Y la decisión del legislador, de no generar un cambio en el *onus probandi*, se debió a un exceso de garantía en razón de la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*.

Empero, es pensable que la exoneración de la responsabilidad del ente, en los casos en que el delito sea cometido por un integrante del *top management* sea más difícil, mas no imposible, y que los tribunales consideren que la posición del sujeto (apical) –usualmente relacionada con la actividad de dirección y supervisión del ente– explique, más allá de toda duda razonable, el incumplimiento de los deberes que fueron consecuencia del delito²⁷⁰. En ese sentido, es probable que la jurisprudencia termine configurando un escenario algo distante al que se da en España e Italia, es decir, que sea la propia empresa la que tenga que generar alguna prueba –una duda razonable– para acreditar que el apical actuó incumpliendo fraudulentamente el modelo, y que éste era adecuado y suficiente para prevenir el delito respecto de aquel. Ello pues, en puridad, es difícil pensar que una tal duda pueda generarse por la sola omisión de información del acusador, pues a esas alturas se habrá acreditado el delito, la posición apical del sujeto, el interés o provecho directo e inmediato en el ente y una genérica deficiencia del modelo, explicada por el propio hecho que fue incapaz de prevenir un delito de un sujeto apical, lo que debería ser –en lógica corporativa– lo primero que uno debiera exigirle al modelo (*from the top to the bottom*)²⁷¹.

²⁷⁰ HERNÁNDEZ BASUALTO, “Procedencia de una ‘eximente o defensa de cumplimiento’ de las personas jurídicas en el derecho administrativo sancionador chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. N° 45 (2018), p. 444.

²⁷¹ En sentido similar, NEIRA PENA, “La efectividad de los criminal *compliance programs* como objeto de prueba en el proceso penal”, en *Política Criminal*, Vol. n° 11 (2016), p. 511.

En mi opinión, en todo caso, esto es un error, pues en un supuesto como ese –si se quiere dejar de lado la fórmula vicarial, introduciendo criterios propios de la culpabilidad del ente (otro error)– lo que se debería exigir no es sólo que el ente genere una duda razonable –respecto de la idoneidad y suficiencia del Modelo–, sino que debería tener la obligación de probar, con un estándar de preponderancia de la evidencia, esto es, más que el acusador, esa tesis de defensa.

En tercer lugar, en cuanto a la acreditación del déficit de organización, lo cierto es que la escasa doctrina que se ha pronunciado sobre el punto parece estar dividida, donde una parte de ella parece aceptar la idea que una vez acreditado el hecho de conexión corresponde a la empresa desvirtuar –en tanto alegación de defensa, similar a una eximente– que el delito ha sido consecuencia del incumplimiento del ente de los deberes de dirección y supervisión, precisamente generando prueba en un estándar similar a la PdE, respecto de la idoneidad y suficiencia del modelo de prevención del delito. Otra parte de la doctrina, en cambio, sostiene la tesis clásica, a saber, que todos los elementos del injusto deben ser probados por el ente persecutor, más allá de toda duda razonable, y que por lo mismo basta que la empresa genere una duda en el adjudicador –mientras sea razonable– para lograr la absolución²⁷².

Considerando la naturaleza penal de la responsabilidad del ente, lo que uno debería recomendar es que la empresa, una vez acreditado el hecho de conexión, debería generar alguna actividad de *compliance defense*²⁷³, en torno a formar *la duda razonable*

²⁷² HERNÁNDEZ BASUALTO, *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., p. 224; NAVAS MONDACA; JAAR LABARCA, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena”, en *Política Criminal* Vol. n° 13 (2018), pp. 1035. BEDECARRATZ SCHOLZ, “Comentario a la SCA de Santiago de 11 de abril de 2014 (rol n° 376-2014) alcances de la presunción de inocencia para las personas jurídicas”, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Vol. n° 31 (2017), p. 51. Las posiciones más exigentes respecto de aquello que debe probar el acusado, y con qué quantum, en NEIRA PENA, quien considera que todo debe ser acreditado, más allá de toda duda razonable, por el ente. Cfr. NEIRA PENA, *La efectividad de los criminal compliance programs*, cit., p. 511; y en PIÑA ROCHEFORT, *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, Santiago, 2012, pp. 8 y 90, aunque en este último, como lo vimos, con alguna duda respecto de las empresas no certificadas.

²⁷³ KOEHLER, “Revisiting a Foreign Corrupt Practices Act Compliance Defense”, en *Wisconsin Law Review*, Vol. 2012, pp. 610 y ss.; JORDAN, “The Adequate Procedures Defense Under the UK Bribery Act: A British Idea for the Foreign Corrupt Practices Act”, en *Stanford Journal of Law, Business & Finance*, Vol. n° 17 (2011), pp. 25 y ss.; HENNING, “Be Careful What You Wish For: Thoughts on a Compliance Defense Under the Foreign Corrupt Practices Act”, en *Ohio State Law Journal*, Vol. n° 73 (2012), pp. 883 y ss., compara, críticamente, distintas alternativas de compliance defense; SALBU, “Mitigating the Harshness of FCPA Enforcement Through a Qualifying Good-Faith Compliance Defense”, en *American Business Law Journal* Vol. n° 55 (2018), pp. 475 y ss.; ANTONIKOVA, “Private Sector Corruption in International Trade: The Need for Heightened Reporting and a Private Right of Action in the Foreign Corrupt Practices Act”, en *Brigham Young University International Law & Management Review*, Vol. n°

en el adjudicador, respecto de la idoneidad y suficiencia de su programa de cumplimiento.

En cuarto lugar, una de las características del modelo chileno es que el legislador facultó a la empresa, en el contexto del modelo de prevención del delito, que certificara su modelo con entidades externas inscritas en la Superintendencia de Valores y Seguros. Se trata de una cuestión que ha generado cierto debate en Chile y que merece alguna atención.

La certificación, como no podría ser de otra manera, no es más que un engranaje adicional dentro del modelo de prevención del delito, y que cumple una doble función, por una parte, expresa el esfuerzo de la empresa por cumplir con la norma (*compliance*), de mostrar su compromiso de autorregulación y de someter su modelo a la revisión y crítica de un tercero y, por la otra, de autogenerarse una cierta evidencia que, en caso de que se cometa un delito por alguno de sus integrantes, refuerce la teoría del caso de la empresa, en términos que el modelo era adecuado y suficiente –no solo en los ojos propios sino que de un tercero– para evitar ese delito en particular. Empero, en ningún caso el tener una certificación significa que la empresa queda eximida *per se* –como si se tratara de una patente de corso– frente a una imputación penal.

Por lo mismo, uno debe revisar críticamente la posición de PIÑA ROCHEFORT, para quien la certificación implica «una presunción de cumplimiento que deberá ser desvirtuada por el Ministerio Público más allá de toda duda razonable»²⁷⁴, porque se trata de una posición confusa.

Es confusa porque, partiendo de la posición del propio autor, esto es, que el déficit del modelo es parte de la tipicidad, una empresa que tenga un modelo –incluso sin la certificación– ya tiene una *presunción de cumplimiento* que debe ser desvirtuada por el acusador, y en ello la certificación no aporta nada. Ella aporta, desde luego, porque puede significar, en términos inferenciales, la duda razonable que necesita la empresa para que el tribunal dé por probado que sí tenía un modelo idóneo y suficiente, pero esa duda se puede también generar por otras partes del engranaje del modelo de cumplimiento. Dicho en términos epistémicos, la certificación es una hipótesis

11 (2015), pp. 106; NARINE, “Whistleblowers and Rogues: An Urgent Call for an Affirmative Defense to Corporate Criminal Liability”, en *Catholic University Law Review*, Vol n° 62 (2012), pp. 41 y ss.

²⁷⁴ PIÑA ROCHEFORT, *Modelos de prevención de delitos*, cit., p 90. Sostendría lo mismo HERNÁNDEZ BASUALTO, *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., p. 227.

fuertemente compatible con la posición de inocencia del ente, que luego será difícil de desvirtuar por el acusador, pero ello no implica que la certificación *per se* tenga un peso inferencial, como hipótesis de duda, más fuerte que la que pueda tener otra parte del modelo de cumplimiento.

En ese contexto, la empresa tendrá un acervo probatorio fuerte, que es muy posible que le permita generar la duda necesaria –razonable– para lograr la absolución, pero eso no implica que –a pesar de estar certificada– igualmente no pueda ser condenada, si tal certificación, por ejemplo, se advierte como deficientemente realizada o desactualizada, en relación a la realidad y complejidad criminal actual del ente.

La postura de PIÑA ROCHEFORT tampoco es convincente tratándose de las empresas cuyo modelo de prevención de delito no están certificados, donde dice que ellas «deberán probar que, a pesar de la comisión del delito, sus mecanismos de prevención (de tenerlos) son idóneos para cumplir su función», pues eso –aunque no lo comparta– no es cierto, no es que ellas tenga que probar eso, sino sólo que tendrán una dificultad adicional –la ausencia de la certificación– para generar la duda razonable (una hipótesis que sea consistente con la inocencia del ente) que justifique su absolución. Pero tal duda se puede generar, por ejemplo, con otro elemento del Modelo que efectivamente era idóneo para impedir el delito y que fue incumplido por quien cometió el delito.

Incluso una empresa sin modelo –y lógicamente sin certificación– podría ser absuelta, sin probar nada, si el acusador no alcanza a probar, más allá de toda duda razonable, que la empresa se interesó o aprovechó del delito, o bien que el autor del mismo era perteneciente a una de las dos categorías que indica la ley.

El único caso en que la empresa difícilmente podrá eximirse de responsabilidad, a pesar de la escasa prueba que presente el acusador, será en aquellos en que se dan completamente los presupuestos del hecho de conexión y la empresa no hubiese adoptado previamente un modelo de prevención del delito, porque en esos casos la omisión de tal acción –incumpliendo con los deberes de administración y supervisión– implicará, como infracción de su posición de garante, la consecuencia del delito. En esos casos recaerá en la empresa intentar generar una duda razonable respecto de esa

exigencia de causalidad, la infracción de la posición de garante, que necesariamente impondrá una inevitable carga probatoria.

En quinto lugar, queda por último por ver la situación de la responsabilidad autónoma del ente. En términos sencillos, el legislador dispuso que la responsabilidad del ente subsistía en ciertos supuestos –todos procesales– a pesar que no se hubiere determinado la responsabilidad de la persona natural. Dos de esos casos son sencillos, y dicen relación con supuestos de extinción de responsabilidad de la persona natural. Lo complejo es el último supuesto que indica: «[t]ambién podrá perseguirse dicha responsabilidad cuando, habiéndose acreditado la existencia de alguno de los delitos del artículo 1° (delito base) y concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3° (interés o provecho + déficit de organización), no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales, siempre y cuando en el proceso respectivo se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el inciso primero del mencionado artículo 3°».

Se trata de una norma altamente confusa en su hermenéutica y en su aplicación. En su aplicación porque usa la expresión *fehacientemente* lo que indicaría, incluso, un estándar de convicción más alto que el de *bard*, en cuanto esa acepción suele definirse como hacer fe, ser fidedigno, algo no solo cercano a la certeza, sino que de una subjetividad asombrosa²⁷⁵. Pero además, su hermenéutica es confusa, porque no parece tampoco referirse a la ausencia en la identificación de la persona –el delito de conexión debe igual estar acreditado–, sino más bien al ámbito de las funciones y atribuciones propias de los integrantes apicales de la empresa²⁷⁶.

La finalidad de la norma fue generar una *especie* de responsabilidad autónoma, pero su resultado fue absolutamente restrictivo, pues solo parece ser posible de aplicar en casos excepcionales. Así, siguiendo una posición, cuando se desconociere si el delito fue cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de un miembro apical del ente, pero debiendo ese hecho ser probado fehacientemente; o, siguiendo la otra posición, cuando se desconociere el autor del delito base, pero igualmente se debe

²⁷⁵ En sentido similar, *vid.* Oficio FN N°440/2010, Instrucción General del Fiscal Nacional que imparte criterios de actuación para la investigación y persecución penal de las personas jurídicas (2010).

²⁷⁶ HERNÁNDEZ BASUALTO, *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., p. 223.

demostrar fehacientemente que fue uno de los apicales que lo cometió *en el ámbito* de sus funciones y atribuciones. En ambos casos es evidente su compleja aplicación.

En mi opinión, esto debió ser absolutamente lo contrario. Frente a la insuficiencia probatoria para incriminar penalmente a una persona natural –por aplicación del estándar de la duda razonable–lo lógico era que ello no fuera óbice para condenar igualmente al ente, con un estándar más bajo, como el PdE si se acreditaba que el delito no pudo sino ser cometido por un apical. Y esto debió haber sido especialmente así para el hecho de conexión: si existen antecedentes suficientes que *x* o *y*, quienes detentan un cargo apical dentro de la empresa, pudieron cometer un delito de soborno, pero los antecedentes no son suficientes para superar el estándar de la duda razonable respecto de ellos, igual se puede perseguir a la empresa *n*, en especial si ella es incapaz de demostrar la idoneidad y eficacia de su modelo, o bien que el injusto penal no se hubiera podido igualmente prever, todo dentro del estándar de la PdE.

En lo personal, y tratándose ahora de supuestos donde participa una persona que no pertenece al grupo apical de la empresa, el estándar que propondría sería diverso. En esos casos la obligación del ente persecutor debería ser la de probar, más allá de toda duda razonable, el hecho base y su autor; pero luego de ello el estándar debería ser el de la PdE, sea respecto del interés/provecho, sea respecto que el modelo era insuficiente e inadecuado para prevenir el delito en concreto cometido. Si prueba eso más que la empresa, entonces debería ser suficiente para imponerle una sanción a la persona jurídica. Ahora eso de *iure condendo*, porque lo cierto es que hoy la responsabilidad del ente es penal y la legislación no reconoce otro estándar de convicción.

7.2 El rol del estándar *bard* en España, en especial en referencia a la imputación de los entes morales.

Como hemos ya dicho, en España no existe un reconocimiento explícito al estándar de la duda razonable, empero, la tradición respecto de la presunción de inocencia (y sub especie *in dubio pro reo*) han llevado a la jurisprudencia a referirse a este estándar, muchas veces sin la claridad respecto de qué se quiere decir con él cuando se usa.

Así lo ha reconocido la doctrina española, sosteniendo que «a pesar de su importancia ni nuestra Constitución ni nuestras leyes definen la presunción de inocencia. Tampoco nuestra doctrina constitucional que en un primer momento solo se refiere al contenido probatorio mínimo que es necesario para desvirtuarla. Habrá que esperar más de quince años, hasta la STC 81/1998, para que se incorpore a nuestro acervo constitucional el mandato que identifica la *presunción de inocencia* con la exigencia de que la culpabilidad del acusado resulte establecida *más allá de toda duda razonable*, entroncando este principio con la tradición angloamericana que impone a la acusación la carga de aportar los materiales probatorios del proceso y conseguir con ellos probar la culpabilidad del acusado *beyond and reasonable doubt*» (sic) (destacado agregado)²⁷⁷.

En efecto, es sobre la base de la relación con la presunción de inocencia donde principalmente se ha ido acentuando la idea de la duda razonable. Así, como bien destaca IGARTÚA, la vertiente de la presunción de inocencia se entiende que se vincula con el *quantum* de la prueba, en términos de permitir definir cuándo la prueba es suficiente para probar los hechos de la causa. Aquí radica, dice IGARTÚA, uno de los rasgos distintivos del proceso penal, en el que los hechos inculpativos han de ser probados más allá de toda duda razonable (y así ha sido asumido también en la STC 70/2007)²⁷⁸.

El Tribunal Supremo español, a este respecto ha dicho que «conviene hacer algunas matizaciones de índole general. La primera es que resulta obligado señalar que no existe un *estándar de prueba menos exigente* para los casos de acciones como las aquí enjuiciadas; aunque tal sea lo que podría entenderse a juzgar por las afirmaciones poco afortunadas de cierta jurisprudencia. Pero la apreciación carece de fundamento. El derecho a la *presunción de inocencia* es de carácter absoluto, pues no admite atenuaciones: cualquiera que sea la imputación, debe estar bien acreditada en sus elementos centrales, para que pueda dar lugar a una sentencia condenatoria. Y el supuesto argumento –de frecuente invocación– de la necesidad de evitar la impunidad de acciones producidas sin la concurrencia de testigos, privilegiando alguna clase de

²⁷⁷ López Ortega, “El proceso penal como sistema de garantías (IV). La presunción de inocencia como elemento estructurador del proceso penal acusatorio”, en *Diario La Ley, Sección Doctrina*, “2013) Año XXXIV, p. 3.

²⁷⁸ IGARTÚA SALAVERRÍA, “¿Es preciso probar la inocencia en la revisión penal?”, en *Diario La Ley*, Dic. 2010, p. 7.

prueba, no se sostiene. Pues el sistema punitivo conoce una sola forma de dar respuesta constitucionalmente válida a los actos penalmente relevantes, es la fundada en el respeto de la *presunción de inocencia* como regla de juicio. Y ésta exige que cualquier condena tenga como soporte una convicción de culpabilidad *más allá de toda duda razonable*, racionalmente formada, y argumentada de manera convincente a partir de datos probatorios bien adquiridos»²⁷⁹.

En lo que nos interesa, a saber, la duda razonable y, en alguna medida, la presunción de inocencia, no parece haber mucho debate en que tratándose del hecho de conexión el estándar de prueba debe ser el de la duda razonable.

La discusión, en cambio, se centra respecto de las alegaciones que pretenden eximir la responsabilidad del ente, y en especial, la de contar con un modelo adecuado y suficiente (homologado) para prevenir el delito, en que una parte de la doctrina y la jurisprudencia sostiene que es carga de quien acusa, que debe superar el baremo de la duda razonable, en cuanto se trataría bien de una parte del tipo, el «núcleo de la tipicidad», o bien expresaría la culpabilidad del ente.

En esta última posición, se afirma que el hecho de conexión sería algo así como el requisito de la antijuridicidad, y por lo mismo la acusación tendría que demostrar también la culpabilidad, a saber, la ausencia de mecanismos eficaces de prevención y detección del delito (sea el déficit de organización, sea el déficit de cumplimiento, sean ambos). La carga de la prueba de la inexistencia o insuficiencia del *compliance program* corresponde al acusador y al resto de acusaciones, no a las defensas. Y, ello, en palabras de BANACLOCHE PALAO, en muchas ocasiones no será sencillo de demostrar²⁸⁰.

Desde el punto de vista jurisprudencial, conviene primero citar la STS 514/2015, de 2 de septiembre, mediante la cual el Tribunal Supremo absolvió a una persona jurídica, por el delito de estafa, que había sido condenada en una instancia inferior. En la sentencia se afirma que «cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal», por lo que uno debería entender que se trata de los derechos y garantías

²⁷⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 1110/2006 de 14 noviembre RJ\2006\7805

²⁸⁰ BANACLOCHE PALAO, “Dilemas de la defensa, principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, Fiscalía General Del Estado, 2018, p. 35.

procesales, tales como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, el derecho a un proceso con garantías, entre otros.

Pero la sentencia relevante para este tema lo constituye la STS 154/2016, de 29 de febrero, y cuyo ponente fue el Excmo. José Manuel Maza Martín. En la sentencia, en que el voto de mayoría acogió la tesis de que los modelos de cumplimiento eran parte del núcleo de la tipicidad, y que le correspondía al acusador desvirtuar, si bien no se fijó expresamente el estándar para hacerlo, de la interpretación usual que suele darse a la presunción de inocencia en estos casos, no ha de extrañarse que se considere que el estándar es *bard*. El voto de minoría, en todo caso, adopta la posición contraria, aquella que sostiene que es obligación del ente acreditar la efectividad y suficiencia de su modelo de gestión y control.

Existe una tercera postura, en todo caso, la de quienes preocupados –con o sin razón– del *locus classicus* en esta materia, a saber, el costo/estigma de la sola imputación de un injusto penal, sugieren que, aun reconociendo que la carga es del acusador, el ente debería rápidamente ponerse a disposición de las autoridades para no verse sometida a la persecución penal. En todo caso, se diría, aunque no logre probar que tenía un sistema eficaz de detección de delitos con anterioridad a la comisión del que se está enjuiciando, igual puede resultar absuelta, porque la acusación no ha probado el defecto de organización o de cumplimiento, más allá de toda duda razonable²⁸¹.

7.3 El *bard* y el D.lgs 231, la imputación de la empresa en Italia.

Como ya se adelantó, el estándar *bard* fue introducido en Italia en virtud de la Ley N° 46 de 2006, que modificó el art. 533 del *Codice di Procedura Penale*, que actualmente reza así: «el juez debe dictar sentencia condenatoria si el acusado resulta culpable del delito que se le imputa más allá de toda duda razonable». Tal baremo de convicción se relaciona, como lo ha reconocido la doctrina, con el párrafo segundo del artículo 27 de la Constitución italiana, que prescribe que «el acusado no será considerado culpable hasta la condena definitiva».

²⁸¹ BANACLOCHE PALAO, *Dilemas de la defensa*, cit. p. 35.

De ahí que la duda razonable constituye la sustancia concreta de la presunción de inocencia; por otra parte, el principio de presunción de inocencia, que subyace la norma constitucional, constituye un criterio interpretativo y uno de los «*principios fundamentales de civilización y piedra angular de los modernos sistemas procesales*»²⁸², que sirve para la aplicación e interpretación de todas las normas procesales penales, entre ellas el estándar *más allá de toda duda razonable*.

En Italia, la doctrina rápidamente se dividió respecto de la introducción del estándar *bard* en el proceso penal. El reconocimiento del estándar más allá de toda duda razonable, dijeron quienes estuvieron a favor, implicó una auténtica «revolución copernicana», que introducía «el instrumento de más incisiva implementación de la presunción de no culpabilidad del acusado»²⁸³, además de revestir un valor axiológico indiscutible, a saber, el constituirse en una barrera a la íntima convicción del juez, que refuerza la presunción de inocencia e impide la vulneración de la libertad del ciudadano. Un Estado de Derecho –y este es el objetivo de un estándar alto como el ya tantas veces citado– no debe correr el riesgo de condenar a un inocente, y el estándar *bard* se inspira palpablemente en la intención de minimizar ese riesgo²⁸⁴. A la acusación, entonces, no se le permiten victorias «sobre el hilo de lana o ‘en vuelo’»²⁸⁵.

Quienes, en cambio, criticaron la reforma legal, lo hicieron sea por su banalismo angloamericano sea por la lógica probabilística bayesiana que predomina en el mundo anglosajón, incompatible con el razonamiento judicial italiano. Así, por ejemplo, CORDERO quien señaló que «la medida de la probabilidad suficiente para la condena no es codificable, y menos aún en números»²⁸⁶.

Pero quizás el que mejor calibró la cuestión del estándar de la duda razonable fue PAULESU, quien señaló que «es de intuitiva evidencia, en efecto, que el criterio del más allá de toda duda razonable, si no se calibra conceptualmente, corre el riesgo de transformarse en una categoría *fuzzy*, vacía y evasiva, en un canon que no resuelve. Si se

²⁸² CANZIO, *L' 'oltre ogni ragionevole dubbio*, cit. p. 304 ss.

²⁸³ PALIERO, *Il 'ragionevole dubbio' diventa criterio*, cit., p. 74.

²⁸⁴ Más enfáticos, para quienes «[e]l derecho a no ser castigado es de tan profundo arraigo que hay quienes consideran que define el castigo impuesto sólo a quienes se considera culpables». BRAITHWAITE; PETTIT, *No solo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*, Buenos Aires, 2015, p. 61.

²⁸⁵ PIERGALLINI, La regola dell' 'oltre ragionevole dubbio' al banco di prova di un ordinamento di *civil law*, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2007, p. 595.

²⁸⁶ CORDERO, *Procedura penale*, 8° ed., Milano, 2006, p. 1001.

concibe en términos demasiado rígidos, se corre el riesgo de favorecer indiscriminadamente a los epílogos absolutorios, frustrando así los objetivos del proceso. Si, por el contrario, se entiende de manera demasiado flexible, se corre el peligro de no poder satisfacer la exigencia, implícita en la presunción de inocencia, de proteger adecuadamente al imputado del error judicial»²⁸⁷. En todo caso, como veremos *infra* finalmente no solo se muestra a favor del estándar, sino que su propuesta de objetivización es fundamental en la investigación, y por lo demás es muy parecida a la de ACCATINO.

En términos prácticos, y en eso creo que el estándar *bard* se desempeña de similar manera en los distintos países, implica que mientras el Ministerio Público tiene que probar los hechos constitutivos del delito satisfaciendo el estándar, el imputado puede solo insinuar la duda sobre la existencia de elementos necesarios del tipo, a punto que esa incertidumbre le resulte necesaria para justificar la duda razonable sobre su culpabilidad²⁸⁸. En el caso italiano lo anterior se expresa claramente en palabras de VARRASO, para quien el ente persecutor debería estar en condiciones de probar, más allá de toda duda razonable, a cada uno de los elementos del artículo 5° del D.lgs. 231, a saber: a) el delito base; b) el interés o ventaja para la persona jurídica derivado del delito base (o presupuesto); y, c) el nivel organizativo del ente²⁸⁹.

El respecto, y de manera correcta, la Corte de Casación ha sostenido, respecto del estándar *bard* que: «eventualidades remotas, aunque abstractamente formulables y previsibles como posibles in *rerum natura*, pero cuya realización efectiva, en el tipo penal concreto, resulte privada de la más mínima conformación en las emergencias procesales»; la duda, para ser precisamente razonable, «no [puede] fundarse en una hipótesis totalmente conjetural, aunque plausible»²⁹⁰.

²⁸⁷ PAULESU, *La presunzione*, cit., p. 30.

²⁸⁸ GAROFALI, “Dalla non considerazione di colpevolezza ex art. 27, comma 2, cost. alla regola dell'oltre il ragionevole dubbio” en www.Treccani.it, 2010, p. 4 y s.

²⁸⁹ VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012, p. 389, para quien :«nessuno dubita che la prova della colpevolezza ogni oltre ragionevole dubbio debba riguardare ciascuno degli elementi costitutivi di cui all'art. 5 d.lgs. n. 231 del 2001: il reato presupposto (rectius il fatto materiale) riconducibile ad una delle fattispecie di cui agli art. 24 ss. d.lgs. n. 231 del 2001; il livello organizzativo apicale o subordinato nel quale è stato commesso; l'interesse o il vantaggio per l'ente derivante dalla condotta di uno dei soggetti ex art. 1 d.lgs. n. 231 del 2001».

²⁹⁰ Casación n. 39516/2014 (Dalmine s.p.a.), citada en ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, 2018, p. 90. En relación a la «determinación requerida por el tribunal según el estándar de la exclusión de toda duda razonable (artículo 533 inc. 1 del CPP italiano)», Casación penal, sección VI, 10 octubre de 2018, n. 45733. Interesante también la sentencia del tribunal de Pisa, de

En cuanto al estándar de la duda razonable respecto de la imputación del ente, la doctrina entiende que respecto del supuesto del artículo 7° del D.lgs. 231, esto es, cuando el hecho de conexión es cometido por un sujeto no apical relacionado con la empresa, la carga de la prueba es del acusador, y aquel debe probar, más allá de toda duda razonable, no solo los elementos objetivos y subjetivos del tipo de conexión, sino que también de la deficiencia del modelo de prevención del delito²⁹¹.

La cuestión debatida dice relación con el artículo 6° del precitado decreto²⁹². Ese artículo, en términos exclusivamente *positivos*, deja poco espacio a la discusión, pues señala expresamente que «*el ente no responde si prueba que*»: el órgano dirigente adoptó e implementó efectivamente, antes de la comisión del injusto, modelos de organización y de gestión idóneos para prevenir delitos de la especie de aquellos que se verificaron; que la tarea de vigilar el funcionamiento y la observación de los modelos, además de asegurar sus actualizaciones, se le entregó a un organismo del ente dotado de poderes autónomos de iniciativa y de control; la persona cometió el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y gestión; y, finalmente, no se ha apreciado una omisión o ausencia de vigilancia del organismo ya citado. Si el ente quiere no responder, diría la norma, debe probar todo lo anterior. Sin embargo la

12 febrero de 2018, Giurisprudenza delle Magistrature di Merito, citada en Giustizia Penale 2018, por cuanto demuestra cómo en Italia los jueces confunden la duda razonable, la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*. Al respecto la sentencia señala: «el estándar de más allá de toda duda razonable es un principio que se aplica tanto como regla sobre la carga de la prueba como regla de juicio; la regla de la prueba y la regla del juicio son dos caras de la misma moneda: En efecto, la presunción constitucional de inocencia es ante todo una auténtica regla de juicio, en la medida en que tiende a considerar que prevalece en la duda el interés individual de libertad frente a la pretensión punitiva del Estado (es decir, guía al juez en la decisión); pero la peculiaridad de la regla de juicio es proyectarse hacia atrás en el proceso, funcionando como criterio organizativo de la actividad probatoria, que condiciona el método de construcción de la prueba. En otras palabras, el criterio del más allá de toda duda razonable constituye tanto una regla probatoria (la acusación debe probar la culpabilidad del imputado más allá de la duda) como de juicio (el juez, cuando la acusación no ha cumplido con su deber, debe absolver), regla en la que debe identificarse la sustancia concreta de la presunción de inocencia, condición necesaria para restablecer la perspectiva justa y la función correcta del proceso (...) los valores de inmensa relevancia en juego en el proceso penal exigen que el juez extraiga del contexto procesal - y en particular de la constatación de que es mejor dejar libre a un culpable que condenar a un inocente - la regla de juicio que debe regir sus decisiones, que es la regla de la más allá de la duda razonable». Nótese como el juez rebaja la ratio de Blackstone a 1/1.

²⁹¹ PAULESU, *La presunzione*, cit., p. 265 y s.

²⁹² DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, en GROSSO; PADOVANI; PAGLIARO (directo da), *Trattato di diritto penale, Parte generale*, vol. IV, Milano, 2008, pp. 179; RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione. Circolarità ed innovazione dei modelli sanzionatori*, Napoli, 2009, pp. 211 y ss; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, en LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, 2a ed., Milano, 2010, p 95 y ss.

cuestión no es tan sencilla, y la doctrina expone bien el problema, incluyendo la complejidad supranacional.

Así, VIGANÒ señala que la inversión de la carga probatoria prevista por la norma impone a la entidad la carga de demostrar la inexistencia de un requisito constitutivo de su responsabilidad, contrario al principio general, constitucionalizado por el artículo. 27, inciso 2º de la Constitución, según el cual corresponde a la fiscalía, en el proceso penal, aportar la prueba, más allá de toda duda razonable, de todos los requisitos, objetivos y subjetivos, de los que depende la responsabilidad del imputado, entre los cuales se encuentran también aquellos en los que se basa su culpabilidad (es decir, su “culpa” desde el punto de vista normativo). Según él, o se mantiene la naturaleza no penal de la responsabilidad de la entidad, a pesar del evidente carácter punitivo de las sanciones previstas contra la entidad –por lo que no tardarán en ser calificadas como *verdaderas penas* en sentido sustancial por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos–, y entonces el principio constitucional de la presunción de inocencia no debería ser un obstáculo, al tratarse de un principio que sólo se aplica en materia penal; o bien –si se considera el carácter penal de las sanciones– será obligatorio reconocer la ilegalidad constitucional de dicha disposición²⁹³.

Con todo, la fijación del *onus probandi* en la persona jurídica, respecto de la eficacia del modelo de prevención del delito, sugiere situar este hecho exculpativo²⁹⁴, o causa de no punibilidad²⁹⁵, fuera de los elementos constitutivos del hecho ilícito de la entidad, cuya especificidad sería «completada exclusivamente por la comisión de un delito supuesto en interés o en beneficio de la entidad por un sujeto en posición apical»²⁹⁶. Pero ello es extraño, considerando que los elementos de exención de responsabilidad previstos en el artículo 6º, 1, D.lgs. n. 231/2001 remiten, sin embargo, claramente al concepto de culpa de organización, resultando entonces difícil determinar el criterio de imputación de la responsabilidad del ente vinculada al delito de los apicales, lo que genera además dudas constitucionales, porque dispone una presunción

²⁹³ VIGANÒ, *Responsabilità da reato degli enti. I problemi sul tappeto a dieci anni dal D.lgs. n. 231/2001*, en enciclopedia Treccani, 2012.

²⁹⁴ FORTI, “Uno sguardo ai ‘piani nobili’ del D.lgs. n. 231/2001”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2012, p. 1249. PALIERO, “La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione”, en ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, p. 55.

²⁹⁵ COCCO, “L’illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2005, p. 97;

²⁹⁶ Tribunal de Milán, 3 enero 2011, en www.penalecontemporaneo.it

en contra del ente respecto de elementos constitutivos del injusto típico que se le reprocha, *rectius: la falta de organización*, en relación con la compatibilidad con el principio de culpabilidad y la presunción de inocencia²⁹⁷.

En definitiva, y conforme a la ley, el ente debería probar, o bien la ausencia o la insuficiencia de la vigilancia de parte del organismo de vigilancia y en especial la fraudulenta elusión de parte del sujeto apical, algo que, ha dicho la doctrina italiana, constituye una verdadera prueba diabólica²⁹⁸.

En contrario opina, por ejemplo, MARINUCCI, DOLCINI Y GATTA, para quienes la inversión de la carga de la prueba sobre el ente no encuentra obstáculo en ningún principio, y menos uno de rango constitucional, cuando se determina, como lo hizo el legislador, que la responsabilidad del ente es administrativa. Por lo mismo, la elección del legislador de denominarla responsabilidad administrativa, lejos de ser un fraude de etiquetas, parece, por lo tanto, en armonía con las opciones elegidas por el decreto, en particular aquellas que restringen ciertas garantías clásicamente penales²⁹⁹.

Igual posición tiene TARUFFO, para quien la cuestión del artículo 6° del D.lgs. 231, ha de resolverse de otra manera. Sostiene que, mientras el artículo 5° establece que la entidad es responsable de los delitos cometidos en su propio interés o en su ventaja, el artículo 6° 1 dispone que si el delito fue cometido por los sujetos apicales indicados en el artículo 5° 1, letra a), el ente no responde si prueba una serie de circunstancias enumeradas en la misma norma. Se trata de una *clara inversión de la carga de la prueba*, ya que es la propia persona jurídica la que evita la responsabilidad probando estas circunstancias: en esencia, la responsabilidad de la persona jurídica se presume hasta que se demuestre lo contrario³⁰⁰.

Con todo, la jurisprudencia parece haber tomado posición a favor de la postura que entiende que le corresponde a la acusación, también en este caso, probar la falta de regulación interna del ente. Así, se entiende al menos de la Sentencia de la Corte de

²⁹⁷ PALIERO, Dieci anni di “corporate liability” nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell’evoluzione della legislazione e della prassi, en AA.VV., D.Lgs. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi, en *Le Soc.*, 2011, suppl. al n. 12, p. 5 ss.

²⁹⁸ MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo*, cit., p. 470; FIDELBO, “La valutazione del giudice penale sull’idoneità del modello organizzativo”, *Le Società D.Lgs.231: 10 anni di esperienze*, 2011, p. 61.

²⁹⁹ MARINUCCI; DOLCINI; GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 7° ed., Milano, 2018, p. 833 y s.;

³⁰⁰ TARUFFO, “Verità e giustizia di transizione”, en *Criminalia*, 2015, p. 48.

Casación que, para atajar una posible anomalía del sistema, es decir, una violación macroscópica de la presunción de inocencia, *reestableció* la carga de la prueba a su destinatario natural, afirmando que pesa «en cualquier caso, sobre la acusación la carga de demostrar la comisión del delito por parte de una persona que reviste una de las cualidades mencionadas en el D.Lgs. n. 231, art. 5, y la *deficiente regulación interna* del ente. Esta última tiene amplia capacidad para proporcionar pruebas exculpativas»³⁰¹.

Aunque quizás llevan razón quienes sostienen que si bien es cierto que en la dialéctica procesal la sociedad tiene todo el interés en demostrar su correcta organización interna presentándole al juez los documentos que la acreditan, la carga de la prueba en sentido sustancial se refiere al así llamado *riesgo de la prueba omitida*, es decir, a la norma probatoria «que determina la parte sobre la que recaen las consecuencias de no haber convencido al juez de la existencia del hecho alegado». La cuestión que hay que resolver, por tanto, es si una *duda razonable sobre la existencia de una organización interna deficitaria* puede o no beneficiar a la entidad imputada³⁰².

Finalmente, y como lo había adelantado, en el proceso de determinación de la responsabilidad penal del ente es posible apreciar una segunda situación probatoria del todo compleja, a saber, determinar la responsabilidad autónoma de la empresa, que supone que el ente acusador deba acreditar –más allá de toda duda razonable– tanto los elementos objetivos como subjetivos respecto de la persona que cometió el delito de conexión –aunque no se pueda determinar su identificación–, algo que parece sencillamente imposible de alcanzar.

Al respecto, reconociendo tal dificultad probatoria, MONGILLO ha propuesto una reducción en el estándar probatorio del más allá de toda duda razonable a la preponderancia de la evidencia. En su opinión, ello debería ir compensado con la demostración de «una doble relación entre el delito y la estructura organizativa del ente, en los siguientes términos: la realización del injusto individual debe haber sido determinado o facilitado sensiblemente por una laguna organizativa de la entidad; y la imposibilidad de probar más allá de toda duda razonable la comisión del delito, en sus

³⁰¹ Cass., sez. VI, 16 luglio 2010, n. 27735, rv. 247665-666; Cass., sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, rv. 261112 (caso ThyssenKrupp), ambas citadas en MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo*, cit., p. 126.

³⁰² MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo*, cit., p. 126.

presupuestos objetivos y especialmente subjetivos, respecto del sujeto parte de la entidad, debe depender de un *defecto de transparencia organizativa*»³⁰³.

En mi opinión, la propuesta de MONGILLO sigue exhibiendo la misma relación compleja entre el estándar de la duda razonable y la imputación a la empresa. Pues en efecto, su tesis es que en esos casos se demuestra con un estándar como PdE la ausencia del hecho de conexión, pero se pruebe con el estándar *bard* el defecto de transparencia organizativa del ente. Si lo que subyace a la imputación del ente es una *laguna organizativa* y un *defecto de transparencia organizativa*, lo lógico es que esos dos presupuestos sean probados por un estándar más bajo que el *bard*, un estándar como PdE, pues precisamente son lo que dicen relación precisamente con la imputación propia del ente, el reproche a su propia culpabilidad; luego son esos dos requisitos los que precisamente exhiben la atribución a un ente carente de atributos humanos, y respecto de los cuales la ubicación del riesgo de error de una sentencia absolutoria no justifica un baremo que facilite la absolución.

³⁰³ MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo, cit.*, p. 358.

CAPÍTULO III

LOS FUNDAMENTOS POLÍTICO CRIMINALES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y SUS INCONSISTENCIAS CON UN ESTÁNDAR COMO *BARD*

Sumario: 1. Introducción. – 2. La política–criminal tras la responsabilidad penal de las personas jurídicas. – 3. Política–criminal, riesgos y socialidad. – 4. Personas jurídicas v/s afectación masiva de bienes jurídicos. – 5. Consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el contexto político–criminal. – 6. La ineficacia preventiva del derecho penal tradicional. – 7 La inevitable tensión entre la duda razonable y la política criminal.

1. Introducción.

Todo Derecho penal responde a una determinada orientación política del tratamiento de la delincuencia, esto es: a una determinada *política criminal*; y toda política–criminal depende de la política general propia del Estado a que corresponde³⁰⁴. Pero todo Estado, conforme hemos visto en el capítulo anterior, debe ser consciente de sus propias restricciones normativas, y sus deberes y obligaciones para con sus ciudadanos para, por una parte, responder adecuadamente al fenómeno criminal y, por la otra, hacerlo en el marco del respeto a los derechos; a) fundamentales o humanos, en el caso de los individuos; b) propios de un justo y racional procedimiento, en el caso de los entes morales. Una errada comprensión de este esquema normativo afecta, y con ello volvemos al inicio, una adecuada política–criminal del país.

Lo anterior es, además, consistente con una política–criminal liberal, que entiendo como una que impone límites a la funcionalización de los efectos simbólicos o socio–psicológicos que amenazan con desvirtuar el Derecho penal, a fin de mantener su carácter de *ultima ratio*. Ello, de la mano de la teoría del bien jurídico como sustrato material de la teoría del delito, todo lo cual garantiza valores liberales dignos de

³⁰⁴ MIR PUIG, *Bases Constitucionales del Derecho Penal*, Madrid, 2011, p. 15.

consideración, a saber, la libertad, la dignidad y la igualdad³⁰⁵. Se trata, en suma, de una política–criminal que incorpora los elementos del así llamado Derecho Penal *mínimo*: el deber de autolimitación, la utilización de la pena como última ratio respecto a la política social y diversas formas de control extrapenal. Lo anterior no puede significar una retirada del Derecho penal de aquellos ámbitos sociales afectados por la criminalidad económica y el crimen organizado³⁰⁶, pero tampoco una expansión desmedida de la herramienta penal. En fin, una política–criminal que, en palabras de MÜSSIG, constituya un «intento de volver a ganar terreno perdido frente a la fuerza de un *esprit du temps* político–criminal de las soluciones simples, rápidas y simbólicas»³⁰⁷.

En ese sentido, adelante, la tesis de este capítulo es que en los países del *civil law*, donde como hemos visto hay un fuerte apego a la presunción de inocencia y el estándar *bard*, la imputación penal de las personas jurídicas efectivamente se corresponde con el *espíritu de los tiempos* en materia penal, a saber, se trata de una solución simple, rápida y en especial simbólica, pero con el agregado que, en una notable paradoja, en este caso ello genera una enorme dificultad político criminal y debilita la protección de los bienes jurídicos.

Una política–criminal de filosofía liberal ve en la proporcionalidad entre la pena y el delito una garantía del ciudadano, que impide castigarlo más allá de la gravedad del delito cometido, ni siquiera por consideraciones preventivas, pues la *dignidad humana* se opone a que el individuo sea utilizado como instrumento de consecución de fines sociales³⁰⁸. El objetivo final de una política–criminal de este talante es el respeto a los derechos humanos, reconociendo como principio rector la humanidad y la dignidad humana³⁰⁹.

El principio de humanidad y salvaguarda de la dignidad humana³¹⁰ suele vincularse a la «evolución histórica del Derecho penal con sus consecuencias en el

³⁰⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, Montevideo – Buenos Aires, 2007, p. 424.; MARINUCCI; DOLCINI; GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit. pp. 240 y ss.; FIANDACA, *Sul bene giuridico, un consuntivo critico*, Giappichelli, 2014, *passim*; clásico, BRICOLA, “Teoria generale del reato”, en Azara; Eula, *Novissimo Digesto Italiano*, 1957, pp. 7 y ss.

³⁰⁶ MARINUCCI; DOLCINI, *Derecho penal «mínimo»*, cit. p. 166 y s.

³⁰⁷ MÜSSIG, *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica del bien jurídico hacia el sistema*, Bogotá, 2001, p. 13

³⁰⁸ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, Barcelona, 2011, p. 79.

³⁰⁹ Cfr. ZÚÑIGA RODRIGUEZ, *Política Criminal*, Coruña, 2001, pp. 180 y ss.

³¹⁰ Al respecto, JESCHECK también destaca la salvaguarda de la dignidad humana, la restricción del *ius puniendi*, la exclusión de penas crueles, la proporcionalidad en los medios, la igualdad –como criterio

ámbito de las sanciones penales, traducidas en la eliminación de las penas corporales, la constante reducción de la duración de la privación de libertad y la mejora de las condiciones de su ejecución»³¹¹. El principio humanidad orienta también a la filosofía de la pena, que no puede ser sino una permanente tensión entre ser y deber ser, un continuo esfuerzo de conciliación entre la dolorosa necesidad de castigar y la preocupación de cautelar el valor de la humanidad³¹². En palabras de FERRAJOLI, se trata de infligir «el *mínimo sufrimiento necesario* que haya que infligir a la minoría *formada por los desviados*»³¹³.

El principio de humanidad no solo permite excluir ciertos tipos de castigos inhumanos del arsenal del Derecho penal, sino que también permite reconocer como *inhumano* un castigo no solo en cuanto se impone a un *inocente*, sino también cuando se impone a un culpable. Es un principio de carácter universal³¹⁴.

Siendo la función principal y decisiva del Derecho penal la protección de bienes jurídicos, es necesario analizar cuál es el papel más idóneo de la pena en cada caso. El sistema teleológico de ROXIN ejemplifica de buena manera lo anterior, pues busca su legitimidad en lo que el Derecho penal pretende: la protección de bienes jurídicos, evitando la futura comisión de delitos³¹⁵. Ahora, si lo que justifica el Derecho penal es la protección de un bien jurídico, y la pena está al servicio de ello, una consecuencia de esto sería que, si la imposición de la pena se presenta como altamente dificultosa, ya sea por razones normativas o prácticas, el Estado debiese tener capacidad auto-reflexiva y permitir que otros mecanismos sancionatorios protejan los bienes jurídicos involucrados en dicha hipótesis. Si, en cambio, el sistema penal permite proteger los bienes jurídicos involucrados de la forma más eficiente posible, entonces el Estado tiene buenas razones allí para recurrir al Derecho penal.

antidiscriminatorio-, todos como criterios de una adecuada política criminal. JESCHECK, Tratado de Derecho Penal, parte General, 5º ed., renovada y ampliada, Granada, 2002, pp. 22 y ss.

³¹¹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 261.

³¹² CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Milano, 1990, p. 18. En el mismo sentido, TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010, p. 84. Sobre esto último vid. MARINUCCI; DOLCINI; GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., pp. 649.

³¹³ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. p. 261.

³¹⁴ NEUMANN, "The 'Deserved' Punishment" en SIMESTER; BOIS-PEDAIN (Eds.) *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch*, Oxford, 2014, p. 75.

³¹⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, cit., p. 254.

Existe la idea en el subconsciente de que el Derecho penal es el instrumento de control social más eficiente para proteger bienes jurídicos. Planteada en términos absolutos, y conforme lo yo hemos adelantado en el capítulo anterior, tal idea constituye un error. Áreas del derecho distintas al Derecho penal seguramente son más eficientes previniendo conductas lesivas para bienes jurídicos. Desde luego, esta afirmación no constituye una novedad. V. LISZT concebía el Código penal como la «carta magna del delincuente». Por su parte, IHERING entendía el Derecho penal esencialmente como las formalidades que limitan el ejercicio de la violencia por parte de la política–criminal³¹⁶. Si bien ROXIN consideró «exagerada pero pegadiza»³¹⁷ la frase de V. LISZT, lo cierto es que detrás de ella subyace además un criterio de protección del inocente, de no ser condenado injustamente por un delito no cometido, en el sentido que sólo se puede condenar a alguien cuando su conducta cumpla con todos y cada uno de los requisitos definidos por la ley, sustantiva y, aunque se nos olvide, también la adjetiva.

En particular respecto de la responsabilidad del ente, el escenario se complejiza dado que ciertas posiciones fundan tal responsabilidad en teorías funcionalistas que, como se sabe, tendrían como principal función describir las categorías de responsabilidad y los presupuestos de imputación de un determinado ordenamiento. Lo anterior implica que no es necesariamente trascendental la legitimación del Derecho penal vigente, sino que ésta reside en que sea funcional para el conjunto del sistema.

En ese contexto, el Derecho penal se construye desde una política–criminal que pretenda garantizar en lo penal aquellas normas a cuya observancia general no se puede renunciar para el mantenimiento de la configuración social básica, a saber, en la que una infracción normativa es una desautorización de la norma; la pena no perseguiría evitar las lesiones a los bienes jurídicos sino reafirmar la vigencia de la norma, como modelo de orientación para los comportamientos. Así, en lo que nos interesa, la protección del Derecho Penal se ordena a reafirmar al que confía en la norma; la pena opera, en consecuencia, como despliegue para ejercitar la fidelidad al derecho y hacer correr con las consecuencias a quien la infringe³¹⁸.

³¹⁶ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, cit., p. 191.

³¹⁷ ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 138.

³¹⁸ YACOBUCCI, *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Buenos Aires, 2002, p. 414.

Esto es, por ejemplo, lo que GALÁN MUÑOZ propone respecto de la sanción penal a las personas jurídicas, para quien «además de *reafirmar la vigencia de la norma infringida y restaurar la confianza social en la misma* (prevención general positiva), también, y como reconoce el propio FEIJÓO SÁNCHEZ, si bien exclusivamente con respecto a la multa, «busca efectos en sujetos distintos de aquél que sufre la pena pecuniaria, es decir, el cumplimiento generalizado de las leyes penales en las actividades empresariales y de otras entidades con personalidad jurídica»³¹⁹. O el mismo BAJO FERNÁNDEZ, cuando sostiene que «en este contexto, la culpabilidad tampoco es una cuestión de alternativas de acción del sujeto. Por el contrario es un problema de la sociedad: si ésta tiene o no alternativas para tratar a los que cometen delitos. Desde estos nuevos puntos de partida se puede sostener que la persona jurídica es un sistema compuesto por su estatuto y sus órganos (sistema social), que dicho sistema se puede comunicar falsamente y que frente a dicha comunicación falsa el sistema jurídico reacciona imponiendo una pena para reafirmar la vigencia de la norma infringida. *En suma: la persona jurídica como sistema autorreferencial es competente de sus comunicaciones, también de las falsas, y se presenta, por lo tanto, como un sujeto posible para el sistema del Derecho penal*»³²⁰. O BACIGALUPO SAGGESE, para quien la finalidad de la penalizar a las personas jurídicas mediante el Derecho penal es satisfacer la *vigencia de la norma y garantizar la identidad normativa* de la sociedad³²¹.

En el mismo sentido, de manera más elocuente, GÓMEZ-JARA afirma que la «culpabilidad, tanto en el Derecho penal empresarial como en el Derecho penal individual, se fundamenta en una determinada concepción de la conocida *prevención general positiva* –en concreto: en la *retribución comunicativa*–. Así, de acuerdo con la teoría de la pena basada en la *retribución comunicativa*, la pena cumple la función de contribuir –en el sentido de aumentar la probabilidad de éxito de la comunicación– al restablecimiento comunicativo de la norma, derivando como prestación el reforzar la *fidelidad al Derecho*. (...) Lo que quizás aporta el modelo constructivista en este

³¹⁹ GALÁN MUÑOZ, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Valencia, 2017, p. 280 y s.

³²⁰ BAJO FERNÁNDEZ, “Vigencia de la RPPJ en el derecho sancionador español”, en BAJO FERNÁNDEZ; FEIJÓO SÁNCHEZ; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, adaptada a la ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal*, Pamplona, 2012, p. 29 (destacado agregado);

³²¹ BACIGALUPO SAGGESE, *Curso de Derecho penal económico. Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Marcial Pons, 2005, p. 104.

sentido es una ‘actualización’ de esta opción, apoyándose en los avances experimentados por las ciencias de la comunicación. Por lo que a la función respecta, la pena, si se impone tanto a un individuo como a una organización empresarial, *restablece comunicativamente la vigencia de la norma* y, en este sentido, no se produce diferencia alguna entre el campo del Derecho penal individual y el del Derecho penal empresarial. Ello, por lo demás, es una consecuencia obligada de conformar un concepto de persona jurídico-penal que abarque tanto a individuos como a organizaciones empresariales»³²².

Lo anterior obliga a demostrar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas, si se toma en serio el adjetivo penal, puede generar un *déficit* de funcionalidad en la medida que el Derecho penal no cumpliría los cometidos que le corresponden como subsistema social³²³. En definitiva, habrá que explicar que si la pena expresa – para poner el ejemplo de JAKOBS– el «mantenimiento del lado cognitivo de la vigencia de la norma»³²⁴, o bien, en palabras de GÓMEZ-JARA, el restablecimiento comunicativo de la vigencia de la norma, el *trade-off* entre culpabilidad/reprochabilidad e inocencia igualmente adquiere mayor fuerza cognitivo/comunicativa, porque un sistema que privilegie sistemáticamente la libertad (la inocencia) corre el riesgo de comunicar a la ciudadanía un mensaje cognitivo erróneo sobre la estabilidad y rectitud de la norma. Pero dejemos eso para un próximo capítulo, y concentrémonos por ahora en analizar los argumentos *desde la política-criminal* que se suelen dar para justificar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Aunque a veces suele olvidarse, vale la pena recordar que un sistema de control social respecto de lesiones a bienes jurídicos puede existir, en teoría, y ser más eficiente, sin las garantías y restricciones propias del sistema penal (y del sistema nacional e internacional de derechos humanos). Ese Estado, como bien señala PEÑA, sería ante todo una estructura de *dominación* que ejercería con éxito el monopolio absoluto de la fuerza física o la violencia³²⁵, en un contexto de no reconocer a los ciudadanos como

³²² GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos modernos*, cit., pp. 48 y ss. ID., “La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en ARROYO JIMÉNEZ; NIETO MARTÍN, *Autorregulación y sanciones*, Valladolid, 2008, p. 276 y ss.; sobre la retribución comunicativa *vid.* ID., “La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?”, InDret, 2008, *passim* (destacados agregados).

³²³ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, cit., p. 33

³²⁴ JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, Pamplona, 1996, p. 142.

³²⁵ PEÑA, *Ideas de perfil. Ensayos*, Hueders, 2015, p. 434.

sujetos dignos en derechos, esto es, carentes de capacidad de reclamar frente al estado derechos fundamentales como cartas de inmunidad frente a la violencia estatal –lo que se ve, por ejemplo, hoy día, en los discursos de los defensores de una detención preventiva, no una prisión preventiva cautelar, que suelen destacar su efectividad para combatir el crimen³²⁶. Desde este punto de vista, un sistema con las garantías y restricciones propias del sistema penal es costoso, pues consume una alta cantidad de recursos, tanto económicos como humanos. «*Combatir*» la delincuencia sería más sencillo y eficiente si no se sometiera al sistema penal a cargas «*innecesarias*» y, a veces, incluso «*sofisticadas*», como por ejemplo el sometimiento a un estricto principio de legalidad y de culpabilidad, o la comprobación fáctica de los hechos solo a través de ciertas pruebas que hayan cumplido con una serie de requisitos de admisibilidad y bajo un estándar de prueba como *bard*³²⁷.

Asimismo, juzgar a las personas acusadas y sancionarlas, generando con ello un efecto preventivo general y especial³²⁸, sería –*en principio*– más simple si uno redujera la importancia de la presunción de inocencia³²⁹, invirtiera en algunos casos la carga de la prueba, o se fijara un estándar de convicción de condena menor al de la duda razonable. ¿Cómo se explican, entonces, que se establezcan todas estas exigencias y límites al sistema penal para imponer una sanción a un ciudadano? Luego de responder la interrogante precedente, uno debiese preguntarse si tal justificación, cualquiera que sea, se aplica con igual fuerza respecto de las personas jurídicas. Esta cuestión constituye una pieza central de esta investigación. En los acápites siguientes se argumentará que las razones político–criminales esgrimidas en favor de la responsabilidad de las personas jurídicas son insuficientes para exigir que tal responsabilidad sea incorporada al Derecho penal.

³²⁶ HO, “Liberalism and the Criminal Trial”, en *Sydney Law Review*, Vol. n° 32 (2010), p. 243.

³²⁷ *Ibidem*. Nótese lo que al respeto señalan HOLMES y SUNSTEIN, a saber, que «el sistema estadounidense de justicia penal es costoso, en parte, porque ha sido diseñado para evitar tanto que acusados inocentes sean condenados por error como que agentes de policía y guardia cárceles que emplean armas letales maltraten incluso a los reos que han sido declarados culpables. El hecho de que los costos de ese orden, indispensable para la protección de los derechos básicos, deban ser cubiertos por los contribuyentes tiene una significación teórica además de financiera: destacan la dependencia esencial del individualismo basado en los derechos de la acción del Estado y la cooperación social». Sobre esto Vid. HOLMES; SUNSTEIN, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, 2011, p. 105.

³²⁸ MARINUCCI; DOLCINI; GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit. p. 16.

³²⁹ Entiendo, con LAUFER, no sólo la regla sobre la carga de la prueba que lleva implícita dicha presunción sino también el derecho a no auto incriminarse, el derecho a guardar silencio, la regla de descubrimiento, incluso el derecho a un abogado defensor e incluso el derecho a confrontación. Cfr. LAUFER, “The Rhetoric of Innocence”, en *Washington Law Review*, Vol n° 70 (1995), pp. 333 y ss.

2. La política criminal tras la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Se analizará críticamente el argumento de que existen necesidades político–criminales que justifican sancionar (¿penalmente?) a las personas jurídicas, en particular por el rol que ellas desempeñan en el mundo globalizado y por el aumento del riesgo que generan, principalmente por su irresponsabilidad organizada y su enorme capacidad de lesión³³⁰.

Criticar el anterior argumento es importante debido a que sobre la base del mismo se han hecho esfuerzos intelectuales importantes para equiparar a las personas jurídicas, tanto conceptual como normativamente, con las personas naturales, en particular respecto a la capacidad de acción y de culpabilidad³³¹.

Pero para ello conviene, previamente, hacer mención a una notable distinción que hace PACKER respecto de los sistemas de justicia criminal, que suele no ser considerada en el derecho continental –quizás por su aversión a las posiciones consecuencialistas en materia político–criminal–. El autor ejemplifica gráficamente dos tipos de sistemas de justicia criminal, uno de ellos con una fuerte preocupación garantista y otro, en cambio, claramente orientado hacia la eficiencia.

Así, los sistemas de justicia criminal, informa PACKER, pueden básicamente definirse en dos modelos, un *Modelo de Control del Crimen (Crime Control Model)* y un modelo de respeto por el *Debido Proceso (Due Process Model)*³³². Ambos modelos reflejan de alguna manera *polos opuestos* –no necesariamente realizables en su totalidad– de una tensión inherente en el control social del delito, de la política criminal: por una parte el interés de condenar a los culpables y, por la otra, de proteger los derechos de los defendidos.

Un *Modelo de Control del Crimen*, en palabras de PACKER, se caracteriza por un sistema de preferencia hacia la represión del delito como la función más importante del sistema penal. Un modelo así orientado lo que busca es: a) *máxima eficiencia*; b) *mayor supresión del delito*; y, c) *asegurar la condena de los imputados*. Un sistema eficiente,

³³⁰ PALIERO; PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit. p. 167.

³³¹ DAN-COHEN, *Sanctioning Corporations*, cit. p 16.

³³² PACKER, “Two Models of the Criminal Process”, en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. n° 113 (1964), pp. 1-68.

entonces, debe ser capaz de aprehender, juzgar, condenar y sancionar al mayor número de imputados con la mayor celeridad posible. Lo central para lograr esa celeridad es: a) contar con un sistema *rápido de investigación*; b) permitir la *menor conflictividad y litigación posible*; y, c) *invertir la carga de la prueba y optar por una verdadera presunción de culpabilidad*. Esta *presunción de culpabilidad* incentiva al sujeto a no defenderse y a negociar la pena rápidamente. Se trata, en fin, de un modelo administrativo de investigación o de control agencial³³³.

Un *Modelo de Debido Proceso*, en cambio, se caracteriza por una postura crítica y antagónica a esta visión administrativa de la persecución penal, reprochándole su incapacidad de determinar con un estándar razonable la culpabilidad o inocencia del imputado. Un modelo preocupado del debido proceso muestra una importante preocupación por valores individuales fundamentales en una sociedad respetuosa de los derechos humanos, en particular por la dignidad, la libertad y la autonomía. Estos valores sirven para limitar el poder punitivo³³⁴.

Ambos modelos, aunque irrealizables en toda su extensión, dan cuenta de una posición axiológica del sistema de justicia criminal respecto de los valores en juego. Pues bien, conviene preguntarse si en el ámbito de las personas jurídicas el modelo de justicia a aplicar debería estar orientado hacia un *modelo de control del delito* –como uno aprecia en Norteamérica– o hacia un *modelo de debido proceso* –como una aprecia en los países del *civil law*–. Por ejemplo, el sistema de responsabilidad de las personas jurídicas en Estados Unidos funciona hoy explícitamente como un modelo de control del crimen, que básicamente tiene la estructura de un Derecho administrativo sancionador. En cambio, uno observa que académicos y abogados en Chile, España e Italia, postulan ya no solo que las personas jurídicas deberían ser consideradas como sujetos dignos de ser imputados penalmente, sino que debería hacerse siguiendo un estricto modelo de debido proceso.

³³³ *Ivi*, pp. 9 y ss.

³³⁴ *Ivi*, pp. 13 y ss. Packer señala al respecto: «[t]enemos que estar dispuestos a pagar un precio por un régimen que fomente la privacidad personal y defienda la dignidad e inviolabilidad del individuo. Ese precio implica inevitablemente algún sacrificio en la eficiencia; en consecuencia, un llamamiento a la eficiencia por sí solo nunca es suficiente para justificar una invasión al espacio de la libertad humana» (p.27). No parece que ese *trade-off* entre eficiencia y protección de derechos se pueda predicar de las empresas.

Lo que llama la atención, es que mientras los países del *civil law* hacen importantes esfuerzos por mantener su justicia criminal cercana al modelo de garantías –incluso incluyendo a las personas jurídicas–, los norteamericanos más bien tienden a usar parte de ambos modelos, pero en el caso de los entes morales la cuestión es casi hoy una declarada mirada desde la eficacia. Ello explica, por ejemplo, que el objetivo de esta investigación, a saber, la relevancia en la responsabilidad penal de las personas jurídicas de un estándar de prueba como *bard*, sea algo escasamente revisado en la doctrina, y menos en la jurisprudencia norteamericana, porque las posibilidades que una empresa llegue a un juicio oral y el acusador deba probar la responsabilidad del ente conforme al estándar *bard* son casi nula –además que la imputación allá sería más propia de un modelo vicarial–, pues hoy casi todas las imputaciones a los entes se resuelven tempranamente, con acuerdos entre la empresa y el acusador, incluso antes de que se les inicie formalmente el proceso penal y en un contexto de mínimas garantías.

En otras palabras, y como bien lo sostuvo STELLA en su momento, para enfrentar el fenómeno de la delincuencia empresarial es necesario introducir mecanismos de control *eficaces* y *penetrantes*. Su razonamiento puede resumirse de la siguiente manera: las empresas han adquirido un tamaño, un poder y una injerencia en la vida social que pueden poner en peligro o lesionar bienes jurídicos de tal importancia en la vida social que, para enfrentar ese fenómeno, hay que dejar de lado el brocardo *societas delinquere non potest* e introducir instrumentos penales, pues ellos son los más eficaces y penetrantes que existen³³⁵. Ciertamente es que las personas jurídicas, especialmente las transnacionales, ejercen una enorme influencia en nuestras economías y sociedades. Sin embargo, la conclusión de STELLA, de preferir el Derecho penal por sobre otras alternativas, pues los *instrumentos penales* son más eficaces y penetrantes no es algo que uno deba dar por descontado ¿En qué sentido el Derecho penal, en el caso de las personas jurídicas, tiene mecanismos eficaces y penetrantes? ¿Por la pena, el estigma o la estigmatización? ¿Se trata, en verdad, de un verdadero sistema penal, o es algo que le decimos Derecho penal, pero es otra cosa?

El sistema de justicia criminal, conviene no olvidarlo, es burocrático, costoso y complejo. La decisión sobre qué se criminaliza y, aún más, a quién se criminaliza, supone necesariamente tener en consideración que el específico bien jurídico de que se

³³⁵ STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, cit. p. 459.

trata puede quedar *infraprotegido*. El sistema procesal penal no es, en lo absoluto, un mecanismo de costo cero.

Por ello, en el Derecho penal continental la cuestión sobre qué criminalizar se resuelve, en general, a partir de una única pregunta, si acaso el comportamiento del sujeto lesiona o pone en peligro un bien jurídico cuyo valor ético–social y relevancia sea tal que justifique la intervención del Derecho penal. Si la respuesta es positiva, el recurso al Derecho penal está entonces justificado. Esa parece ser una mala aproximación. Evidentemente la primera pregunta que uno debería hacerse sobre la posibilidad de usar el Derecho penal por sobre otras opciones normativas es la relativa al daño causado por la conducta. Pero la segunda, tanto o más importante que la primera, es el grado de eficiencia del Derecho penal para controlar las conductas que generan ese daño, concibiendo la posibilidad de que ese bien jurídico sea insuficientemente protegido por las complejidades y límites propios del sistema de justicia criminal. En este contexto, la pena privativa de libertad es una característica esencial y exclusiva del Derecho penal que sirve como *input* de eficiencia para controlar esas conductas. Sin embargo, ello no parece ser así frente al injusto corporativo. En este escenario, donde las sanciones que pueden imponer el Derecho penal, el Derecho administrativo sancionador u otro mecanismo *cuasi–administrativo* son las mismas, apelar al Derecho penal –aún más, con sus garantías– es absolutamente objetable, por ineficiente.

Correctamente se ha indicado que si “*las soluciones del derecho privado o del derecho administrativo pueden entregar el mismo nivel de control, y lo pueden hacer a un menor costo, entonces hay claramente una presunción que ellas representan una mejor aproximación que la criminalización*”³³⁶. Cuando se hace referencia al menor costo se debe considerar, desde luego, no sólo el menor costo económico en la persecución y la determinación de la responsabilidad, que ya es en sí relevante, sino que también aquel que se origina en la (des)protección de futuros bienes jurídicos por la infraprotección del sistema en la persecución de los delitos, lo cual se relaciona

³³⁶ BOWLES; FAURE, GAROUPA, *The Scope of Criminal Law and Criminal Sanctions*, cit., p. 415. En similar sentido se pregunta ORTIZ DE URBINA GIMENO para quien es necesario «a la hora de evaluar la legitimidad de la intervención penal» atenderse «a sus costes y beneficios comparados con los de otras posibilidades de intervención». ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Política criminal contra la corrupción: una reflexión desde la teoría de la pena (o viceversa)”, en MIR PUIG; CORCOY BIDASOLO (Dir.), GÓMEZ MARTÍN (Coord.), *Garantías Constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, 2012, p. 401.

directamente con los estándares epistémicos y de corroboración que se exigen para condenar.

En ese sentido, la doctrina suele justificar la responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre la base de una cierta aproximación pragmática del Derecho penal³³⁷. El pragmatismo permitiría, a juicio de algunos, dejar de lado ciertas exigencias dogmáticas que dificultarían la responsabilidad del ente, dando paso a un Derecho penal que, se asume, es más eficiente para perseguir y sancionar. La paradoja del pragmatismo penal es que desconoce que el Derecho penal, considerando el conjunto de garantías y límites irrenunciables que lo rigen, no es la herramienta más eficiente para prevenir y sancionar conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos. En efecto, la paradoja del penalista pragmático es que, si quiere ser fiel al Derecho penal, debe aceptar los límites que este impone. Rebajar o eliminar tales límites significa a final de cuentas renunciar al Derecho penal.

Uno de los requisitos o límites del *ius puniendi* –en mi opinión el más relevante– es la existencia, como mínimo, de una relación entre una *verdad protegida* y la decisión pronunciada. De esta forma, es imprescindible que el reproche formulado por una decisión condenatoria esté sustentado en una relación de correspondencia entre la afirmación de la conducta injusta realizada y una tesis protegida de la verdad sobre lo que ocurrió: la mejor forma de hacer esto es estableciendo un estándar de convicción alto, como lo es el de la duda razonable.

Hace algo más de un lustro SHÜNEMANN nos advertía del peligro que implicaba abandonar, en pos de soluciones pragmáticas, las cuestiones teóricas en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que podía llevar a la «aniquilación de toda la ciencia jurídica que se considere seriamente ciencia»³³⁸. Esta investigación, en parte, pretende hacerse cargo de los dos argumentos, a saber, que desde lo pragmático

³³⁷ La idea de la vinculación entre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y una visión pragmática del Derecho penal encuentra su origen en un artículo de DEWEY, quien sostiene que el concepto de persona no supone una concepción metafísica, sino que es un concepto definido por la ley. DEWEY, “The Historical Background of Corporate Legal Personality”, *Yale Law Journal*, Vol. n° 35 (1926), pp. 672 y s. Una buena definición de la filosofía pragmática la entrega LYNCH, que la describe como «la filosofía de la real política, de los resultados; ella encarna un respeto por el éxito y la falibilidad de la ciencia, impaciente con la metafísica, y una afición por el caso concreto». Cfr. LYNCH, *True to Life*, cit., p. 38.

³³⁸ SHÜNEMANN, “La responsabilidad penal de las empresas: para una necesaria síntesis entre dogmática y política criminal”, en ONTIVEROS ALONSO (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Valencia, 2014, p. 498.

es una mala idea responsabilizar penalmente a las personas jurídicas; y, además, que desde el punto de vista dogmático supone un sacrificio a la idea de reprochabilidad por el hecho y culpabilidad difícilmente soportable, otorgándole a un sujeto una categoría de dignidad que no se merece.

3. Política–criminal, riesgos y socialidad.

Se ha señalado correctamente que la actividad empresarial y las personas jurídicas generan importantes riesgos para bienes jurídicos individuales, colectivos y supraindividuales de gran trascendencia social. Se trata, por ende, de delitos que tienen, en general, una gran cantidad de víctimas, muchas de ellas con escasa relación entre una y otras, y que ven afectado con el delito su trayectoria vital y, lo que es lo más complejo, su proyección de futuro. Piénsese, por ejemplo, en los delitos medioambientales o los delitos financieros, en que muchas veces las víctimas tampoco están relacionadas con el mundo empresarial, que no lo sienten parte de su propia vida. Esas víctimas, como decía en el capítulo anterior, no advierten en la persona jurídica un *alter ego moral*, respecto del cual pretendan socialidad, no lo ven como un *otro*, lo ven como un objeto, luego si bien pueden reclamar de ellos responsabilidad –así como uno puede hacerlo de un animal– no esperan que esa responsabilidad se exprese, en términos comunicativos y sociales, con un juicio de absolución: uno puede decir que el perro es responsable de comerse la comida de la mesa, pero no espera que el perro le responda y pretenda justificarse para que usted lo perdone (a lo más, en razón de la ausencia de *otro*, de un responsable, uno se reprochará a si mismo por haber dejado la comida en la mesa, así como lo hará por haber invertido en tal empresa).

En delitos particularmente graves, con riesgos asociados a la actividad empresarial en especial complejos, se debería realizar un esfuerzo para evitar generar – en razón de la responsabilidad de la empresa– una sensación de impunidad corporativa. Eso también es política–criminal.

Junto con ello, la propia organización empresarial, compleja por definición, crea rutinas de trabajo que, por sus características de interconexión, dificultan seriamente la individualización de los autores responsables de la comisión de hecho constitutivo de delito, pues la división del trabajo dificulta la individualización de los autores, como

también la superposición de competencias o el cúmulo de procesos de decisión en el interior de la sociedad³³⁹. Con todo, tales consideraciones, no obstante ser ciertas, no constituyen razones definitivas para establecer una responsabilidad penal de las personas jurídicas, en cuanto finalmente implica una renuncia a la persecución penal de los verdaderos agentes morales autores de la actividad criminal, quienes por lo demás pueden haberse autoorganizado de esa manera para lograr su propia impunidad, desviando el foco de la persecución a un ente ficticio –creado– de imputación penal, que tampoco cubre, comunicativamente y desde una perspectiva preventivo general, todo el déficit generado por la infracción de la norma.

Además, lo anterior constituye un argumento engañoso, porque en razón de la dificultad de identificación de él o los autores responsables del injusto se cambia el foco a la identificación de la empresa, pero asignándole un estándar de prueba en la persecución que también dificulta su propia responsabilidad: *luego hoy es más difícil investigar a las personas naturales y a la persona jurídica*. Con todo, aunque la determinación de la responsabilidad del ente fuera más sencilla y menos recubierta de garantías, todavía eso no sería una buena razón para no reforzar la persecución respecto de los autores individuales.

La experiencia norteamericana algo nos enseña de eso, pues ahí donde durante años estuvo centrada –e incentivada, mediante los *deferred prosecution e non-prosecution agreements*– la persecución de las personas jurídicas –en un modelo nada garantista, por lo demás– en el último tiempo ha tendido a girar hacia la persecución individual. Lo anterior se refleja en la dictación del así llamado Yates Memorandum, de 2015, mediante el cual la Vice Fiscal –*Deputy Attorney General*– de los Estados Unidos de la época, vuelve a poner el foco en la determinación de la responsabilidad individual. De hecho el propio memorándum lleva por título *responsabilidad individual por las infracciones de las empresas*, y en él se expresa la importancia de perseguir eficazmente la responsabilidad individual como una adecuada herramienta contra la criminalidad

³³⁹. Sobre esto, *vid* FRISCH, “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa — Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo” en MIR PUG; LUZÓN PEÑA, (eds.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1996, pp. 99 y ss.; NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit. p. 38 y s.; en sentido similar BUELL, “Criminal Procedure within the firm”, en *Stanford Law Review*, vol. n° 59 (2007), p. 1625.

corporativa³⁴⁰. En ese contexto, el documento explícitamente indica que en toda investigación que se dirija en contra de una persona jurídica, sea esta penal o civil, se debe instar, como requisito para considerar la colaboración de la entidad (*cooperation credit*) que la persona jurídica ponga a disposición de las autoridades los antecedentes que disponga y que puedan facilitar la persecución de personas individuales en el delito, se debe exigir, entonces una completa *disclosure* de los antecedentes adquiridos mediante las *internal investigations*. Se trata, desde luego, de una obligación de medios –la colaboración y el *disclosure*–, no de resultado –la exitosa determinación de los responsables individuales. Desde ese memorándum, en una tendencia que se ha mantenido hasta hoy, lo que se ha incentivado es la autodenuncia con información de responsabilidades individuales por los entes morales. Un buen botón de muestra es el *The Fraud Section's Foreign Corrupt Practices Act Enforcement Plan and Guidance*³⁴¹, programa piloto de incentivo a la denuncia en el contexto de los delitos de corrupción, en el cual se permite una disminución de hasta un 50% del mínimo de la multa o la *declination of prosecution* –siempre con el comiso de la ganancia– si la empresa se denuncia, coopera –con información de personas naturales– y se somete a revisión su modelo de cumplimiento.

Desde luego lo anterior también genera dificultades en términos de las garantías individuales, pues bien la entidad puede ser usada por las agencias de persecución para facilitar su labor en la persecución de las personas naturales, adquiriendo material probatorio que de otra manera no tendrían, o bien las personas que administran el ente podrían usar a una persona individual para disminuir la responsabilidad de la persona jurídica. En este punto, me parece, la idea de los procedimientos simultáneos es altamente crítica y cuestionable, pues la separación de los procesos puede ser la mejor herramienta de protección de los autores individuales, reservando esa instancia para la discusión sobre la pertinencia, admisibilidad y licitud de la prueba que pretende presentarse en contra del individuo. Con todo, en lo personal, considero que si la obtención de los antecedentes frente a la persona jurídica –básicamente documental– se hace con el respeto de las garantías de un debido proceso y de manera voluntaria –sea esta por una investigación interna, una autodenuncia o investigación oficial–, no parece existir razones para oponerse a ese camino. Lo anterior con un matiz, a saber, la propia

³⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, “Yates Memorandum”, en *InDret*, Vol. n° 4, 2015, *passim*.

³⁴¹ Descargable en <https://www.justice.gov/archives/opa/blog-entry/file/838386/download>

autoincriminación de la persona individual en el contexto de una investigación interna. Se trata, desde luego, de una cuestión que excede el contenido de esta investigación. En lo personal, mi aproximación al derecho a no autoincriminarse no es uno que cubra cualquier tipo de contexto en que el sujeto decida revelar su participación en un injusto penal, sino que más bien considero que el derecho a no autoincriminarse cobra sentido en el contexto en que aquel es fruto de algún tipo de coacción –no necesariamente física, por cierto– en el contexto de una persecución penal, sea por un agente del Estado o por un tercero que actúa como autor mediato. En ese sentido, si una persona quiere confesar su delito –de manera libre y voluntaria– en el ámbito de una investigación interna, salvo que pueda alegar después un supuesto de coacción que le quite validez a la voluntariedad a la declaración (ya el problema no es la autoincriminación, sino la coacción), no veo razones para que esa información luego no pueda ser usada en su contra en una persecución penal.

Con todo, volviendo a la política–criminal, se ha *empíricamente* desmentido, como lo sugiere PRITTWITZ, el carácter de *ultima ratio* que se suele predicar respecto del Derecho penal³⁴². La sobrecriminalización o legalismo expansionista³⁴³ es hoy universal. Ante cualquier nuevo fenómeno que aumenta el riesgo a los bienes jurídicos, la huida irreflexiva del legislador al Derecho penal parece hoy habitual. Un ejemplo de ello ha sido el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La política–criminal se desarrolla, por una parte, en relación inmediata con el Derecho penal y Procesal penal, y, por la otra, hacia un plano de racionalidad instrumental. Los «*principios*» que la política debe indicar a ambas ramas del Derecho, se refieren a la elección y estructuración de medios apropiados, para fines pre–determinados por el ordenamiento jurídico, según lo que previamente se defina como «*criminalidad*»³⁴⁴. Es en ese contexto, entonces, que el Derecho penal y Procesal penal deben tener capacidad de dialogo entre ellos, para determinar aquello que pueden realizar, sea para satisfacer las necesidades de la política, sea para respetar los principios y limitaciones de la otra rama del derecho.

³⁴² PRITTWITZ, *El Derecho penal como propia ratio*, traducción de Nuria Pastor, inédito, p. 1.

³⁴³ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona, 2018, p. 47.

³⁴⁴ PULITANÒ, “Politica criminale”, en MARINUCCI; DOLCINI, *Diritto Penale in Trasformazione*, Milano, 1985, p. 4.

La política–criminal interviene para penalizar aquellas conductas respecto de las cuales los demás instrumentos preventivos han fracasado. La finalidad preventiva de la pena, su amenaza, pertenece también a la política–criminal. Como ha señalado DONINI, una política criminal orientada a la prevención del delito no se agota en la respuesta punitiva, sino que, por el contrario, se resigna a ella después de que el Estado ha adoptado integralmente los instrumentos extrapenales para prevenir la comisión de hechos constitutivos de delitos, para luchar contra las causas del delito.

SÁNCHEZ–OSTIZ explica, con razón, que existen «tres enunciados básicos de la política–criminal, basados a su vez en otros tantos radicales humanos. En primer lugar, la sociabilidad humana, sobre la que se basa el principio de seguridad en cuanto ‘necesidad de tutela de la vida social’. En segundo lugar, la libertad humana y la consiguiente exigencia de normas para la conducta, y que fundamenta el principio de legalidad. En tercer lugar, la dignidad humana, sobre la que se enuncia el principio de respeto de la dignidad»³⁴⁵.

El autor entiende por sociabilidad humana, la seguridad en la vida social, la cual merece ser protegida y requiere ser tutelada, como «constitutiva, esto es, el ser humano es social en cuanto que ser–con–otros. En consecuencia, aislar un sujeto de los otros con los que co–existe es una abstracción»³⁴⁶. A este respecto, me parece pertinente sostener, con GARCÍA DE LA HUERTA que «si algo puede definir la *condición misma del ser político* es precisamente el ‘ser en el mundo’, que es una suerte de *a priori* del existir político. No hay politicidad sin ‘ser con otros’ en un mundo virtualmente común. Y, en tanto pertenecemos solo a este mundo, el *ser con otros* es la verdadera esencia de los hombres. Por eso mismo, *no es posible imaginar una forma más directa y eficaz de privar a los humanos de su humanidad que desmundanizarlos*, despojarlos de todo cuanto hace del mundo una morada, un lugar habitable para ellos: residencia, hogar, trabajo, familia, lugar social, ciudadanía, orden legal»³⁴⁷.

En dicho sentido, SÁNCHEZ OSTIZ continua afirmando «que la Política criminal es un sector de la política, de las decisiones sobre la vida en la *polis*; en concreto, de las decisiones sobre la prevención de aquellas conductas que más gravemente ponen en

³⁴⁵ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Fundamentos de Política criminal*, cit. p. 24.

³⁴⁶ *Ivi*, p. 96.

³⁴⁷ GARCÍA DE LA HUERTA, “Relectura ‘política’ de la cuestión de la técnica”, en SABROVSKY, *La técnica en Heidegger. Tomo 2*, UDP, 2007, p. 395.

peligro la subsistencia de la vida social»³⁴⁸, para con ello legitimar la intervención punitiva del Estado que es, en definitiva, la evitación o el mantenimiento a niveles razonables, de los delitos y de las reacciones (informarles) desencadenadas frente a los mismos en el seno de la sociedad³⁴⁹.

Así, la política–criminal es, primero, una especie de *política*. Tanto género como especie tienen por finalidad enfrentar y resolver aspectos de la vida en la *polis*, especialmente gestionar la conflictividad o los riesgos sociales penalmente relevantes, a fin de alcanzar el así llamado orden social³⁵⁰. Es a través de la política–criminal, y no desde la política en general, que se orientan, en su calidad de *ultima ratio*, las decisiones sobre la prevención de aquellas conductas que más gravemente ponen en peligro la vida social.

Todo esto, como ya he tenido oportunidad de ver cuando analizamos uno de los aspectos que justifican un estándar alto como el de la duda razonable, se relaciona precisamente con la idea de civilidad y, como contracara, la fragilidad en la sociabilidad humana, porque un estándar alto como el *bard* se justifica desde una práctica civilizatoria, de ver a otro como un *alter* respecto del cual tenemos compromisos deontológicos –no afectar injustamente su dignidad y libertad–, pero ello puede debilitar la sociabilidad humana, por la dificultad que ello implica para evitar y mantener niveles razonables de criminalidad. En el caso de las personas jurídicas lo anterior es especialmente preocupantemente, porque ellas – a quienes les imputamos conductas que ponen en peligro gravemente la subsistencia de la vida social– no participan ni de nuestra idea de civilidad, ni tampoco son parte de nuestra socialidad humana, es decir, no son parte de nuestro mundo, entendido por ello la capacidad que uno tiene en reflejarse en el otro. La persecución del ente, en esta perspectiva, se aprecia como una forma de desmundanizarnos, o sea, de privarnos de lo humano.

4. Consideraciones sobre la eficiencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el contexto político–criminal.

³⁴⁸ SÀNCHEZ-OSTIZ, *Fundamentos de Política criminal*, cit., p. 23.

³⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit. pp. 211 y ss.

³⁵⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, *Política criminal y Derecho Penal*, Valencia, 2004, pp. 13 y ss.

Desde otra perspectiva, el análisis económico del Derecho estudia y analiza la capacidad del Derecho penal para controlar el volumen del daño a los bienes jurídicos³⁵¹, evidenciando las razones económicas detrás de la decisión de criminalizar o no una determinada conducta mediante el Derecho penal. Esta decisión no se debe adoptar en abstracto, sino que valorarse en su contenido concreto: solamente allí donde efectivamente el Derecho penal sea el medio de control más adecuado para prevenir y sancionar atentados a esos bienes jurídicos su utilización estará justificada.

Lo que interesa discutir en este apartado es si efectivamente es correcto considerar al Derecho penal como el medio más idóneo para proteger los bienes jurídicos individuales y colectivos. Lo anterior no es baladí, por cuanto fuera del Derecho penal existen diversos medios alternativos (v.gr. el Derecho administrativo, laboral, Derecho civil, etc.) o incluso de nuevas concepciones como la justicia restaurativa, u otras que se generen al efecto de perseguir a los entes, que podrían cumplir un rol preventivo, recomponedor y sancionador de similar naturaleza³⁵².

En la literatura del análisis económico del derecho no existe una preferencia *a priori* por la utilización del Derecho penal, sino que este compite con otros mecanismos de control, los cuales pueden ser tanto o más idóneos para perseguir y sancionar actividades lesivas. El Derecho penal, entonces, debe mostrarse más eficiente que el Derecho civil y el Derecho administrativo sancionador, para alcanzar la restauración entre la víctima y el agresor, la cooperación privada, o la sanción pública, como medio para prevenir actividades lesivas para un bien jurídico o reestablecer el valor de la norma, y solo a esas actividades, las cuales implican un costo social que excede sus beneficios sociales. Por lo tanto, es perfectamente razonable y comprensible que determinadas actividades sociales que eventualmente justificarían una política–criminal sean abordadas, en cambio, por una política–administrativa o *cuasi administrativa*, sujeta consecuentemente a un nivel de garantías menos intenso que aquel propio del Derecho penal. Por ende, así como puede haber política–criminal, puede haber una política–administrativa preventiva y sancionatoria, o una política restaurativa, etc.

³⁵¹ BOWLES; FAURE; GAROUPA, *The Scope of Criminal Law and Criminal Sanctions*, cit., p. 395.

³⁵² Asumo acá la tesis, ampliamente mayoritaria, de que las personas jurídicas pueden ser objeto de reproche administrativo, a pesar de la discusión respecto de la exigencia –también en esa sede– de la culpabilidad corporativa

En 1959, en una intervención sobre la pena de muerte, HART sostuvo que, antes de abordar la discusión sobre su justificación, era necesario definir qué es el *castigo*. Así, el autor propuso cinco elementos para caracterizan el castigo, entre ellos, que éste acarrea dolor u otras consecuencias gravosas (inflicción de dolor y estigma)³⁵³. Si una de las características primarias de todo castigo es su carácter afflictivo, ¿es correcto hablar entonces propiamente tal de *castigo* respecto de las personas jurídicas? No se trata de caer en la simplicidad de decir que lo que caracteriza al Derecho penal es la pena privativa de libertad. Se trata, en cambio, de cuestionarse si tiene sentido –y si es político-criminalmente ventajoso- la utilización de la expresión *castigo* (penal) cuando se predica de la respuesta a una empresa.

Cierto es que el Derecho penal no contempla exclusivamente la pena privativa de libertad como sanción. Es incorrecto también que esa pena sea la más grave que a un sujeto se le puede imponer, pues en determinados casos una pena pecuniaria o una pena de inhabilitación de gran entidad puede ser más gravosa, para una persona, que una pérdida breve de su libertad. Pero, indudablemente, la pena privativa de libertad encierra un costo o sufrimiento espiritualmente inconmensurable para el sujeto destinatario de tal sanción, y tensiona, quizás como ninguna, el núcleo duro de algunos atributos de la humanidad, a saber, la dignidad y la libertad. Lo relevante a destacar, con todo, es que el Derecho penal tiene la posibilidad de conminar con una pena privativa de libertad, sea directa o indirectamente, en caso de incumplimiento de la pena originalmente impuesta³⁵⁴, pero como contracara de ello siempre se le exige un grado de veracidad en el reproche como ninguna otra, y ello se explica principalmente por su componente retributivo³⁵⁵.

³⁵³ Las demás características del castigo consisten en que debe 2) ser impuesto por una transgresión a reglas jurídicas; 3) ser infligido a quien realmente se considera autor de una transgresión; 4) ser impuesto intencionalmente por otros seres humanos; y 5) ser impuesto y ejecutado por una autoridad constituida por un ordenamiento jurídico contra el cual se ha cometido la transgresión. HART, *Punishment and Responsibility*, Oxford, 1968, p. 4 y s. ROSS, después, sugirió un quinto: que el castigo sea una expresión de desaprobación al transgresor. ROSS, "La finalidad del castigo", en *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Gioja*, Astrea, 1976, pp. 155 y ss.

³⁵⁴ Salvo en Italia, donde según he podido advertir, la pena de multa no es reemplazable, en caso de incumplimiento, en última instancia por una pena privativa de libertad.

³⁵⁵ Por ahora, Vid. NAUCKE; HASSEMER; LÜDERSSEN, *Principales problemas de la prevención general*, Montevideo – Buenos Aires, 2004, en especial el artículo de LÜDERSSEN. En el análisis económico del derecho toma especial relevancia la posibilidad de la condena de un inocente y la necesidad de distribuir los riesgos de error de manera de favorecer siempre la libertad, Sobre esto véase MICELI, "Optimal Prosecution of Defendants whose Guilt is Uncertain", en *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. n° 6 (1990), pp. 189 y ss.

Esta otra cara, que se expresa en los límites propios del sistema penal, explica que la decisión legislativa de criminalizar una determinada conducta no es en absoluto neutra. Por el contrario, en términos preventivos y de eficiencia del sistema es probablemente la medida de menor rendimiento, a menos, claro está, que la decisión de criminalizar permita la imposición de una pena que no sea posible aplicar en otro sistema sancionatorio y que, por lo mismo, tenga, o exprese, a su vez, ahora no desde lo retributivo, un componente de prevención general (positiva y negativa). De esta manera, si la pena conminada es exactamente la misma que se podría aplicar en otro sistema de imputación, con menos exigencias procedimentales y epistémicas, entonces la decisión de criminalización en dicha hipótesis se presentaría como inconveniente.

Por ello, constituye un error la afirmación de FEIJÓO SÁNCHEZ, quien sostiene que la regulación positiva española de la pena aplicada al ente obedecería «a objetivos político–criminales y necesidades de reacción frente a realidades organizativas diferentes»³⁵⁶. Para que esa función político criminal sea exitosa, señala el autor, es necesario otorgar al juez, en sede de determinación e individualización de la pena, un importante margen de actuación, mayor del que existe respecto de las personas naturales. FEIJÓO SÁNCHEZ concluye que «[l]a flexibilidad político–criminal en fase de individualización judicial de la pena representa una característica importante del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas»³⁵⁷.

El error de FEIJÓO SÁNCHEZ, creo yo, es que parte su mirada político-criminal de la responsabilidad del ente sobre un presupuesto que es precisamente el que acá se viene a criticar: la ausencia de análisis sobre la efectividad en la determinación de la responsabilidad, que él da por descontado desde que parte de la declaración de culpabilidad; y, corolario de lo anterior, que tal reacción frente a las realidades organizativas sea la más eficiente, considerando los límites de restricción que supone el sistema penal, incluso aceptando la flexibilidad en la individualización judicial de la pena. Ciertamente las empresas pueden participar en un delito, de eso no cabe duda. Dudoso es, sin embargo, que el sistema de responsabilidad de las empresas por hechos

³⁵⁶ FEIJÓO SÁNCHEZ, “Las consecuencias jurídicas del delito”, en BAJO FERNÁNDEZ; FEIJÓO SÁNCHEZ; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, adaptada a la ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal*, Pamplona, 2012, p. 237.

³⁵⁷ *Ibidem*.

constitutivos de delitos deba estar sometido a la constante tensión entre eficiencia y garantía propia de las personas naturales.

No se pretende con lo anterior desconocer o minimizar la relevancia de la criminalidad de las personas jurídicas. Es un hecho que las sociedades contemporáneas enfrentan un tipo de criminalidad que hace un siglo era desconocida, la cual generalmente se origina en el contexto de grandes organizaciones económicas. Sin embargo, ese no es el punto a discutir en esta investigación. Por el contrario, lo que acá se intenta poner en discusión es si el Derecho penal es, desde un punto de vista político-criminal, el instrumento más idóneo para enfrentar el problema descrito.

En definitiva, poner en contraste a quienes, como PÉREZ, consideran que la cuestión político criminal de la delincuencia organizativa se soluciona así: la «emergencia de nuevas formas de delincuencia –la económica, la relacionada con el medio ambiente y la ciberdelincuencia, entre otras– pone de manifiesto, a nivel europeo, la insuficiencia de prevenir los hechos socialmente dañosos, sobre la base de la responsabilidad criminal individual, siendo necesario reaccionar también frente a determinados ilícitos de las personas jurídicas, aunque ello implique la necesidad de reformar los conceptos fundamentales de la *dogmática penal*, anclados en un pensamiento excesivamente individualista y personalista del Derecho Penal»³⁵⁸.

Desde luego, como se habrá advertido ya a estas alturas de la investigación, no se trata de un individualismo exagerado ni una mirada antropocéntrica del derecho, sino de entender que en el ejercicio de la legítima *coacción estatal* hay un coto vedado para los entes morales, que es propio de los humanos, que se expresa en sus características garantistas, a saber, el Derecho penal.

5. Personas jurídicas vs. afectación masiva de bienes jurídicos.

La criminalidad de la empresa, advertía DE MAGLIE, ha asumido dimensiones dramáticas y formas de agresión muy perniciosas, todo lo cual exige con urgencia respuestas nuevas y más eficaces de las tradicionales³⁵⁹. Ya advertía SHÜNEMANN que

³⁵⁸ PÉREZ, “Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas”, en DE LA CUESTA (Dir.); DE LA MATA (Coord.), *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Pamplona, 2013, p. 23 y s. con ulteriores referencias.

³⁵⁹ DE MAGLIE, “Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell’impresa crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1995, p. 92. ID., *L’etica e il*

los principales peligros para la sociedad posmoderna no provienen de aquellas conductas cometidas por la tradicional criminalidad aventurera, sino que por la criminalidad económica, financiera y contra el medio ambiente, cometidas en su mayor parte por empresas³⁶⁰. En definitiva, es cierto que en las sociedades modernas se observa un mayor riesgo de lesión de bienes jurídicos. Se trata, parafraseando a PALIERO, de sociedades que transitan del «*simple al complejo*», no sólo en cuanto a su desarrollo científico, cultural y social, sino también en lo político-criminal³⁶¹. Algo de ello se aprecia si uno revisa lo que han sido alguno de los procesos más emblemáticos de los últimos lustros, a saber, el caso Enron, Worldcom, Arthur Andersen, Siemens y, recientemente, Rolls Royce.

Todos los autores citados aciertan en un punto, las empresas –como entes autónomos de imputación– hoy constituyen actores especialmente riesgosos en el seno de nuestras sociedades modernas. Es indudable que las empresas tienen una enorme capacidad de dañar la economía, el mercado y la sociedad³⁶². Daño que, por lo demás, no es sólo abstracto, pues los delitos de las personas jurídicas ocasionan una pérdida directa de bienes relevantes como la vida, la salud y la vida de gente inocente –quienes pueden perder su trabajo, sus indemnizaciones o incluso sus fondos de pensiones–, además de desincentivar futuras inversiones en el mercado financiero, afectando consecuentemente el mercado laboral y de seguridad social en su totalidad³⁶³. Los entes morales, nos dice ECHARRI CASI, en las últimas décadas han demostrado ser «los principales agentes de riesgos, conformando varios ‘accidentes’ que difícilmente se distinguen con el injusto»³⁶⁴.

mercato, cit., p. 38. En el mismo sentido STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, cit., p. 459.

³⁶⁰ SCHÜNEMANN, “Las prescripciones sobre la autoría en la ley boliviana sobre la base de las modificaciones al Código Penal del 10 de marzo de 1997 y sus consecuencias para la responsabilidad de los órganos de las empresas. ¿un modelo para Latinoamérica?”, en ID., *Obras*, T. II, Rubinzal –Culzoni, p. 202.

³⁶¹ PALIERO, *Problemi e prospettive*, p. 1117.

³⁶² STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, cit., p. 459.

³⁶³ MEEKS, “Corporate and white-collar crime enforcement: Should regulation and rehabilitation spell an end to corporate criminal liability?”, en *Columbia Journal of Law and Social Problems*, vol. n° 40 (2006), p. 78.

³⁶⁴ Cfr. ECHARRI CASI, *Sanciones a Personas Jurídicas en el Proceso Penal: Las Consecuencias Accesorias*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003, p. 56; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Principales problemas de imputación”, en GARCÍA GARCÍA (Dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y derecho comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 109.

Pero predicar de algo –o de alguien– que es una fuente de riesgo o de peligro no implica que se le deba criminalizar. Se dirá, porque por lo demás así se ha propuesto, que si las empresas son una fuente de peligro y no carecen de culpabilidad, lo que correspondería es que el Estado les imponga una medida de seguridad. Se trata, desde luego, de una decisión inconveniente. La idea de imponerle a *otro* una medida de seguridad, en cuanto ser que carece de capacidad de motivarse en la norma, y ser además peligroso, no supone privar a ese otro de *toda alteridad*, no pierde su condición humana, no deja de ser un *otro*; es cierto que no lo podemos sancionar penalmente, porque no reconocería siquiera la pena como una relación de responsabilidad con el injusto y carecería de capacidad de reconocer su *schuld con la víctima y su comunidad*, pero eso no quiere decir que pierda sus atributos de personalidad –en especial la dignidad–, luego, con los matices y diferencias del caso, la asunción de su incapacidad de motivación ha de someterse a los mismos estándares que las personas naturales, y en ello el estándar *bard* juega un rol determinante. Incluso un *enajenado mental tiene derecho a no ser condenado* y tienen derecho a no ser sometido a una *medida de seguridad penal*, a menos que el Estado demuestre, más allá de toda duda razonable, su condición de peligroso para sí mismo o para un tercero –y en Chile además, como debería ser, se debe probar con el mismo estándar el injusto penal: única forma de justificar una medida de seguridad penal. Usar un estándar más bajo sería permitir que personas inocentes, no completamente enajenadas o bien no peligrosas para sí mismas o para terceros, sufran una coacción ilegítima del Estado.

Luego, el resultado en el caso de las personas jurídicas, si uno mantuviera esta tesis, sería peor, estaríamos reconociendo que un ente que no tiene capacidad de culpabilidad, como la empresa, pero que es esencialmente peligroso, le estamos imponiendo una medida de seguridad con los estándares penales. Sería incomprensible.

Por lo mismo parece más adecuado asumir, como acá se hace, que el ente tiene una capacidad de culpabilidad, reconocerle su capacidad de agente *racional*, y en ese mismo reconocimiento explicarle –en términos de civilidad y sociabilidad– que él no pertenece a nuestro mundo, (de)volverlo a su posición original, la de un agente *ficto* no humano que no merece compartir la alteridad de nuestro mundo. Luego, el tratamiento que ha de dispensársele es uno racional y justo, pero nada más. Y, por lo mismo, si el ente es fuente de un riesgo excesivo, como son los casos que ponen los autores ya

citados, el *sistema coactivo estatal* debería ser particularmente riguroso en cuanto al control preventivo de la actividad de riesgo del ente y especialmente exigente respecto del cumplimiento del principio de liquidación, esto es, someterla a un categórico deber de pagar una indemnización sustitutiva en caso de concretización del riesgo, con un estándar de prueba más bajo, que sirva además para desincentivar conductas delictuales en otros *agentes económicos racionales*.

Por lo mismo, no es necesariamente correcto afirmar que la necesidad político–criminal de establecer un sistema de atribución penal a las personas jurídicas estaría justificado porque ellas tienen hoy la capacidad de poner en peligro o lesionar masivamente bienes jurídicos individuales y colectivos, y que, es más, en algunos ámbitos, constituyen el principal foco de peligro para aquellos bienes jurídicos fundamentales³⁶⁵. La justificación político–criminal de la responsabilidad penal del ente, como sostiene DE SIMONE, ha vuelto a tomar fuerza por ciertos episodios de gran resonancia en la opinión pública, de algunas graves formas de criminalidad tanto en el ámbito de la economía como del medioambiente³⁶⁶. Pero ello, precisamente, nos debería llamar a ser más cautos.

Siempre más apremiante es la necesidad política de enfrentar la criminalidad de la empresa: las más diversas formas de actividad empresarial generan patologías a escala internacional, como las supuestas relaciones económicas, poniendo en peligro o lesionando bienes jurídicos *colectivos e institucionales*, a menudo con *innumerables* víctimas³⁶⁷. La respuesta a estos fenómenos, tanto en el ámbito europeo como mundial, ha sido mediante una serie de normas internacionales que han *incentivado* a los Estados a introducir en sus respectivos ordenamientos la responsabilidad directa de las personas jurídicas por hechos constitutivos de delitos, aunque no necesariamente de carácter penal³⁶⁸.

Otro lugar común en el debate de la responsabilidad penal de las personas jurídicas viene dado por la posición favorable de la doctrina a la penalización del ente como carta de triunfo frente a una serie de factores empíricos y criminológicos que

³⁶⁵ Así, en el ámbito de la responsabilidad medio ambiental, aunque en general crítico, *vid.* FEIJÓO SÁNCHEZ, *Sanciones para empresas por delitos*, cit., p. 35.

³⁶⁶ DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., p. 21

³⁶⁷ MARINUCCI; DOLCINI; GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit, p. 829.

³⁶⁸ MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 458.

justificarían sobradamente tal modelo de adscripción de responsabilidad³⁶⁹. ECHARRI evidencia que sería «insostenible una negación tan categórica de la peligrosidad criminal de las personas jurídicas, ya que las mismas poseen una ‘peligrosidad instrumental’ esto es, de ser utilizadas como instrumentos para cometer delitos; o bien como consecuencia de esa peligrosidad que surge por una deficiente organización societaria»³⁷⁰.

Los delitos de las personas jurídicas, como por lo demás la crisis de la última década se encargó de demostrar, generan un enorme impacto económico, incluyendo incluso un eventual aumento de precios, la venta de bienes peligrosos, un daño al medio ambiente, la violación de las normas sobre protección de los consumidores, cohecho, etc. Y, por lo mismo, difícilmente alguien podría negar que las empresas deban ser sancionadas por los injustos –penales– que cometan, la cuestión es si la respuesta del Estado debe estar cubierta de las garantías y privilegios constitucionales que el Derecho penal le asigna a las personas naturales y que, como hemos visto, generan precisamente restricciones al ejercicio del *ius puniendi*. La respuesta debe ir por otro lado, se debe generar un procedimiento suficientemente eficiente, con un contexto limitado de garantías, que supongan básicamente el resultado de un procedimiento justo y una respuesta no autoritaria.

Parte de ello es compatible, por lo demás, con el funcionamiento del mercado actual –abierto, orientado hacia la autorregulación (forzada) y fuertemente competitivo– que incentiva a los individuos del vértice de la empresa a maximizar las ganancias de la empresa³⁷¹. En este sentido, WELLS estudia la actividad de algunas grandes empresas que imponen un alto costo a la ciudadanía, en términos de lesiones y muertes de trabajadores y terceras personas. Tanto en el sector de la industria, de la construcción, del transporte, etc., el riesgo y la efectiva lesión a la integridad física y a la vida justificarían un reconocimiento de la persona jurídica como sujeto activo de una norma penal³⁷². WELLS sugiere que cuando se producen esos resultados lesivos estaría justificado un cambio de eje desde la regulación y control administrativo (por

³⁶⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Sanciones para empresas por delitos*, cit., p. 35.

³⁷⁰ ECHARRI CASI, *Sanciones a personas jurídicas*, cit., p. 59.

³⁷¹ JACKMAN, *The Compliance Revolution*, cit. p. 34.

³⁷² WELLS, *Corporations and Criminal Responsibility*, cit., pp. 164 y ss.

inspectores) hacia el sistema de persecución penal³⁷³. En el fondo, como bien advierte CIGÜELA, se trata de fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en razones político–criminales, o sea, por razones de funcionalidad en relación a determinados fines³⁷⁴.

En la línea de lo que acá se está planteando –aunque quizás sería mejor hablar de responsabilidad *ex crimine*- caminaba lo propuesto, en relación al combate contra la corrupción, por MARINUCCI y DOLCINI, a saber, un Derecho penal «ligero», tanto desde el punto de vista probatorio como sancionador³⁷⁵. Este Derecho penal «ligero» sería igual de eficaz que el Derecho penal tradicional en la medida en que se despliegue junto a la responsabilidad de las personas físicas³⁷⁶. En similar sentido, SILVA SÁNCHEZ postula que la política–criminal se *mueve* en dos velocidades: la primera se caracterizaría por su fidelidad al núcleo duro del Derecho penal, expresada en el binomio clásico garantías–penas privativas de la libertad. En esta velocidad el respeto por las garantías clásicas del Derecho penal es un imperativo derivado de la pena corporal. La segunda velocidad, en cambio, se caracteriza por la renuncia a las sanciones corporales, lo cual permite una flexibilización de las garantías y principios clásicos del Derecho penal³⁷⁷. Esta segunda velocidad, en mi opinión, en las sociedades modernas está representada por el Derecho administrativo sancionador. La diferencia que uno pudiera tener con la propuesta de la *expansión* es que se trata de una reducción de garantías consustanciales respecto de una persona natural, lo que en términos concretos implica la aceptación de un número mayor de imputaciones falsas, es decir, de condenas de inocentes, a quienes sin embargo se les carga con el estigma de ser infractores de una norma penal³⁷⁸.

Es interesante, en este punto, detenerse brevemente en el libro de SILVA SÁNCHEZ, la *Expansión del Derecho penal*. En el libro el profesor se refiere, en una

³⁷³ SULLIVAN, “Expressing Corporate Guilt”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. n° 15 (1995), pp. 281 y ss.

³⁷⁴ CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal*, cit., p. 128.

³⁷⁵ MARINUCCI; DOLCINI, *Derecho penal «mínimo»*, cit., p. 150.

³⁷⁶ CORBETA, “Sicurezza alimentare e rischio da ‘ignoto biotecnologico’: una tutela incompiuta (a proposito della disciplina degli alimenti e dei mangimi contenenti organismi geneticamente modificati-D.lgs. 21 marzo 2005, n. 70)”, en DOLCINI; PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, III, Parte speciale del Diritto Penale e legislazione speciale, diritto processuale penale, diritto, storia e società*, Milano, 2006, p. 2301.

³⁷⁷ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, cit., pp. 159 y ss.

³⁷⁸ Excluyo la tercera velocidad, salvo que alguien quiera ver en las empresas un enemigo, que podría ser el caso, pero no es lo que acá se defiende.

única nota al pie, casi al pasar, al estándar *bard*, porque seguramente no era tan relevante en su argumentación. Justificando su segunda velocidad el profesor SILVA SÁNCHEZ advierte la «directa relación entre las garantías que incorpora un determinado sistema de imputación y la gravedad de las sanciones que resultan de su aplicación»³⁷⁹. En ese contexto sostiene que es posible pensar no solo en la existencia de diversos sistemas jurídicos de imputación, sino que también que cada sistema tenga las garantías adecuadas a su propias consecuencias jurídicas, su configuración y su teleología. Precisamente en este punto, en la nota al pie n° 363, se indica: «esto se manifiesta con gran claridad en las reglas de valoración de la prueba en el Derecho norteamericano. A este respecto rige en Derecho penal la fórmula, más garantista, *beyond a reasonable doubt*, que requiere una plena convicción del Tribunal más allá de toda duda razonable. En el proceso civil, en cambio, basta con la *preponderance of the evidence*, esto es, con una mayor probabilidad de que las cosas hayan sido de un determinado modo. En el Derecho civil de los *punitive damages*, por su parte, las reglas son vacilantes, como por otro lado se corresponde con la peculiaridad de la institución³⁸⁰».

No cabe duda que el profesor SILVA SÁNCHEZ fue un adelantado en la materia, pues hoy en Estados Unidos –cuna del estándar *bard*– el debate central respecto de la duda razonable tiene que ver precisamente con su aplicación a delitos menores y su (no)aplicación en otras infracciones administrativas, con sanciones especialmente graves y estigmatizantes, más que las que se imponen por una simple infracción penal.

Uno podría estar de acuerdo con el profesor SILVA SÁNCHEZ, pero eso sería aceptar que el sistema perderá el sentido ético–político detrás del estándar, que perderá su cualidad axiológica de distribuir los riesgos, y que implicará –creo– un déficit en nuestra civilidad, en la medida en que –aunque se trata de infracciones menores– vamos a tener más inocentes condenados en sede penal. La pregunta, entonces, es si acaso, desde una perspectiva preventivo general, eso no termina por afectar también la comunicación restablecedora en la confianza en la norma. La pregunta también es, en todo caso, si estamos dispuestos a dar ese paso consecuencialistas, saber que vamos a aumentar el riesgo –es cierto, siempre será involuntario– de estigmatizar como infractores penales a gente que no lo es.

³⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, cit., p. 167.

³⁸⁰ *Ibidem*.

En todo caso, es imprescindible destacar que la elección por una u otra velocidad, por el Derecho penal o por el Derecho administrativo sancionador, no viene dada por el bien jurídico que se pretenda proteger ni por la estricta necesidad de sancionar la conducta en cuestión. De lo contrario, es decir, si la protección de un bien jurídico exigiese necesariamente la utilización del Derecho penal, este tendría una dimensión expansiva todavía mayor a la existente actualmente. En otras palabras, no es la necesidad político–criminal –en este caso, proteger un bien jurídico– la que reclama la intervención del Derecho penal. La protección de bienes jurídicos solamente exige la utilización de una herramienta de protección, la cual puede ser penal o administrativa. La elección entre una y otra depende, en realidad, de consideraciones ligadas a la idea de eficiencia: el legislador debiese escoger la herramienta que, respetando las garantías propias de cada disciplina, protegen de mejor manera el bien jurídico afectado. Por lo anterior, la necesidad de protección de bienes jurídicos debería reclamar en última instancia la aplicación del Derecho penal, cuando no exista otro mecanismo más idóneo para lograr su objetivo.

La consecuencia práctica más importante del anterior razonamiento es que, desde un punto de vista político–criminal, utilizar el sistema sancionatorio de primera velocidad para sancionar una determinada conducta con una sanción que no responda a aquellas características de dicho sistema sancionatorio, sino que, en cambio, consista en realidad en una sanción característica del sistema sancionatorio de segunda velocidad, se traduce en una pérdida de eficiencia injustificada. Si la misma sanción se puede imponer tanto a través del sistema sancionatorio de primera velocidad como mediante el sistema sancionatorio de segunda velocidad, escoger únicamente el recurso al primero no se presenta como una decisión razonable en términos de eficiencia, sino más bien en un cierto *fetichismo penal*. Una decisión semejante, por el contrario, se traduce simplemente en la generación de un escenario innecesariamente garantista. Esto es lo que ocurre cuando se incorpore en el sistema de justicia criminal la responsabilidad de las personas jurídicas.

Las empresas, en efecto, tienen un enorme poder delictivo, pero constatar esa realidad en nada justifica la imposición de una sanción penal. Ello no implica, como lo observa SCHÜNEMANN –y que lo lleva a sostener su idea de estado de necesidad de

bienes jurídicos³⁸¹, para sobrepasar la crítica sobre la culpabilidad colectiva y por la exigencia de proporcionalidad en la respuesta–, que se deba renunciar al Derecho penal para proteger a los propietarios o miembros de la organización sobre multas astronómicas. Por el contrario, la tesis que al menos acá se defiende es que frente a la persona jurídica la preocupación por la proporcionalidad de la sanción debe ser construida diversamente. Desde luego no hay razón de limitarla a la culpabilidad y, por otra parte, no hay razón para no permitir un mayor uso de la sanción por efectos preventivos. El límite de proporcionalidad –por exceso y por defecto– en la sanción de la empresa debería ser parte de un *trade-off* distinto, entre, por una parte, las necesidades propias de las sanciones (incluida una especie de retribución) con dos factores determinantes, a saber: la no arbitrariedad en la sanción y la preocupación por el incentivo a la inversión.

Si bien la sanción y sus efectos los veremos *infra*, conviene relevar acá el valor de la estabilidad jurídica, lo que acá interesa –además del hecho obvio de la estabilidad institucional, del mercado, del principio de legalidad y otros– es que la sanción sea impuesta sobre una base de no arbitrariedad o, en sentido positivo, bajo un contexto de verdad racional en que la proposición de la acusación (*cuasi* administrativa) tenga una correspondencia de verdad superior a la negación de la existencia de esa correspondencia. Dicho de otra manera, que el presupuesto básico para que la sanción a una empresa sea justa es simplemente que se logre probar, con un baremo neutro de distribución de riesgos, que la empresa lesionó los bienes jurídicos que se le imputa.

En tanto, la preocupación del incentivo a la inversión se puede ejemplificar, aunque de mala manera, en la frase: *too big to jail*. Se trata de una expresión que evoca criterios y críticas conocidas desde la criminología crítica, de la selectividad criminal y del *labelling approach*, pues nada obsta a que ese *trade-off* al que recién hacía mención se pueda aplicar, en un contexto económico social determinado, a una frase que en cambio se exprese así: *too small to jail*. Dicho de otra manera, en algunos países de economías emergentes, a pesar de la necesidad de sancionar a las empresas que participan de un acto delictual, esa sanción que se debe imponer –pues la impunidad

³⁸¹ Cfr. SCHÜNEMANN, "La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea", en *Hacia un Derecho Penal Económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 588 y s. Crítico SEELMANN, "Punibilidad de la empresa: causas, paradojas y consecuencias", en GARCÍA CAVERO (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, ARA, 2002, p. 54

supondría la negación del derecho— puede estar matizada por la necesidad de no perjudicar el mercado, de no generar —en casos de modelos económicos con algunos disparidad de oferentes— un desequilibrio en los pequeños empresarios, que favorezca un monopolio o un oligopolio.

El argumento, como se observa, es evidentemente problemático principalmente por dos razones. Primero, pues confunde razones político—criminales con razones de políticas públicas (o políticas sociales) las que no necesariamente tienen una correspondencia relacional. O sea, no por el hecho de que una política pública requiera una respuesta severa ella debe venir del Derecho penal. Ello es así en las personas naturales, por la acción, la culpabilidad y la necesaria retribución de la pena. Pero antes que eso, por la dependencia que todos esos conceptos tienen con la idea de verdad, y por la consecuencia final del castigo, la pérdida de la libertad, la inflicción de un dolor y una censura, con la función comunicativa y social que ella conlleva. Segundo, porque invierte la relación lógica que debe existir entre la protección de bienes jurídicos, la necesidad político—criminal (o social) y el Derecho penal. No es la necesidad político—criminal, inspirada en la protección de bienes jurídicos —o la necesidad de reafirmar la confianza en la norma—, la que reclama la intervención del Derecho penal. Es el Derecho penal el que se erige como límite —aun a riesgo de que esa política social quede insatisfactoriamente protegida— a una aplicación descontrolada del *ius puniendi*: particularmente de la pena privativa de libertad.

Nada de lo dicho acá, en todo caso, es nuevo. Es el viejo dilema de la justicia. HASSEMER observaba esto cuando expone una tensa relación entre los concepto de justicia (que inspira una relación indisoluble con el merecimiento de la pena) y el de utilidad de la pena (que en cambio habla de la necesidad de la misma)³⁸². Dentro de las varias paradojas que se aprecian en la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas al ordenamiento penal una que llama la atención es una que podríamos llamar, la “*dulce resignación*”. En efecto, a diferencia de lo que sucede con las personas naturales, donde la inclusión de una determinada conducta al sistema penal en general importa el riesgo de la criminalización y la apreciación de consecuencias desfavorables para el individuo, en el caso de las personas jurídicas, por el contrario, la

³⁸² HASSEMER, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en BUSTOS RAMÍREZ (Dir.), *Pena y Estado*, Editorial Jurídica Conosur, 1995, pp. 23 y ss.

inclusión de la responsabilidad penal es simplemente la generación de un escenario innecesariamente garantista que las inmuniza frente a la pretensión del Estado de imponer una sanción.

Esta *dulce resignación* se refleja especialmente cuando tenemos una aproximación económica a la política criminal que justifica la responsabilidad penal de los entes. En efecto, si entendemos que la política–criminal pretende evitar y luego reaccionar frente a la comisión de conductas jurídico–penalmente relevantes, entonces parece obvio que la intervención penal –y la pena– resulta ser uno de los medios útiles en la prevención de delitos.

Respecto a la función preventiva de la pena, ORTIZ DE URBINA ha señalado que el «análisis económico de las penas parte del supuesto de que éstas funcionan como un coste esperado, producto, en el modelo más sencillo, de la multiplicación de la magnitud por su probabilidad. Un incremento en que cualquiera de estas variables supone una mayor disuasión y por lo tanto prevención»³⁸³. Este razonamiento económico parece tener mayor plausibilidad respecto de las personas naturales, en donde el costo esperado de la pena juega un rol determinante, sea por la magnitud de la misma como por la probabilidad de su imposición. Planteado en otros términos: mientras que la inclusión de un tipo penal que sanciona una conducta humana supone la renuncia del Estado a una mayor eficiencia en la protección de bienes jurídicos, como necesaria concesión para restringir la libertad y afectar la dignidad de quien asumimos como autor del injusto, en el caso de las personas jurídicas ello supone un escenario injustificado de autorrestricción. ¿O acaso se podría pensar que las sanciones que se puedan imponer a una persona jurídica, incluida la cancelación de su personalidad, deberían quedarían vedadas en un procedimiento administrativo sancionatorio? ¿O que, tratándose de una entidad económica que está actualmente contaminando de manera peligrosa, vertiendo sustancias tóxicas a un determinado río, el ordenamiento jurídico debe ser deferente con el Derecho penal y adoptar solo medidas, cautelares y definitivas, que surgen de un escenario de compleja corroboración fáctica como el penal? La respuesta pareciera ser clara: todas las sanciones aplicables a una persona jurídica pueden legítimamente ser impuestas por un sistema sancionatorio de segunda velocidad.

³⁸³ ORTIZ DE URBINA, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un análisis económico”, en *Consejo general del Poder Judicial, Justicia y Economía*, n° 49 (2009), p. 196.

Por ello no se equivocan –aunque asombran– quienes, como MONTEIRO SANSON, creen que en realidad las personas jurídicas deberían estar sujetas a un sistema de atribución de responsabilidad penal, pues ello implica un *escenario de mayor dificultad en la imposición de las sanciones penales* que, por ejemplo, el del Derecho administrativo sancionador³⁸⁴. ¿En verdad eso queremos? ¿Qué sea más difícil aplicar una sanción a una empresa que, por ejemplo, contaminó el agua lesionando o matando a un grupo de personas? En realidad, fuera de lo obvio de la respuesta, muestra una vez más el fetichismo penalista, porque si en verdad la respuesta fuera afirmativa, el sistema seguramente aplicaría mecanismos de medidas y sanciones no penales –perdidas de autorizaciones, licencias u otras– que podrían ser aún más lesivas que la sanción del Derecho penal, y ello estaría plenamente justificado.

6. La ineficacia preventiva del derecho penal tradicional.

La intervención del Derecho penal contra las personas naturales, plantea FEIJÓO SÁNCHEZ, tiene una escasa eficacia con respecto a las futuras actividades de las empresas, pues aunque se pueda imputar un delito a un integrante del ente colectivo, ello no implica que desaparezcan los problemas político–criminales, por lo que la intervención del Derecho penal presentaría un serio déficit preventivo³⁸⁵. Esto sería una consecuencia de la transformación de las empresas de organizaciones simples a organizaciones cada vez más complejas, que hoy son propiedad de cientos o miles de personas, las cuales muchas veces desconocen la operación concreta de la empresa, la que a su vez es administrada por gerentes contratados al efecto³⁸⁶.

La eficacia preventiva del Derecho penal se ve seriamente disminuida respecto a las personas jurídicas debido principalmente a las características de la cultura criminal empresarial³⁸⁷. En ciertos casos, el ingreso en una empresa genera una influencia criminógena que se materializa en una «actitud criminal de grupo», la cual aumenta la posibilidad de que determinados individuos, que quizás aisladamente no realizarían

³⁸⁴ MONTEIRO SANSON, “Fundamentos da responsabilidade penal das pessoas jurídicas”, citado en ALVARADO MARTÍNEZ, “La problemática de las personas jurídicas en la tutela penal del ambiente”, en ONTIVEROS ALONSO (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Valencia, 2014, p. 20 y ss.

³⁸⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Sanciones para empresas por delitos*, cit., p. 46.

³⁸⁶ KREINER RAMÍREZ, *The Science Fiction of Corporate Criminal Liability*, cit. p. 934.

³⁸⁷ SCHÜNEMANN, “The Sarbanes-Oxley Act of 2002: A German Perspective”, en *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. nº 8 (2004), p. 36. En el mismo sentido HEINE, *Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa*, cit., pp. 47 y ss.

ningún tipo de conducta desviada, delincan³⁸⁸. El comportamiento corporativo permite pensar que la disuasión de las conductas empresariales criminales es más bien débil e ineficaz. En el fondo, hay una administración corporativa que en parte tolera, permite e incluso –en algunos casos– fomenta una cultura criminal, y ello tienen que ver, también, porque los apicales de la empresa no pueden ser condenados personalmente sin pruebas más allá de una duda razonable³⁸⁹. Esto, que ya es un problema respecto de las personas naturales, se pretende llevar a la imputación de los entes con un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Producto de esta ineficacia preventiva del Derecho penal, en el último tiempo se ha venido acentuando en el *common law* un reforzamiento de la función preventiva del Derecho civil y de la regulación administrativa, a fin de suplir estas deficiencias, consiguiendo una respuesta global más eficaz en contra del comportamiento injusto. No es de hecho una casualidad que el mayor interés que han tenido los Estados en establecer un sistema sancionatorio híbrido se deba principalmente a alcanzar mayores niveles de eficiencia, lo cual pasa principalmente por eludir ciertos límites del Derecho penal³⁹⁰.

Como ha reconocido la doctrina, la identidad de la empresa estaría constituida por sus políticas y su filosofía empresarial³⁹¹. Esto, que ha sido también investigado por BUCY, quien los engloba en lo que ella denomina un «*corporate ethos*»³⁹², se entiende como aquellas características de la empresa –sus políticas, sus estructuras y sus procedimientos– que eventualmente podrían incentivar que los empleados delincan en nombre y representación de la empresa³⁹³. Se trataría de estructuras y disposiciones generalizadas, más o menos separables de los actores individuales, que pueden eventualmente promover la actividad delictiva en el seno de la empresa. La

³⁸⁸ NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., p. 40 y s.; HOBBS, “The Firm: Organizational Logic and Criminal Culture on a Shifting Terrain”, en *The British Journal of Criminology*, Vol. n° 41 (2001), con una especial preocupación en la integración y la simbiosis, en especial en las empresas familiares; PARKER, “The Challenge of Empirical Research on Business Compliance in Regulatory Capitalism”, en *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. n° 5, (2009), pp. 45 y ss.

³⁸⁹ KREINER RAMÍREZ, *The Science Fiction of Corporate Criminal Liability*, p. 1001.

³⁹⁰ DUFF; GREEN, *Philosophical Foundations of Criminal Law Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, 2011, p. 300.

³⁹¹ Al respecto, ver LAMPE, *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas*, Bogotá, 2008, pág. 61.

³⁹² BUCY, *Corporate Ethos*, cit., p. 1099 y s.; crítico, DIAMANTIS, *Corporate Criminal Minds*, cit., pp. 2071 y ss.

³⁹³ KREINER RAMÍREZ, *The Science Fiction of Corporate Criminal Liability*, cit., p. 940.

participación de un sujeto en una organización compleja puede ejercer una influencia determinante sobre sus decisiones y comportamientos, lo que en ciertas situaciones puede explicar incluso su efecto criminógeno. Organizaciones que, como ha dicho GÓMEZ JARA, alcanzan un nivel de complejidad tal que comienzan a mostrar características propias de autorreferencialidad, autoconducción y autodeterminación, que pueden incentivar la conducta delictual³⁹⁴. Por ejemplo, un trabajador que pretende mejorar su posición en la empresa, asegurando un importante bono de desempeño por gestión, o simplemente mejorar su prestigio dentro de la empresa; puede intentar alcanzarlos mediante el cumplimiento de «objetivos empresariales, como el mejorar las utilidades o aumentar su valor bursátil, mediante actos criminales que el trabajador cree costaran menos que los beneficios que podrían surgir de esos actos»³⁹⁵. Ello explicaría el desarrollo de una propia *corporate culture* que incentiva modelos de comportamiento, valores autónomos y objetivos prioritarios para la empresa³⁹⁶.

Más de 30 años atrás ZUGALDÍA argumentaba que el mantenimiento de las categorías de la capacidad de acción y culpabilidad respecto de las personas jurídicas parecía cerrar el paso a los avances que proponía la política–criminal. En este contexto, indicaba el autor, la dogmática funciona como un obstáculo, no como un vehículo³⁹⁷. Si bien la intuición de ZUGALDÍA era correcta, su propuesta no. Por más evidente que sea que las empresas pueden incentivar, mediante su cultura o ética corporativa, que sus empleados delincan, de modo que sin esa cultura no lo hubieran hecho, de ello no se sigue, de nuevo, que deba ser el Derecho penal el que deba enfrente ese problema. Quizás esa es la peor respuesta, si en verdad hablamos de Derecho penal.

En efecto, no parece que la mejor respuesta, enfrentados a una entidad no humana que presenta una complejidad tal que comienza a mostrar características propias de autorreferencialidad, autoconducción y autodeterminación, y que incluso es capaz de incentivar la conducta delictual en una persona, la respuesta del sistema de coacción estatal sea tratar a esa entidad –capaz de moldear criminalmente a una persona- con la consideración y trato que se merecen las personas naturales. Por el

³⁹⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La incidencia de la autorregulación*, cit. p. 273. En igual sentido, BUELL, *Criminal Procedure within the firm*, cit., p. 1623.

³⁹⁵ BUELL, *Criminal Procedure within the firm*, cit., p. 1623.

³⁹⁶ DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., pp. 118 y ss. TIEDEMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, cit., p. 617.

³⁹⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, *Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional ‘societas delinquere non potest’*, en *Cuadernos de Política Criminal*, vol. n° 11 (1980), pp.

contrario, diría yo, ante la eventualidad que exista una entidad que, en sí misma, sea capaz de incentivar conductas criminales en alguien, la respuesta del Estado debería ser especialmente reactiva, en términos de eliminar –si se puede acreditar que ello es así– ese foco de instrumentalización de lo humano.

Ya va quedando más claro el punto: el Derecho penal supone un cierto estándar de prueba particularmente alto –por sus obligaciones axiológicas y político–sociales, que además, desde la presunción de inocencia, han recorrido los mejores años de la humanidad–, ese estándar tiene implicancias político-criminales que son una buena razón para no criminalizar a los entes morales. Se podría argumentar que no es necesario el estándar de la duda razonable, que el proceso no tiene por qué parecerse a un proceso penal, y que lo que llamamos delito en una empresa en realidad no es un delito. ¿Y si igual mantenemos la clasificación de penal a la responsabilidad del ente? Desde luego eso sería un error, sería banalizar –como parece que ha empezado a suceder– el Derecho penal. Y lo único que nos quedaría es el mito de la pena: la estigmatización de la pena al ente, en sí misma, justifica el Derecho penal.

7. La inevitable tensión entre la duda razonable y la política criminal.

Absolver a una persona natural *fácticamente* culpable probablemente no va a significar un aumento relevante en la victimización; pero varias absoluciones podrían hacerlo y con ello sobrepasar absolutamente el *costo social* de una condena errónea, y por lo mismo habría que condenar a más personas inocentes para disminuir ese costo³⁹⁸. Tal argumento, deontológicamente, sustentado en conceptos tales como la dignidad, libertad y el respeto de los derechos humanos resulta ser inaceptable, pero en un contexto de imputación a un ente, merece ser revisado. Ello porque el costo de una determinación errónea de la responsabilidad de una empresa es diferente al que se puede predicar de una condena injusta de un ser humano, más aún si el delito que se le imputaba al ente surge de la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos pluriofensivos o supraindividuales. En esos casos, el beneficio para la sociedad de una sentencia condenatoria en contra del ente es extremadamente relevante porque, al menos, debería ayudar al restablecimiento de la norma, a legitimar la expectativa de la gente frente al sistema, expresar un reproche al ente e igualar el monto de la compensación por los

³⁹⁸ POSNER, *Economic Analysis of Law*, 2° ed, 1977, p 434.

daños. Una absolució, por su parte, puede perfectamente aumentar el daño, perpetuar el déficit en la estabilización normativa, e incrementar la insatisfacción y la desconfianza hacia el sistema, por las víctimas y la comunidad. Se trata, dicho sea de paso, de víctimas que se vieron afectadas en su salud, en su medioambiente, que consumieron aceite que estaba adulterado, tomaron leche con un compuesto desbalanceado, se les expuso a pérdidas de sus ahorros, o se les expuso a sustancias tóxicas –como el amianto– que los enfermó. Una sentencia absolutoria, conviene no olvidarlo, les comunica a todos ellos –y a la sociedad– que el ente –no las personas que componen el ente– ha sido absuelto porque no se alcanzó el estándar de la duda razonable para demostrar que su modelo de prevención del delito era insuficiente, inidóneo o ineficiente para prevenir ese delito (que por lo demás existió, vaya paradoja). El mensaje podría ser, y esto es lo incomprensible, que a pesar que existían antecedentes que probaban la responsabilidad del ente, en términos de acreditar algunos déficits en su modelo de prevención, la defensa pudo generar *una hipótesis corroborada* –y no desvirtuada– que era coincidente con la inocencia de la empresa y por eso se le absolvió.

En ese contexto, y entendiendo que en el Derecho administrativo sancionador, u otro conformado al efecto, en general, podría aplicarse perfectamente un estándar de prueba más bajo que el de la duda razonable, como el de la PdE, uno puede advertir que éste se adapta a las necesidades político–sociales y político–criminales respecto de la participación de un ente en un delito, porque la sanción penal «encarece el costo de hacer cumplir las reglas legales sin producir un beneficio concomitante para la sociedad y entonces son menos eficiente»³⁹⁹. Pero además de eso, no hay que olvidar que las empresa –de ser racionales– lo es sólo como un homo oeconomicus, por ende tiende a maximizar sus expectativas de utilidades, por lo que las sanciones posibles se evaluarán comparándolas con las utilidades que surgen de la comisión del delito, luego, si además sabe que las posibilidades de condena son más bajas, su análisis de costo/beneficio del delito, desincentiva más la preocupación por evitarlos⁴⁰⁰.

Me quedo, entonces, en la perspectiva político criminal, parafraseando lo que dice BRAITHWAITE, para quien, primero, es difícilmente pensable que para el desarrollo

³⁹⁹ BYAM, *The Economic Inefficiency of Corporate Criminal Liability*, cit., p. 582.

⁴⁰⁰ ALEXANDER; COHEN, “The Causes of Corporate Crime”, en BARKOW; BARKOW (ed.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to regulate corporate conduct*, New York, 2011, p. 17.

económico de un país sea un activo la insolvencia, como consecuencia de un castigo, de una gran empresa, por lo que necesariamente la *trampa* de la disuasión va terminar favoreciendo al ente. Pero no solo eso, incluso ahí caeremos en la *trampa* de capacidad del sistema, en que si bien es posible probar la culpabilidad con un estándar de prueba como la PdE, es extremadamente costoso imponer un estándar draconiano que exige un prueba «más allá de toda duda razonable» a una persona (incluso corporativa) extremadamente rica que puede contratar a los mejores abogados, donde la posibilidad de investigar y probar es *prohibitivamente* caro⁴⁰¹. Por eso, no se entiende la persistencia en caracterizar la respuesta estatal frente al ente como Derecho penal.

Hay, finalmente, un factor que acertadamente ALEXANDER y COHEN recuerdan, a saber, que las empresas tienden a evaluar/valorar los costos y beneficios esperables, cualquier cosa que disminuya el lado del riesgo del castigo puede por su lado aumentar el riesgo del delito. Una empresa que está financieramente en crisis y con riesgo de su supervivencia va tener menos incentivos que otras para cumplir con las regulaciones, que muchas veces son además costosas, no sólo porque está con un déficit de activos sino porque el ‘*castigo esperado*’ ahora es menor, hasta el punto que la empresa se puede declarar en insolvencia si se le impusiere una multa importante u otra sanción que le impida mantenerse en el mercado⁴⁰². En ese caso, el Derecho penal, además de ser burlado, no sirve de mucho, sino para frustrar las expectativas sociales.

⁴⁰¹ BRAITHWAITE, *Restorative Justice & Responsive Regulation*, Oxford, 2002, p. 225 y s.

⁴⁰² *Ibidem*.

CAPÍTULO IV
LA RESPONSABILIDAD Y LA PENA
A LA LUZ DEL ESTÁNDAR *BARD*

Sumario: 1. Introducción. – 2. La Responsabilidad. ¿Qué es responder? – 2.1. La responsabilidad como adscripción. – 2.2. La responsabilidad de la persona jurídica como una imputación. – 2.3. Es relevante, para los efectos penales, el acto de *answerability* de una empresa. – 3. La sanción a un no alter (moral): el castigo a la persona jurídica. – 3.1. Buscando un sentido a las sanciones de las personas jurídicas. – 3.2. La retribución y la pena a las personas jurídicas. – 3.3. Teoría expresiva de la pena. – 3.4. Una particular retribución de la pena para las personas jurídicas. – 3.5. La pena de la empresa como una retribución comunicativa. – 3.6. El consecuencialismo en la pena de las personas jurídicas. – 3.7. Excursos: el caso Arthur Andersen y el terror del sistema penal.

1. Introducción.

En lo que va de la investigación se ha sostenido lo siguiente: las personas jurídicas pueden considerarse en sí mismas –con dificultad, pero eso no es lo central– como entidades de las que se pueda predicar autonomía para imputar un injusto, o sea, para ser llamadas a responder de sus actos frente a la comunidad; se ha reconocido, como corolario de lo anterior, que esa imputación del injusto puede ser realizada conjunta o separadamente con las personas naturales que participan del mismo, sea que se acoja la tesis de la culpabilidad por *defecto de organización* u, en general, otra que sostenga una posición de mayor autorresponsabilidad; se ha reconocido, además, que las personas jurídicas son sujetos que tienen una enorme capacidad lesiva, en cuanto sus acciones (u omisiones) ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos individuales y supraindividuales de enorme relevancia social, en muchas ocasiones con una pluralidad de víctimas; empero, se ha dicho, además, que si bien lo anterior parece reafirmar, intuitivamente, la necesidad de aplicar el Derecho penal e imponer una pena, ello eso es

un error desde una perspectiva de la eficiencia político–criminal, desde una perspectiva epistémica, axiológica y especialmente político social.

Para explicar lo anterior he usado un instituto del sistema penal que caracteriza a los tres países en que se enfoca el trabajo, a saber, el estándar de prueba *bard* y, en especial, su irradiación a otros principios del Derecho penal: el principio de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, carga de la prueba, etc.

Sin embargo, no se ha querido, intencionalmente, avanzar en dos aspectos que son relevantes respecto de la forma en que como sociedad y como ciudadanos enfrentamos los injustos cometidos por las personas jurídicas, y que suelen quedar olvidados en la discusión respecto de esta temática –que se concentra, como hemos dicho, en cuestiones asociadas al sujeto (su capacidad de acción, de culpabilidad y de identidad de la pena)–, a saber, la responsabilidad que ellas merecen que les imputemos y el carácter penal de la misma.

Es necesario entonces insistir en algo que se señaló al inicio, la mirada, tanto respecto de la responsabilidad como de la pena, no parte necesariamente desde el objeto de estudio (el sujeto *empresa*), es decir, no implica que en razón de predicar de las personas jurídicas una cierta cualidad de *agencia colectiva racional*, ello implique que la imputación que se les atribuya sea a título de reproche penal, ni que las consecuencias o cargas por sus hechos sean penas.

A fin de adentrarse entonces en los contornos de este capítulo, conviene detenerse, si quiera brevemente, en la cuestión de la responsabilidad, en el sentido de analizar el cómo se responde, a quién se responde, de qué se responde y, especialmente cómo nos miramos los unos a los otros cuando respondemos por nuestros actos. Y, una vez resuelto eso, tomar la decisión de cómo se concretizan las consecuencias de aquello por lo que se tiene que responder, es decir, cómo cargar con las consecuencias.

En ese contexto, se advertirá, el hecho que la persona jurídica pueda ser imputada y reprochada, en cuanto entidad propia, por participar contribuyendo al hecho criminal no dice mucho respecto de que la atribución de esa responsabilidad sea a título de un reproche penal y que la carga de esa consecuencia se represente como una pena. Antes, lo que parece evidente, se tiene que resolver qué es eso de la responsabilidad penal. No es suficiente, entonces, que se pueda sostener que una empresa pueda ser

reconocida, en cuanto agente, como participe de las relaciones de *adscripción ex crimine* para decir «*entonces su reproche debe ser penal*». Decir que una empresa puede cometer un delito, no equivale a decir que tenemos que hacerla responsable penalmente. La responsabilidad penal debe representar algo más que simplemente la etiqueta *penal*, o la capacidad de atribución a un agente del incumplimiento de una regla de conducta penalmente reforzada, y eso es algo que quienes defienden la responsabilidad penal de las personas jurídicas no han enfrentado con decisión.

Entonces la capacidad del sujeto para poder atribuirle a él la acción como un hecho subjetivo, como un agente, no implica, en todo caso, predicar de él la condición de agencia racional -y «*moral*»- que exige una institución esencialmente social como el Derecho penal, donde por agente moral hay que entender –siguiendo a DUFF- algo más que la capacidad puramente intelectual, sino uno en quien las emociones y deseos, u otras disposición de *conatus*, así como sus creencias, son ellas responsables de las razones⁴⁰³. Pero también se ha dicho, y permítanme la reiteración, que decir que un ente participa *ex crimini*, incluso de manera culpable, no quiere decir que deba estar sometido a las reglas de imputación ni a las consecuencias penales (la pena).

Se ha sostenido que el plus que justificaría el tratamiento penal de la responsabilidad de las personas jurídicas podría estar vinculado en las cualidades propias de ciertos entes morales, como su condición de *ciudadano corporativo* – portador de una cierta autonomía pública– que le permitiría hoy participar en la sociedad como un *good corporate citizen*, ejerciendo ciertos derechos como el de libertad de expresión y participando de cierto debate de la *polis*, expresando juicios en el foro público; la existencia en los entes morales de un cierto *ethos* institucional que lo distinguiría de sus integrantes y, en fin, de la obligación del ente de tener un *compliance program* que finalmente lo sitúa como un ciudadano fiel al derecho, todo ello en un contexto, más político–criminal, de «prevención de conductas delictivas cometidas a propósito del desarrollo de la actividad de la empresa»⁴⁰⁴.

Pero, convengamos, decir que una empresa es un ciudadano –como un equivalente funcional a usted o a mí– porque: tiene la obligación de gestionar riesgos; porque tiene deberes de prevención que recaen en ella –en especial de carácter penal– y

⁴⁰³ DUFF, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Hart, 2007, p. 39.

⁴⁰⁴ ARTAZA VARELA, *La empresa como sujeto*, cit. p. 23.

que para ello debe autorregularse y diseñar, implementar y utilizar sofisticados sistemas de *compliance*; porque es posible reconocer en ella un *ethos* especial, supongamos incluso –lo que suele no ser–, uno altruista, solidario y no económico; o porque convencionalmente le permitimos el ejercicio de ciertos derechos como la libertad de expresión o participar en ciertos debates públicos –no a ellas, sino que a quienes las representan–; no es más que una exageración retórica, y una petición de principio, pues tendríamos que aceptar que basta con que una *entidad* –el día de mañana podría ser la *IA*– participe de algunas de cualidades del *género humano* para ser tributaria de los mismos derechos y garantías que *nosotros*. Pero, además, ello supondría asumir una cierta contradicción moral, a saber, que quienes participan de la creación de una persona jurídica, y son los responsables de dar *vida a la* agencia racional «y *moral*», luego deban abstenerse por razones morales –una vez que ella adquiera una cierta capacidad de autoorganización, autodeterminación y autoconducción- de acabar con su trayectoria vital, pues eso sería afectar la esencia mínima de cualquier entidad que reclame la cualidad de agencia. Luego, la pregunta es, quienes crean o dan vida a esas agencias pueden después matarlas por su propia voluntad, en un acto meramente caprichoso y sin razón –incluso tratándose de una empresa con suficiente capacidad de ¿autoorganización?, o adquieran una cualidad de vida independiente–, o ella, en razón de su propia agencia moral, podría esgrimir frente a estas personas –o al Estado–, como carta de triunfo, su derecho a vivir.

Por lo mismo, todavía no se responde la pregunta principal ¿por qué el Derecho penal? ¿Por qué deberíamos los seres humanos, los ciudadanos de una comunidad, compartir con las empresas un sistema de atribución que ha costado siglos de construir? ¿Por qué vernos nosotros como iguales a ellos, en términos que debemos responder de la misma manera, frente a los injustos públicos que consideramos más relevantes?

Ya he dicho que, salvo que estemos dispuestos a bajar el estándar *bard* considerablemente, con los problemas que ello tiene, la respuesta no deberíamos buscarla en razones político–criminales. Nos queda ver si podemos encontrarla en la *pena*.

2. La Responsabilidad. ¿Qué es responder?

La responsabilidad es un fenómeno social de larga data que surge en el ámbito jurídico –de ahí el origen etimológico de la expresión *respondere*– que refleja, por una parte, la idea de responder o dar respuesta a algo, o, que es la que acá importa, la idea de responder *por* algo, por una demanda, por una acusación administrativa, o por una acusación penal, que, si se acredita, permite obligar a una prestación, o imponer un castigo, reprochar u infligir a otro un trato adverso. Existe, como dice HART, una relación muy directa entre la noción de responder en este sentido y la propia idea de responsabilidad⁴⁰⁵. En ese sentido, ser responsable es ser llamado a responder por algo de y a alguien⁴⁰⁶.

A partir de esta idea de responsabilidad HARDING –seguido por WELLS⁴⁰⁷– propone que las personas jurídicas pueden responder penalmente. Según él, la empresa tendría la capacidad de ser un agente responsable y, dado que los ordenamientos jurídicos modernos suelen clasificar la responsabilidad como civil o penal –asignando a la segunda una capacidad expresiva de reproche y censura que carece la primera–, la atribución de responsabilidad a los entes morales debería ser penal, pues estaría condicionado con una *representación simbólica*. Luego, el reproche penal expresaría además una condena o censura moral mayor que el reproche civil, ya que la comisión del delito envuelve una actitud y un *estado de ánimo* más censurables. HARDING reconoce, en todo caso, que hay ciertos países que tienen un sistema de responsabilidad administrativa, pero que su diferencia con el penal es tan mínima que no parece correcto ponerlo como una alternativa. Luego termina su argumento –en algo que me parece un error– justificando el carácter penal de la responsabilidad, en razón que es usual que los Estados tengan una responsabilidad internacional con otros Estados –y de hecho algunos han postulado que exista una responsabilidad penal de los Estados por el crimen de agresión–, entonces nada impide que las empresas puedan ser sancionadas penalmente⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ HART, *Punishment and Responsibility*, cit., p. 265.

⁴⁰⁶ LUCAS, *Responsibility*, Oxford, 1993, pp. 86 y ss.

⁴⁰⁷ WELLS, “Corporate Criminal Liability in England and Wales: Past, Present, and Future”, en PIETH; IVORY (ED), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, London, 2011, pp. 95 y ss.; ID. “Containing corporate crime Civil or criminal controls?”, en GOBERT; PASCAL (Ed.), *European Developments in Corporate Criminal Liability*, Londres, 2011, pp. 13 y ss.

⁴⁰⁸ HARDING, *Criminal Enterprise. Individuals, organisations and criminal responsibility*, Cullompton, 2007, pp. 102 y ss.; En Italia, Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo*, cit., p. 36.

Con todo, lo que habría que determinar es si ese supuesto mayor reproche o censura que acarrea la atribución de un injusto penal es suficiente en sí mismo –y luego en relación con el estándar *bard*– para predicar el adjetivo penal de la conducta injusta de una empresa.

El concepto de responsabilidad, como lo destaca SILVA SÁNCHEZ, ocupa una posición relevante en nuestras prácticas sociales y culturales, que se suele relacionar con aspectos como la valoración del carácter, de las acciones, de las relaciones personales y de las interacciones sociales e institucionales. Se trata de una expresión que tiene un evidente carácter polisémico, que puede ser utilizado de varias maneras y en distintas circunstancias⁴⁰⁹.

En el caso de la responsabilidad *penal* de las personas jurídicas ella se puede fundamentar, siguiendo a ARTAZA, desde el concepto de atribución, es decir, desde el vínculo establecido entre la explicación causal que vincula al sujeto y al hecho, o como una conexión subjetiva (o conexión con la culpabilidad⁴¹⁰) que sería propia de la responsabilidad subjetiva, esto es, que un sujeto aparece como culpable por un hecho. Se trata de definir y establecer conexiones atributivas, para luego precisar quién debe responder por ese hecho injusto (y culpable), y sufrir las consecuencias de eso, todo lo que sería propio de la responsabilidad jurídica⁴¹¹. Según él, todo ello se puede decir de los entes morales y, por lo mismo, predicar de ellos responsabilidad penal. Antes de llegar a su conclusión, me parece necesario, en todo caso, dar un paso atrás, a la idea de responsabilidad.

2.1. La responsabilidad como adscripción

Partiendo del uso común y ordinario de la expresión responsabilidad, se pueden distinguir dos tipos fundamentales de valoración que se refieren, respectivamente, a la responsabilidad como cualidad del carácter y la responsabilidad como capacidad de

⁴⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, “¿Quién debe responder de los ilícitos medioambientales? Sujetos y criterios de imputación de responsabilidad por ilícitos medioambientales”, en *Incidencia medioambiental y derecho sancionador*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2006, p. 142; MOLINA, “Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)”, en *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, T. LIII, 2000, pp. 169 y ss.

⁴¹⁰ ROXIN, *Derecho penal*, cit., p. 988.

⁴¹¹ ARTAZA VARELA, *La empresa como sujeto*, cit., p. 26.

actuar. En el primer caso se llama responsabilidad *aretaica*⁴¹² y, en el segundo, de responsabilidad atributiva. Estos dos tipos de valoraciones, la valoración del agente como persona responsable y del agente como responsable de una cierta actividad, responden a preocupaciones diferentes, pero relacionadas⁴¹³. En efecto, podemos distinguir dos acepciones centrales de la responsabilidad, una atributiva y la otra adscriptiva. La responsabilidad adscriptiva, se trata de una valoración de tipo aretaica⁴¹⁴, que reguarda la calidad de la voluntad, un trato del carácter, la virtud del agente y, por lo mismo, con un significado y una resonancia específicamente moral. La acepción atributiva de la responsabilidad se expresa, entonces, en una modalidad de valoración moral, que por ende no es usada para atribuir la capacidad abstracta de sostener obligaciones y de realizar acciones⁴¹⁵.

En la acepción adscriptiva, en cambio, se valora a un agente responsable cuando es sujeto de una exigencia normativa genérica y, por lo mismo, es capaz de generar expectativas normativas en los otros. La responsabilidad como capacidad es la condición básica y general para que se pueda atribuir responsabilidad personal y, por tanto, también es la base de la imputabilidad. Por ende, una teoría explique la responsabilidad que se atribuye, como capacidad, se debe ocupar también de las condiciones de posibilidad de actuar y, en particular, de actuar intencionadamente⁴¹⁶.

Y ello se relaciona, en el ámbito del Derecho penal, cuando se explica en términos de imputabilidad y punibilidad, y específicamente cuando se entiende en relación con la *justificación* de las propias acciones ante los *demás*, pues en esos casos la responsabilidad se asocia, entonces, al *reproche* y a otras formas de *sanción moral*, de los cuales surgen algunos sentimientos reactivos como el reproche, el resentimiento o la indignación, algo que para muchos se explica por la función retributiva o

⁴¹² WATSON, *Agency and Answerability Selected Essays*, Oxford, 2004, *passim*, en especial p.10.

⁴¹³ BAGNOLI, *Teoria della responsabilità*, Bologna, 2019, p. 10.

⁴¹⁴ Hay juicios morales además de juicios deónticos en los que decimos de acciones o tipos de acción que son correctos, incorrectos u obligatorios, a saber, ellos son los juicios areteicos, o sea juicios de valores morales, que pueden ser a su vez particulares (mi abuelo fue un buen hombre) como generales (la benevolencia es una virtud). Sobre esto vid. FRANKENA, *Ethics*, 2° ed. Prentice-Hall, Inc., 1973, p. 10.

⁴¹⁵ BAGNOLI, *Teoria della responsabilità*, cit., p. 24. En el mismo sentido RENZO, "Responsibility and Answerability in the Criminal Law" en DUFF (ed), *The Constitution of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2013, pp. 209.

⁴¹⁶ BAGNOLI, *Teoria della responsabilità*, cit., p. 24.

sancionadora que ellas tienen⁴¹⁷. Para WATSON, la actitud reactiva es el germen de una acción comunicativa, en el sentido de que inicia una conversación entre el agente y la comunidad. En esta perspectiva, hay razones para considerar que la categoría de las actitudes reactivas sirve básicamente como un recurso normativo que permite mantener un diálogo abierto entre el infractor y su comunidad⁴¹⁸. La actitud reactiva, por ende, parte por reconocer el *status* del *otro* y, por lo mismo, abre espacio para desempeñar una función primariamente reparadora, tratando de remediar la ruptura o el conflicto en la relación personal.

En cuanto a la persona jurídica, para ir avanzando en explicar por qué su capacidad de responder no parece relacionarse bien con el reproche penal –en un contexto donde aún no entra en juego el *bard*– conviene precisar que si bien uno podría reconocer una cierta capacidad de acción del sujeto y de culpabilidad (por ejemplo por el déficit de organización) ello en ningún caso supone apreciar en el agente un carácter, una virtud, con un significado moral, y por lo mismo torna en extremo débil la relación de la imputabilidad no en aquella parte que dice relación con la capacidad de obrar de otra manera (eso lo podemos conceder), sino que la de poder *justificar* sus propias acciones ante los *demás* de un modo de evitar el *reproche* y otras formas de *sanción moral*, una cuestión que es más propia de la alteridad.

Dicho de otra manera, a una empresa que participó en el envenenamiento de un aceite de comer, le puedo reprochar el no haberse organizado de una manera que impidiera hacerlo, pero desde luego ese reproche carece del contenido moral que caracteriza al reproche penal, en el cual yo le imputo algo a *otro* esperando una justificación, y es su justificación la que podría evitar su condena, de la misma manera que yo no me condenaría mí mismo si creo haber actuado justificadamente; pero eso no sucede con la empresa, respecto de ella, por ejemplo usando el caso del aceite envenenado, yo no cuento con su respuesta para medir el reproche, el reproche carece del contenido social comunicativo en cuanto sanción moral, sino que es una reacción contra un objeto no contra un *alter moral*.

⁴¹⁷ BAGNOLI, *Teoria della responsabilità*, cit., p. 24. En similar sentido, STRAWSON, *Freedom and Resentment*, London, 2008, p. 23.

⁴¹⁸ WATSON, *Agency and Answerability Selected Essays*, cit., p. 230.

2.2. La responsabilidad de la persona jurídica como una imputación.

Ahora bien, en otro aspecto de la responsabilidad de las personas jurídicas, ARTAZA en su investigación propone que para «poder responder en mejor forma al problema planteado al inicio de esta investigación [*si una empresa puede estar llamada a responder penalmente*], hay que considerar especialmente a aquello que se ha dado en llamar las *reglas de imputación* pues ellas dotarían de contenido a las posibilidades de utilización de la responsabilidad penal»⁴¹⁹, en especial si se ha de considerar que las empresas realizan hechos que pueden considerar como propios de ellas –en cuanto sujetos imputables. Para ello es relevante, sugiere, considerar las reglas de imputación, que instruyen sobre el modo de proceder en la imputación de conductas, o sea, sirven para decidir quién puede ser hecho responsable de la infracción de una determinada regla de conducta⁴²⁰.

En ese contexto, como ha dicho SÁNCHEZ–OSTIZ, la imputación da lugar a y presupone una medición o valoración de la conducta con arreglo a la regla en cuestión, y para que ello se pueda realizar conforme a la regla de conducta empleada retrospectivamente como escala de medición, se precisa contar con un objeto a medir, ni más ni menos que: un hecho. Para poder afirmar que un suceso es un hecho, se precisa constatar ciertos requisitos, que se presentan al sujeto *imputante* en términos normativos. Son para él pautas de la conducta de imputar, reglas que constituyen un *sistema de reglas de imputación*⁴²¹. Estas estructuras de imputación constituyen los instrumentos básicos –pero no excluyentes– del Derecho penal⁴²².

Podemos quedarnos ahí, y entender la cuestión de la imputación entre el agente que no obró conforme a la regla de conducta y quien realiza el juicio de imputación, o podemos todavía pensar en un contexto de mayor amplitud social, en cuanto a que lo que se imputa a una agente no se limita y contextualiza únicamente en una relación entre sujeto y norma, sino entre sujeto y el resto de la comunidad. Más que mal al final

⁴¹⁹ ARTAZA VARELA, *La empresa como sujeto*, cit., p. 35.

⁴²⁰ SÁNCHEZ-OSTÍZ, *Fundamentos de Política criminal*, cit. p. 251. Sobre las reglas de conducta y reglas de imputación fundamental, ID. *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Montevideo – Buenos Aires, 2008, *passim*; ID. *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, Barcelona, 2014, pp. 27 y ss; HRUSCHKA, “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”, en SÁNCHEZ-OSTIZ (Ed.), *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Pamplona, 2005, pp. 27 y ss.

⁴²¹ SÁNCHEZ-OSTÍZ, *Fundamentos de Política criminal*, p. 252, con ulteriores referencias.

⁴²² *Ibidem*.

la norma –también la ley penal– es un acto social, una declaración de la voluntad del pueblo.

Entiende bien esto ARTAZA cuando se pregunta «¿Cuál es el rol que interesa al Derecho penal con el objeto de detectar aquellas cargas que surgen de éste y por las cuales se debería responder?» y a ello agrega, citando a DUFF, que si «se parte de la base, como aquí se hace, de que lo relevante para el Derecho penal en un Estado democrático es atender a las responsabilidades que se derivan de la participación en determinada comunidad política, la respuesta (...) es que ‘somos penalmente responsables como ciudadanos’⁴²³».

Sin perjuicio de que nadie seriamente puede decir que las empresas son, como nosotros, ciudadanos⁴²⁴, ni aun usando un surrealismo conceptual como el «*good corporate citizen*», ni menos considerar como «equivalente funcional» a la ciudadanía el hecho que –en razón de alguna jurisprudencia o de alguna norma– se les haya reconocido el derecho a la libertad de expresión u otro de carácter fundamental (algo que se explica por las personas naturales que están detrás de ellas), lo cierto es que la preocupación de DUFF es con la finalidad del Derecho penal. DUFF, de un tiempo a esta parte, ha sugerido que la relación entre el castigo y el Derecho penal es histórica y contingente; y que el objetivo del Derecho penal es principalmente *censurar o condenar* las conductas que la *comunidad* disvalora y que esto no requiere necesariamente castigo. Con este argumento pretende, en realidad, identificar el interés público en términos que los delitos sean *injustos públicos* en vez de *injustos privados*. Los crímenes han de entenderse, entonces, como agravios que nos empecen a todos nosotros como miembros de la comunidad, lo que los distingue de un injusto privado, que sólo se afecta a las personas directamente implicadas (y por lo tanto sería una cuestión sólo de la reparación privada). En ese contexto, el alcance del Derecho penal no debería depender del disvalor de la conducta y la lesividad del hecho –de hecho el cuestiona abiertamente la teoría del *harm to other* como justificación de la criminalización de una conducta–, sino en la identificación de los injustos que cuentan propiamente como

⁴²³ ARTAZA VARELA, *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*, Marcial Pons, 2013, p. 36.

⁴²⁴ Me parecen demoledoras, a esta idea de ciudadanía, las críticas de MAÑALICH RAFFO, “*Organización delictiva*”, cit., pp. 279 y ss.

públicos en el sentido en el que somos penalmente responsables como *ciudadanos ante nuestros conciudadanos*⁴²⁵.

El Derecho penal, así concebido, se convierte en nuestra ley como ciudadanos, es nuestra propia *voz colectiva, cívica*; en la que nos hablamos a nosotros, como ciudadanos, de los valores y objetivos compartidos por los que se constituye nuestra responsabilidad cívica, de lo que nos debemos unos a otros, y debemos responder unos a otros, como ciudadanos⁴²⁶. Así, en opinión de DUFF, solo somos responsables penalmente de aquellos *actos* que son relevantes para la comunidad y respecto de los cuales tengo que responder ante los miembros de ella⁴²⁷. Se trata, evidentemente, de una postura que se acerca al republicanismo –liberal– que asume una política de ciudadanos libres e iguales que se reconocen como miembros de una comunidad política⁴²⁸. Es en ese contexto en que el imputado está llamado, como miembro de la comunidad, a responder al resto de los integrantes de ella respecto del incumplimiento de su obligación para consigo mismo y para con los demás.

Por otra parte, y sabido es que DUFF le asigna un especial rol a la función político–público del juicio como parte de un ritual comunitario, es ahí donde la comunidad juzga a un par respecto del incumplimiento de sus compromisos de civilidad respecto de los unos a los otros. Como dice DUFF, estamos dispuestos a considerar y tratar a aquellos que violan nuestras normas penales criminales como *extraños (outsiders)* que han perdido su estatus de ciudadanos, para excluirlos de nuestra vida cívica compartida. Consecuencia de ello es que privamos de derechos a quienes cumplen condenas de cárcel, y muchas veces la exclusión no llega solo a eso sino que a otras consecuencias colaterales, que a veces se extienden por mucho más tiempo que la condena⁴²⁹.

La censura y el reproche que implica decirle a *otro* que ha dejado de cumplir sus principales obligaciones públicas, que ha quebrado su compromiso con el resto –

⁴²⁵ Esta lógica comunitarista de DUFF, que vincula el derecho penal a una comunidad de conciudadanos, le ha significado diversas críticas, sea por su aplicación respecto de los extranjeros, pero también para justificar el derecho penal internacional. Se trata, en todo caso, de un aspecto que no se relaciona directamente con la tesis.

⁴²⁶ DUFF, *Answering form Crime*, cit., p. 51,

⁴²⁷ *Ibidem*.

⁴²⁸ DUFF, “A Criminal Law we can call our own?”, en *Northwestern University Law Review*, Vol. n° 111 (2017), p. 1493.

⁴²⁹ *Ivi*, p. 1495.

sumado al hecho que en muchas ocasiones adicionalmente se impone una pena privativa de libertad—justifica que como requisito previo a tal declaración aseguremos en un proceso de atribución de responsabilidad, con una serie de garantías penales y procesales, y, por ejemplo, pongamos un estándar como *bard* que nos obligue a evitar censurar y reprochar a un miembro de la comunidad por algo que no ha hecho, que nos obligue a tratar como *extraños* a quienes no lo son.

Es tan relevante esto, más aún si uno lo piensa en perspectiva de lo que supone criminalizar a las personas jurídicas, que significaría no sólo que ellas están llamadas a responder como cada uno de nosotros, sino que nosotros tendríamos que asumir que cuando respondemos por un injusto penal en parte lo hacemos como si hubiésemos defraudado una expectativa del ente, que sería integrante de nuestra comunidad. Deberíamos aceptar, también, que una persona jurídica cuestione nuestras virtudes cívicas, que nos diga que hemos incumplido nuestros deberes de civilidad con el resto. Tendríamos que asumir que el ente es parte de nuestra comunidad política y que puede llamarnos a responder, por nuestros actos. En todo caso, incluso aunque a las personas jurídicas se les pudiera imputar *ex crimine* un injusto penal, ello no constituiría en sí mismo un buen argumento para tratar la responsabilidad del ente como una responsabilidad penal.

2.3. Es relevante, para los efectos penales, el acto de answerability de una empresa.

Profundicemos entonces esto de *respondernos los unos a los otros* sobre nuestros injustos penales, lo que se conoce también como *answerability*, que es fundamental para entender a quiénes debemos responder y por qué. Pero además, conviene preguntarse por qué las garantías del proceso penal —y en especial la de la duda razonable— son tan importantes en este contexto dialéctico: porque no ha de olvidarse que el juicio es un proceso comunicativo en el que el acusado es llamado a responder a una acusación y a rendir cuentas por ese delito, de manera pública y en el contexto de un Estado de Derecho y democrático. El juicio penal es, o debería ser, el lugar donde mutuamente nos respondemos, escuchamos a la otra parte, en un verdadero proceso de razonamiento público, que tiene por finalidad determinar los hechos y ver si un sujeto —uno de nuestra comunidad— es responsable de lo que se le acusa. Se trata, qué

duda cabe, de un acto que debería recobrar su carácter republicano, y ciertamente la imputación de los entes morales no ayuda a eso.

Detrás de esta idea de responder, al momento de juzgar responsable a alguien, se esconde la petición de dar cuenta a una persona de sus acciones y, por lo tanto, de responder a los otros de lo que se hace. El concepto de dar cuenta o de responder a otros de nuestras acciones surge allí donde se plantea el problema del reconocimiento del otro como igual en un contexto político. Así, lo que define a lo político es, precisamente, el reconocimiento del otro como un igual, el reconocimiento de que yo no soy dueño del mundo. En palabras de ATRIA, significa «asumir que mi interés en llevar una vida realizada incluye al otro; que su esfuerzo por discernir qué es lo bueno es parte del mío; que vivir sometido al juicio heterónomo de otro sobre cómo debe vivirse la vida hace para él tan imposible o difícil como para mí el vivir una vida realizada»⁴³⁰, que por lo mismo asumimos que todos los miembros de la comunidad pueden cometer delitos, por lo que el injusto penal no es algo que realiza *el otro* desde una absoluta alteridad, sino más bien siendo uno de nosotros⁴³¹, ahí donde nosotros, creo yo, no incluye a las empresas.

Las sanciones, y en general las instituciones que ejercen el *ius puniendi*, encuentran su justificación racional en el reconocimiento del otro en razón de que tiene el mismo estatus moral. La pena, en ese contexto, no priva al otro de su estatus jurídico como un igual, sino que por el contrario, presupone el reconocimiento del otro como un igual y precisamente de eso depende su legitimidad⁴³². Un castigo que humilla, tratando al *otro* –al condenado– como un extraño a la comunidad respecto de la cual él creía pertenecer, socava las bases de la justicia, de la dignidad, y es ilegítimo. En esta

⁴³⁰ ATRIA, *La forma del derecho*, Marcial Pons, 2016, p. 400. DE LAGASNERIE, *Judge & Punish. The Penal State on Trial*, Stanford University Press, 2018, p. 45.

⁴³¹ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, cit. p. 238.

⁴³² Al respecto, considérese lo expresado recientemente por BRANDOM respecto de la comunidad y el castigo en la obra de HEGEL, que me permito citar en inglés por lealtad al texto: “*Part of what one must do in order to count thereby as recognizing the original agent as one of us (a member of our recognitive community) is acknowledging one’s own responsibility to shape the agent’s deed by affecting its consequences. (One application of this view is Hegel’s notorious claim that punishment is recognitively owed to the criminal by the community. His fellow community members recognize him by punishing him. It counted as a crime insofar as his doing had the expressive significance of a rejection of recognitive community. By punishing him his fellows practically and constitutively reject that rejection of recognitive community.)*”. Cfr. BRANDOM, *A Spirit of Trust. A Reading of Hegel’s Phenomenology*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 735.

perspectiva, el juicio de atribución de responsabilidad⁴³³, la condena, el reproche, el castigo son actos normativos que presuponen la actitud de respeto hacia el prójimo. El castigo y la pena se dirigen al otro como miembro de la misma comunidad.

La violación de una norma –y en particular una norma penal– constituye también implícitamente una violación del pacto social, respecto de lo cual el infractor debe responder de ello a la comunidad y no sólo a las víctimas a las que infligió el daño, aunque desde luego ellas son relevantes en la comprensión del otro. Ello explica que el castigo esté regulado en un acto de decisión de la comunidad –la ley como expresión popular– y en relación con la comunidad y se administre a través de instituciones públicas. Pero, y es importante no olvidarlo, estas prácticas de enjuiciamiento y castigo penal tienen sentido y son inteligibles dentro de relaciones personales, basadas en una representación de sí y del otro como sujeto responsable⁴³⁴. Se trata de un acto institucional de responsabilidad que supone alteridad en las personas.

Por su parte, dice PIÑA ROCHEFORT, la noción de persona está íntimamente relacionada a la existencia de derechos y obligaciones, que le da un carácter bicondicional, pues es también la existencia de derechos y obligaciones la que otorga al hombre el carácter de persona, en términos que sólo el sujeto de derechos es relevante como persona, pero esa vinculación normativa, a su vez, lo vincula íntimamente con el hombre, con sus relaciones con el otro, en términos que encuentra en el otro su personificación: no es posible tratar al otro como un objeto sin alienarse uno mismo. El carácter de persona sólo tiene relevancia cuando existe otro a quien oponerla y en quien reconocer alteridad equivalente⁴³⁵. La relación, entonces, entre persona, alteridad y dignidad es evidente, y especialmente en el ámbito penal, pues supone el espacio del derecho de los otros, que se realiza en un espacio pleno de civilidad, de sociabilidad y de relación política que finalmente es el campo donde se desenvuelve la personalidad humana. La responsabilidad jurídico–penal se impone heterónomamente, por ende y

⁴³³ Me tomo en esta parte lo que dice SÁNCHEZ-OSTIZ sobre la atribución de responsabilidad, como el acto de Imputar, por tanto, hacer-responsable, y ello sólo es posible, con propiedad, referido a una persona. Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Montevideo – Buenos Aires, 2008, p. 4.

⁴³⁴ BAGNOLI, *Teoria della responsabilità*, cit., pp. 310 y ss.

⁴³⁵ PIÑA ROCHEFORT, *Violencias*, cit., p. 219.

tiene un carácter institucionalmente diseñado de alteridad entre aquel que impone y aquel sobre quien se impone, por vía de atribución, la responsabilidad penal⁴³⁶.

Todo este camino, largo pero necesario, era para explicar por qué las empresas tampoco comparten este criterio de la responsabilidad como *accountability* o *answerability*, en términos de respondernos a nosotros, como iguales, respecto de sus conductas. En el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas las instituciones que ejercen el *ius puniendi* no tienen el mismo estatus moral que el ente, la justificación del castigo que se le impone no se justifica en esa alteridad, sino que por el contrario, se debe legitimar en la medida que sea funcional en la protección de la ciudadanía, del otro relevante –la comunidad y las víctimas–, luego las sanciones que se imponen al ente no tienen como límite moral el respeto al castigo al otro, no ha de buscarse ahí su legitimación. En el caso de las personas jurídicas, la sanción no se legitima tampoco en cuanto se relaciona con el reconocimiento del otro, luego la condena, el reproche, el castigo del ente no presuponen una actitud de respeto hacia el prójimo.

Vuelvo sobre lo que he dicho varias veces, ello no supone aceptar o promover un procedimiento sin reglas y vengativo contra las personas jurídicas, sino que únicamente reclamar por un sistema punitivo que se corresponda con su naturaleza, y en especial que fortalezca la naturaleza consecuencialistas de las sanciones, a fin de prevenir a la comunidad de delitos graves que puedan provenir de una conducta corporativa. No se trata de un juicio arbitrario, se trata de un juicio que no reconozca en a la persona jurídica como un alter. Y que, por lo mismo, tampoco lo haga la sanción.

3. La sanción a un no alter (moral): el castigo a la persona jurídica

Un sistema penal preocupado por no condenar a un inocente debería tener un estándar de prueba en la atribución de responsabilidad penal que debería ser el más alto de todo el ordenamiento jurídico. Ello, no solo por el riesgo de la pena privativa de libertad, sino también, porque detrás de una pena siempre hay un estigma, siempre hay un mensaje de reproche y de incivilidad, siempre hay una comunicación de *demerito* a

⁴³⁶ MAÑALICH, “Beccaria: la pena como exclusión”, en KINDHÄUSER; MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Montevideo - Buenos Aires, 2011, p. 262.

otro en términos de enrostrarle su falta de compromiso con la comunidad, por infringir un injusto público que nos parece relevante.

El estándar *bard* exhibe como especial característica que distribuye los riesgos de error en las decisiones judiciales de una manera que siempre favorece a una parte –la del imputado– de manera sistemática, generando con ello que aumenten los riesgos de que culpables sean absueltos, pero disminuye el riesgo de que un inocente sea castigado. Ello se explica, en especial, por las restricciones deontológicas –y retributivas, en cuanto *merecimiento*– que están en la base del sistema penal, pero principalmente por el respeto que nos merecen atributos propios de la humanidad, como la dignidad y la libertad.

En el caso de las personas jurídicas no se aprecian esos atributos, sino que por el contrario, tienden a ser agentes económicos que más bien prefieren optimizar sus acciones que favorecen el crecimiento económico o impiden una disminución del patrimonio, muchas veces con indiferencia –sino desprecio– por las personas naturales. En ese contexto, aplicar un estándar como el *bard* respecto de los procedimientos en que se les juzgue por su conducta *ex crimine* es un error.

Lo mismo se puede replicar respecto de un análisis político criminal. Si bien desde el punto de vista político hay buenas razones para sancionar y perseguir duramente a ciertas empresas, en razón de su capacidad de generar riesgos y atentados a bienes jurídicos, no parece adecuado hacerlo sobre la base del Derecho penal.

Finalmente, lo que nos queda ver es el último argumento que se suele predicar a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídica, a saber, la pena. El argumento es sencillo, el sistema penal porta un estigma incomparable que, en términos disuasivos, incentiva a que las empresas se comporten como *good corporate citizen* y adopten modelos de prevención de delitos. La tesis que acá se quiere plantear es que eso, en primer lugar, no es más que una construcción hipotética sobre la base de un par de casos –en un contexto cultural determinado–, pero que no hay ningún antecedente –menos en los países continentales– que demuestre eso, y, en segundo lugar, que aunque así fuera, mantener un estándar como el *bard* en un contexto penal afecta la propia finalidad de la pena.

3.1. Buscando un sentido a las sanciones de las personas jurídicas.

La responsabilidad, la comunidad, la idea de dar respuesta al otro y la alteridad son, según creo, cuestiones fundamentales que se relacionan no solo con la duda razonable, sino que con el Derecho penal y, especialmente, con la pena. Y, en particular, si se quiere hablar de la sanción (pena) de las personas jurídicas. La justificación tópica de la utilización del Derecho penal en la persecución de las personas jurídicas suele resumirse, citando a HARLOW, así: «el Derecho penal provee a la sociedad con una única y poderosa herramienta tanto para expresar su condena respecto de la acción de la compañía como para reformar la empresa para asegurarse que sus conductas se conformen en el futuro con las expectativas sociales».⁴³⁷ Y no se trata de cualquier expresión de condena, sino que una que informa al condenado una condena moral de la comunidad por el comportamiento reprochado.

La tesis de esta investigación, en esta parte, se puede introducir recordando a GÓMEZ-JARA quien, casi al pasar, en un artículo escrito hace más de una década, enunció alguna de las críticas que desde la escuela *Law & Economics* se levantaban en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a saber, que siendo la finalidad de imputar penalmente a los entes la disuasión respecto de las conductas injustas, ello perfectamente podía alcanzarse con unos costes más bajos a través de la responsabilidad civil en lugar de la responsabilidad penal, considerando especialmente que las multas (u otras sanciones) vienen establecidas en cantidades determinadas legalmente que suelen disuadir la conducta corporativa escasa o excesivamente; pero que además la responsabilidad civil no tiene los elevados costes de la responsabilidad penal, los cuales están asociados a ciertas garantías procesales, que incluyen el baremo de la prueba de más allá de toda duda razonable. GÓMEZ-JARA reconoce, en el mismo texto, que efectivamente habría una menor eficiencia en razón de las garantías del sistema penal, lo que en todo caso desde una perspectiva garantista –dice– no sería un problema. Pero, termina diciendo, la *disuasión no resulta el fin primordial* del Derecho penal, y que hay nuevas *fundamentaciones retributivas* y de la *teoría expresiva de la*

⁴³⁷ HARLOW, “Corporate Criminal Liability for Homicide: A Statutory Framework”, en *Duke Law Journal*, Vol. n° 61 (2011), pp. 123-166, p. 137.

pena que permitirían justificar mejor la responsabilidad penal de los entes, luego la crítica a la responsabilidad penal corporativa se vendría –en su opinión– abajo⁴³⁸.

El autor descarta, tratándose de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, una finalidad preventivo–general, la *disuasión*; y, en su lugar propone, desde un plano comunicativo, que la imposición de la pena a una empresa, desde su propia culpabilidad, cumpla la misma función que la imposición de una pena a un individuo. La pena, finaliza el argumento, contribuiría al *restablecimiento comunicativo de la vigencia de la norma*⁴³⁹. Se trata, como se advertirá ya, de una línea argumental que no se puede compartir, sino que por el contrario, se insistirá en que si hay algo que justifique una sanción de la persona jurídica es el carácter disuasivo –sumado a la prevención especial positiva– de la misma, lo que se puede lograr de mejor manera desde un modelo de responsabilidad administrativo sancionador, *u otro creado al efecto*, con estándares de garantías sustancialmente más bajos.

La tesis de GÓMEZ–JARA es, en todo caso, una posición más bien minoritaria en la literatura española, italiana y chilena, que considera mayoritariamente que la justificación principal de la «pena» de los entes morales se encontraría en razones preventivo especiales, sea en su vertiente negativa, porque ciertas penas inocularían al ente (cómo no, si nadie se opondría, en ciertos casos, a su pena de muerte), sea en su vertiente positiva, en el incentivo al ente de que adopte los modelos idóneos de prevención de delitos, lo que se concretizaría en los así llamados *criminal compliance programs*.

Como ya lo sostuvimos, el estándar de la duda razonable, en su mejor lectura, propone, por las razones que ya dimos, una distribución de errores en la imputación penal que tiende sistemáticamente a favorecer la posición del acusado, en términos de que es sustancialmente más probable, independiente de la *ratio* propuesta, que se dicten falsas absoluciones en vez de falsas condenas. Pero eso que es racional si se considera desde el Derecho penal individual –aunque no necesariamente se comparta–, se torna complejo en materia de responsabilidad penal del ente. ¿Por qué, en materia de responsabilidad por el producto, por ejemplo, deberíamos pensar en la pena de las

⁴³⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, “*Corporate criminal liability*: algunas cuestiones sobre la responsabilidad penal corporativa en los EE.UU.”, en GARCÍA CAVERO (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, ARA, 2002, p. 314 y s; ID., *Fundamentos modernos*, cit., p. 265 y s.

⁴³⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos modernos*, cit., p. 384.

personas jurídicas y aceptar una postura asimétrica que privilegie de modo tan marcado a la empresa por sobre, por ejemplo, los intereses de las víctimas afectadas por un producto que les causó un daño a su salud? ¿Intereses que, por lo demás, pueden no ser solo de carácter resarcitorio –que por lo demás serían más sencillos con una sentencia condenatoria–, sino que se vinculan con la pretensión de la víctima –y de la sociedad– de sancionar a la empresa y, eventualmente, retirar el producto del mercado? ¿Por qué, en el caso de las personas jurídicas, el sistema va desproteger a futuras víctimas reconociéndole al ente garantías que –a veces con dificultad– nos reconocemos entre nosotros? ¿Será porque en el fondo siempre estamos pensando en las personas naturales que están detrás del ente? Y si fuera así ¿no sería más sensato que reconociéramos mayores estándares de convicción en la medida que estuviéramos más cerca del extremo de la heterorresponsabilidad del ente?

Lo anterior, se relaciona directa y estrechamente, aunque suele pasarse por alto, con la justificación del Derecho penal, porque ello es un componente sustancial en relación con la necesaria y satisfactoria explicación del castigo, en especial el penal. Y se sabe, en todo caso, que la explicación y justificación del castigo tampoco es una cuestión simple, pero es imprescindible porque, en mi opinión, está en ella –y el carácter del injusto público que la justifica– la principal diferencia entre el Derecho penal y otras ramas del derecho, u otros sistemas de respuesta no legales. Es la pena estatal, como consecuencia de un injusto público, lo que hace diferente el Derecho penal⁴⁴⁰. Por lo mismo, se trata de una postura cercana a la tesis que viene desde hace un tiempo proponiendo DUFF, para quien el componente esencial del Derecho penal tiene que ver con el carácter de «*public wrong*» del acto. Lo cierto es, en todo caso, que lo especial en ese hecho público se expresa en la consecuencia del Estado (de la comunidad) que es la sanción, la pena⁴⁴¹.

En la introducción advertía que el Derecho penal es sin duda el instrumento de control social más poderoso que tiene el ordenamiento jurídico, en especial en cuanto a la consecuencia en el sujeto, a saber, la pena: en especial –pero no únicamente– la pena

⁴⁴⁰ HUSAK, “Why Criminal Law: A Question of Content?”, en *Criminal Law and Philosophy*, vol. Nº 2 (2008), pp. 99-122, p. 100.

⁴⁴¹ Sobre esta posición de DUFF, véase *Answering for Crime*, cit., *passim*, capítulo 2; ID., “Civic Punishment”, en DZUR; LOADER; SPARKS, *Democratic Theory and Mass Incarceration*, Oxford University Press, 2016; pp 33 y ss; ID. “A Criminal Law we can call our own?” en *Northwestern University Law Review*, Vol. n° (2017), pp. 1491 y ss.

privativa de libertad. Ello no significa que la pena de cárcel deba ser la única pena a imponer, y de hecho uno no puede sino celebrar la reducción del uso de la cárcel, el aumento del castigo de multa, otras forma de penas sustitutivas e incluso de mecanismos de resolución alternativo de conflicto y terapéuticos. Todas esas son medidas que se deben destacar, promover y favorecer, en cuanto disminuyen el uso de la privación de libertad, que siempre es un mal. Pero la cuestión es qué sucede si el sujeto no desea cumplir con estos sustitutos de la pena, no quiere participar en ellos o simplemente no quiere cumplir con la obligación que se le demanda. Qué pasa si el sujeto no quiere cumplir con la pena sustitutiva, si no quiere someterse a un procedimiento de medicación, si incumple reiteradamente las obligaciones de su *drug treatment* en el contexto de un *drug court*. ¿Le daremos la mano y le diríamos que la próxima vez esperamos que lo haga mejor? ¿Le ejecutaremos civilmente la multa impaga? ¿Y si no tiene otros bienes? ¿Le perdonaremos el castigo? Desde luego podemos desencarcelar muchos delitos (lo que creo es irrealizable), y utilizar todos los mecanismos de simplificación y oportunidad procesal, pero cuando todo eso se acabe ahí tenemos el injusto penal y la consecuencia: ¿qué hacemos? ¿Qué hacemos frente a su incumplimiento? ¿O lo sancionamos en cuanto sujeto imputable y parte de nuestra comunidad, o bien simulamos que el sujeto tiene problemas respecto de su capacidad de motivación normativa, nos inclinamos por tratarlo como un sujeto peligroso y, en última instancia, lo ingresamos a un centro de custodia y tratamiento, ya no como una pena sino que como una medida de seguridad?

A lo anterior se debe agregar las otras consecuencias, presente, futuras o remotas de la pena (v.gr. el registro en antecedentes penales, la pérdida o suspensión de derechos políticos y, en fin, todo el complejo daño invisible de la pena) son todos elementos suficientes para asignarle un rol diferente a la pena que al resto de las consecuencias normativas.

Es cierto que la expresión castigo es vaga, en cuanto es difícil encontrar el vértice donde una acción de castigo deja de serlo; y es de textura abierta, porque uno se podría hacer varias preguntas sobre su aplicabilidad, que difícilmente podrían ser contestadas con su uso actual⁴⁴². Es importante, empero, considerar que lo que

⁴⁴² FLEW, "The Justification of Punishment", en *The Journal of the Royal Institute of Philosophy*, Vol. n° 29 (1954), pp. 291-307, p. 291, con ulteriores referencias.

diferencia en la realidad una posición utilitarista de la pena, en relación a una posición absoluta, no es –como enseñara HART en su tiempo– que la última «adopte una específica actitud moralista mientras que la utilitarista se confine a sí misma ‘a los hechos’»⁴⁴³. La posición utilitarista, que trata el bienestar de la sociedad como justificación del castigo, es también –desde alguna perspectiva– una «demanda moral tal cual como lo son las posiciones absolutas; lo que las diferencia es que la posición utilitarista fija una mirada, como la absoluta posición no lo hace, a una investigación fáctica sobre los efectos en la sociedad de la pena [de muerte] »⁴⁴⁴.

Me parece oportuno entrar a este debate sobre la finalidad de la «pena» de las personas jurídicas no desde el derecho continental, sino desde la mirada que se tiene en el derecho del *common law*, donde básicamente se distinguen dos posiciones, las retributivas (deontológicas) y consecuencialistas⁴⁴⁵. Sin embargo, como bien lo afirma ORTIZ DE URBINA, en el debate continental suele no utilizarse esta distinción y optarse por la diferencia entre teorías absolutas o retributivas y teorías relativas o de la prevención (general y especial). La razón de la utilización de las expresiones relativas o preventivas se debe, más que a una cuestión lingüística a un intento de separarse de las teorías consecuencialistas y, en especial, a una de sus corrientes, la utilitarista⁴⁴⁶. Y es quizás esta explicación –arrancar del utilitarismo– que esconde una cuestión que en el estudio de la finalidad de las penas en el derecho continental pasa casi desapercibido, a diferencia de lo que sucede en el *common law*, a saber, la relación culpable/inocente. No quiero decir con ello que la literatura anglosajona se focalice en la cuestión del error judicial –involuntario– y la condena injusta de un inocente, pues el debate se sigue centrando –mayoritariamente– en la cuestión de la decisión deliberada de hacerlo (condenar a un inocente), pero no es menos cierto que desde que la cuestión del inocentismo se ha ido visibilizando, se ha profundizado en la literatura anglosajona el estudio del condenado inocente, como una cuestión que el sistema no puede simplemente omitir. Aspecto que, por lo demás, se discute profundamente tratándose

⁴⁴³ HART, *Murder and the Principles of Punishment*, cit., p. 447 y s., con especial referencia, eso sí, a la pena de muerte. No nos olvidemos, en todo caso, que HART, en su oportunidad, si bien argumentó en contra del castigo de un inocente, lo aceptó como una posible categoría. Vid. *Prolegomenon to the Principles of Punishment*, en Hart, *Punishment and Responsibility*, cit., pp. 11 y ss.

⁴⁴⁴ HART, *Punishment and Responsibility*, cit., p. 73.

⁴⁴⁵ NEUMANN, *The ‘Deserved’ Punishment*, cit., pp. 67 y ss, ZAIBERT, *Punishment and Retribution*, Ashgate, 2006, pp. 153 y ss.

⁴⁴⁶ ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Política criminal contra la corrupción*, cit., pp. 390 y s; MAÑALICH, “Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva”, en *InDret*, 2015, p. 5.

precisamente de las teorías utilitaristas. Quizás la explicación radica, también, en el carácter más práctico y contingente del debate teórico inglés, que se diferencia del más abstracto del *civil law*, que pareciera respecto de este punto considerar que la cuestión del condenado inocente es básicamente una contingencia y que no tiene que ver con la imputación, la que se puede predicar como correcta siempre que la sentencia individualice al sujeto como culpable. La finalidad de la pena, en el derecho continental, partiría mayoritariamente de presupuesto muy cuestionable, a saber, que el sistema siempre condena al verdadero culpable, y que cuando ello no es así, eso es un problema no del Derecho penal, sino del Derecho procesal, del así llamado error judicial ⁴⁴⁷.

Otra explicación a ello se puede encontrar, también, en que la literatura anglosajona, como lo advertimos al inicio, tiene una aproximación más holística de la cuestión penal (en general desde el *criminal justice system*) y no tan seccionada en áreas del saber como ocurre en el Derecho penal continental, lo que, sumado a la poca preocupación *práctica* del estudio de la presunción de inocencia –versus el fuerte debate probabilístico de los inocentes en el mundo anglosajón– favorecen esta aproximación algo aséptica e idealista de la pena.

Porque la cuestión de condenar a un inocente es algo que, creo, debe resultar primordial a toda aproximación global a la finalidad de la pena. Ello, porque si uno se aproxima desde una perspectiva retributiva o preventiva, debe asumir que es totalmente injusto castigar (encerrar) a una persona que es *fácticamente* inocentes. Que, pese a ello, el castigo se impone a través de procedimientos penales operados por personas, luego es falible, y, por lo mismo, ocurrirá que el sistema condenará a un inocente. Desde luego para un retribucionista hacerse cargo de esto es más difícil, porque si el merecimiento (la culpabilidad) es el presupuesto *sine qua non* de la sanción penal, luego la incertidumbre de contar con un sistema que acepte la condena de un inocente debería llevar a un retribucionista a cuestionar, en términos prácticos, el uso de la pena. Quizás

⁴⁴⁷ Ejemplificado en esto es que la descomunal obra de FEIJÓO SÁNCHEZ, sobre la Retribución y Prevención General, dedique únicamente una nota –y un comentario al pasar– al tema del inocente con una categórico: «No encontrará el lector en esta monografía referencias argumentativas, ni siquiera en sentido crítico, al mal impuesto a un *inocente* y a sus posibilidades preventivas. De acuerdo con lo dicho aquí, el mal impuesto intencionadamente a alguien que no es responsable de la comisión de un hecho delictivo (dejo aquí de lado el tema de los errores judiciales, que siempre han existido y siempre existirán) no es conceptualmente una pena. Es otra cosa; por ejemplo, un delito o una victimización arbitraria. Todas las teorías de la pena serán analizadas como teorías que presuponen la imposición de la pena a un culpable ya que, si no se asume este punto de partida conceptual, carecen, en mi opinión, de interés». Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Retribución y Prevención general*, cit, p. 49.

no en términos de prohibir su uso –del hipotético error fáctico no se deriva *per se* su no reconocimiento normativo– pero si a tener una posición decidida y no neutral sobre el estándar de prueba, en términos de reclamar un baremo que permita asegurar que la pena se imponga a quien se la merece, en términos que los errores en su aplicación pueda realmente considerarse un supuesto excepcional, un símil al doble efecto⁴⁴⁸.

3.2. La retribución y la pena a las personas jurídicas.

Analizar, en términos generales, la retribución es un desafío importante, pues son seguramente más de una decena las distintas variantes de la teoría de la retribución⁴⁴⁹, aunque hay un consenso superpuesto en todas ellas, a saber, la prohibición de castigar – como mínimo intencionalmente– a un inocente y, diría yo, la gran mayoría entiende que para castigar a alguien éste debe merecerlo (ser culpable).

Las clasificaciones más usuales, en todo caso, son el retribucionismo negativo, o débil, solamente requiere que el infractor de la norma no sea sancionado más allá de lo que se merece⁴⁵⁰, pero como suele no dar buenas razones para castigar, no parece ser una buena justificación del castigo⁴⁵¹; y, el retribucionismo positivo o fuerte, que considera que el culpable debe ser castigado hasta el máximo de su justo merecimiento. El retribucionismo obligatorio, de raíz hegeliana y kantiana, en que la culpabilidad moral del autor tiene como contrapartida que la sociedad debe castigarlo. El retribucionismo, sería, entonces, una teoría de la justicia tal que, si es cierto, la sociedad tiene la obligación de establecer instituciones para lograr la retribución⁴⁵². El retribucionismo permisivo, en que no es una obligación el castigo, sino que solo opera como una justificación⁴⁵³.

⁴⁴⁸ Cfr. DOLINKO, “Three Mistakes of Retributivism”, en *UCLA Law Review*, Vol. n° 39 (1992), pp. 1633 y ss.

⁴⁴⁹ Al respect *vid.* COTTINGHAM in “Varieties of Retribution”, *Philosophical Quarterly*, (1979), pp. 238–246; HONDERICH, *The Supposed Justifications Revisited*, London, 2006, *passim*.

⁴⁵⁰ HART, *Punishment and Responsibility*, cit., p. 233.

⁴⁵¹ DUFF, “Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment”, en *Crime and Justice*, Vol. n° 20 (1996), p. 7

⁴⁵² MOORE, “The moral worth of retribution”, en SHOEMAN (ed.), *Responsibility, Character, and the Emotions. New Essays in Moral Psychology*, Cambridge, 1987, p. 182, para quien: «For a retributivist, the moral culpability of an offender also gives society the duty to punish. Retributivism, in other words, is truly a theory of justice such that, if it is true, we have an obligation to set up institutions so that retribution is achieved».

⁴⁵³ MCCLOSKEY, *A non-utilitarian approach to punishment*, cit., p. 249.

Las teorías retributivas, en relación a los fines de las penas de las personas jurídicas, tienen una mayor incidencia en el discurso político y social, más que académico⁴⁵⁴. En la retórica política y pública no son inusuales las posiciones que sostienen que las empresas se merecen el castigo y que deben pagar por lo que han hecho, a los discursos como el «se lo merece», «es el castigo justo» o «tiene que pagar por el daño que ha hecho». Pero, fuera de ello, en el ámbito académico son pocos los autores que han sostenido una justificación de pena del ente en razones retributivas, quizás porque, como dice SILVA SÁNCHEZ, a pesar del discurso relativo al *Corporate Social Responsibility* o al *Good Corporate Citizen*, la cualidad de las personas jurídicas como agentes morales resulta más que dudosa⁴⁵⁵, al punto que se ha dicho que su utilización ha sido virtualmente eliminada como un objetivo de la responsabilidad del ente.

Ello, empero, con algunas notables excepciones, que desde la filosofía más que desde el derecho, se han esforzado en dotar al ente de una cualidad de agente moral, a fin de poder retribuirle el reproche merecido, o bien que insisten en un sistema de responsabilidad penal orientado en la heterorresponsabilidad, como el *respondeat superior* u otra similar⁴⁵⁶, o sencillamente no ofrecen justificación alguna, sino solo la necesidad de *culpar* a la empresa⁴⁵⁷. Ahora, la verdad es que si uno considera como modelo de responsabilidad –incluso penal– el criterio de atribución vicarial o *respondeat superior* podrá asumir una justificación retributiva de la pena, en cuanto accesoria de su grupo apical –el cerebro de la empresa– en términos que el reproche y el merecimiento va principalmente dirigido a ellos, y por lo mismo el estándar de prueba que se debería aplicar es el de la duda razonable.

Unos pocos, como lo veremos, abrazan una forma retributiva de la teoría expresiva de la pena (también conocida como *teoría de la denuncia*), según la cual el Derecho penal es una herramienta para expresar la condena moral pública. En este

⁴⁵⁴ BAER, “Too vast to succeed”, en *Michigan Law Review*, Vol. N° 114 (2016), p. 1120; DIAMANTIS, *Clockwork Corporations*, cit., p. 516;

⁴⁵⁵ SILVA SÁNCHEZ, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho Español”, en ID. (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ (Coord.), *Criminalidad de empresa y compliance prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, 2013, p. 33.

⁴⁵⁶ Cfr. SEPINWALL, “Guilty by Proxy: Expanding the Boundaries of Responsibility in the Face of Corporate Crime”, en *Hastings Law Journal*, Vol. n° 63, pp. 411 y ss.

⁴⁵⁷ WAGNER, “Mortal Democracy: When Corporations Bribe”, en *New York University Journal of Law & Business*, Vol. n° 13 (2016), p. 205.

sentido, respecto del retribucionismo conviene tomar en cuenta el concepto retributivo de la pena, como lo propone MOORE, para quien el Derecho penal existe para castigar *con una pena* a las personas porque se lo merecen, en proporción a su merecimiento, y no porque genere otras consecuencias⁴⁵⁸. La criminalización, entonces, se representa mejor como un reproche social, que como un medio para obtener otras consecuencias sociales (preventivas) o de mejoramiento de la posición de la víctima (compensatorias). El Derecho del estado a castigar se justifica como contrapartida a la idea que los sujetos de una sociedad han renunciado a una libertad plena (incluso de dañar a otros) a cambio de una protección del Estado. O, siguiendo a FEINBERG, la pena se debería considerar como un fin en sí mismo, o sea, que el culpable debería sufrir un dolor. El castigo, entonces, se justifica únicamente sobre la base que el obrar injusto merece un castigo, y que es moralmente adecuado que una persona que comete un delito deba sufrir en proporción a su actuar injusto.⁴⁵⁹

Otra corriente, menos moralista, considera que la pena se debe a la infracción de la ley, no (necesariamente) por una conducta incorrecta⁴⁶⁰. Así, la pena sería el corolario no de la ley sino que de la infracción a esa ley. Luego, el legislador no elige castigar y confía en que la pena no será necesaria. Es el infractor de la norma el que realiza la elección esencial, siendo entonces él que *se la trae –la pena– a si mismo*⁴⁶¹.

Ambas, posiciones consideran la pena como la respuesta adecuada al actuar moralmente culpable o reprochable del sujeto. Las teorías de la pena retributiva en general se orientan fuertemente, sea a la propia acción sea al pasado del hecho: la sociedad debería castigar a quienes han infringido las leyes, por lo mismo, requieren alguna forma de injusto culpable, o un elemento subjetivo fuerte, como requisito de la imposición de una pena porque la culpabilidad requiere un conocimiento del sujeto de su acción en el pasado.

⁴⁵⁸ MOORE, “Victims and Retribution: A reply to Professor Fletcher”, en *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3 (1999), pp. 66. En todo caso, la posición de MOORE debe considerarse como un retribucionismo moralmente neutro, porque para él la condena de un culpable es, desde el punto de vista de las obligaciones del Estado, igual de relevante como no condenar a un inocente, lo que le permite sostener que un estándar con el de la PdE es compatible con el retribucionismo. Se trata, hasta donde alcanzo a ver, del único retribucionista que postula eso y, considerando la crítica del retribucionismo al consecuencialismo, por la condena de un inocente, es una postura que cuesta adherir.

⁴⁵⁹ FEINBERG, “The Classic Debate”, en FEINBERG; COLEMAN, *Philosophy of Law*, 7º ed., Belmont: Thomson Learning, 2004, p. 800.

⁴⁶⁰ *Ibidem*.

⁴⁶¹ MABBOTT, “Punishment”, en *Mind*, LXVIII (1939), pp. 169 y s.

Es posible apartarse de la mirada de merecimiento desde una perspectiva moral y, en cambio, aproximarse a una tesis de *retribución negativa*, conforme a la cual el sistema –si quiere ser fiel a su idea que la pena es la más grave de todas las medidas y que sólo debe ser impuesta a quien se lo merece– debe hacer todo lo posible para impedir que se condene a un inocente, y no necesariamente condenar al culpable. Ello supone, además de todas las garantías sustantivas y adjetivas, una exigencia *epistémica asociada a la subsunción de los hechos*, para legitimar la pena, que no encuentra parangón con las otras sanciones de nuestro ordenamiento jurídico. La retribución es un reproche coactivo autorizado en contra de los intereses de un sujeto, justificado en cuanto a que él –y está probado que fue él– incumplió una norma de conducta establecida reforzada penalmente. La retribución, en cuanto reproche por un injusto culpable, legitima también el mensaje estatal de que tal conducta está prohibida.

Con todo, la aserción o el *locus communis* que característica a los retribucionistas es que el castigo estaría justificado si y solo si se aplica a quien se lo merecen. El merecimiento sería entonces «una condición suficiente de un castigo justo, no sólo una condición necesaria»⁴⁶². En palabras de MOORE lo anterior implica que el Estado tiene la obligación de castigar y los ciudadanos de aceptar el castigo⁴⁶³. Es fácil apreciar cómo para esta concepción retributiva lo relevante es el concepto de *merecimiento*, la mirada que «el castigo de una cierta intensidad está justificado porque los infractores penales que merecen ser sancionados en un grado similar al de su actuar injusto»⁴⁶⁴.

Junto a la idea que la retribución tiene un componente innegable de merecimiento, parte de la doctrina considera que corresponde sumar a la retribución sumársele al menos dos elementos adicionales, a saber: a) la idea de proporcionalidad, entendida como medida por la cual se «se corrige el grado de una ventaja injusta que el infractor penal ha tomado»⁴⁶⁵; y b) la idea propia de la teorías de la censura, o sea

⁴⁶² MOORE, “Justifying Retributivism”, en *Israel Law Review*, vol. n° 27 (1993), pp. 15 – 49, p. 16.

⁴⁶³ *Ibidem*.

⁴⁶⁴ METZ, “How to reconcile Liberal Politics with Retributive Punishment”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. n° 27 (2007), pp. 683-705, p. 687.

⁴⁶⁵ *Ibidem*.

aquellas que sostienen que el castigo debe además exhibir expresivamente un reproche, que sea a su vez proporcional al hecho⁴⁶⁶.

Por todo lo ya dicho, en realidad, la doctrina comparada no adhiere a la justificación del castigo de las personas jurídicas sobre la base del retribucionismo, porque oscurece el contenido moral de la responsabilidad penal. La idea de imponer el castigo sobre la base de la culpa moral (culpabilidad) del autor, con el fin de responder al acto injusto del sujeto, se desvanece en la responsabilidad del ente⁴⁶⁷. Pero además, la idea de merecimiento, ya no desde el ámbito moral, sino que también práctico, asociado a un estándar alto como el *bard* tampoco parece ajustarse ni a la realidad de la forma en que se imputa la responsabilidad penal del ente, ni tampoco a la exigencia de comprobación de algún *hecho* de la persona jurídica.

3.3. Teoría expresiva de la pena

La teoría expresiva de la pena ofrece una supuesta alternativa dentro de la finalidad retributiva de la responsabilidad penal de las empresas. Una alternativa a la versión más clásica, aquella que suele asociarse a la teoría retributiva kantiana que, sin duda, tiene una relación más estrecha con la concepción moral y metafísica del hombre. La teoría expresiva no se limita al castigo sino que sería una característica en general del derecho, pero cuyos valores, al parecer, se expresan más claramente en el Derecho penal. El Derecho penal sería algo así como la *prima arena* de la función expresiva del derecho⁴⁶⁸.

Veamos ahora qué implica la teoría expresiva de la pena⁴⁶⁹. La característica específica del castigo, sostiene FEINBERG, es una cierta función expresiva: el castigo es una herramienta convencional que permite la expresión de actitudes de resentimiento e indignación, y de un juicio de desaprobación y reproche, sea por parte de la autoridad

⁴⁶⁶ Ibidem.

⁴⁶⁷ ROBINSON, "The Practice of Restorative Justice: The Virtues of Restorative Process, the Vices of 'Restorative Justice'", en *Utah Law Review*, 2003, pp. 375 y ss. Al respecto, también puede verse el excelente artículo en el New York Times de Skeel y Stuntz, "Another Attempt to Legislate Corporate Honesty", el 10 de Julio de 2002, analizando el caso WorldCom y Enron.

⁴⁶⁸ SUNSTEIN, "On the Expressive Function of Law", en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. n° 144, p. 2044.

⁴⁶⁹ SUNSTEIN, *On the expressive function of law*, cit. pp. 2021 y ss.; ANDERSON; PILDES, "Expressive Theories of Law: A General Restatement", en *University of Pennsylvania law review*, vol. n° 148 (2000), pp. 1503 y ss; ROBINSON, "The Criminal-Civil Distinction and the Utility of Desert", en *Boston University Law Review*, vol. n° 76 (1996), pp. 201 y ss.

misma sea por parte de aquellos *en cuyo nombre* el castigo es infringido. Considera, además, la justificación del castigo en términos de ciertas consecuencias sociales deseables que la expresión de condena y la indignación deberían tener⁴⁷⁰. HART, por su parte, consideraba, al respecto, que «en su forma más interesante la moderna teoría retributiva ha cambiado el énfasis, de la pretendida justicia o bondad intrínseca de la devolución del sufrimiento por el mal moral ejecutado, al valor de la expresión autoritativa, en forma de castigo, de condena moral por la *maldad* (daño) involucrada en la ofensa»⁴⁷¹. El castigo tendría una *significación simbólica* que está en gran medida ausente en los otros tipos de penas⁴⁷². Así, el castigo que se impone al culpable no sólo sirve para fines retributivos o preventivos, sino que también opera como una herramienta expresiva mediante su capacidad como un instrumento para comunicar actitudes de resentimiento e indignación en contra de la persona condenada y de reprocharle su injusto.

Entonces, en términos sencillos, la teoría expresiva de la pena llevada a las personas jurídicas podría presentar así: las normas sociales hacen posible conductas racionales al definir cómo las personas (jurídicas) deberían comportarse, para respetar particulares bienes —como el bienestar de las personas, su propio honor o la dignidad—, que la comunidad valora⁴⁷³. Las acciones que se conforman con estas normas, o que las infringen, expresan la actitud de los actores (entes morales) acerca de estos bienes⁴⁷⁴. La responsabilidad penal de las empresas permite comunicar —reafirmar— a la comunidad su postura sobre el equilibrio de los valores que la conducta injusta de la empresa exhibió⁴⁷⁵.

La responsabilidad criminal entonces, buscaría contrarrestar *la apariencia de la superioridad del autor y, por lo mismo, afirmaría el real valor de la víctima o de la comunidad*. El objetivo expresivo es *establecer la bondad*, a través de reforzar la

⁴⁷⁰ FEINBERG, *The Expressive Function of Punishment*, cit. p. 762.

⁴⁷¹ HART, *Punishment and Responsibility*, cit., p. 235.

⁴⁷² FEINBERG, *The Expressive Function of Punishment*, p. 764.

⁴⁷³ GILCHRIST, *Condemnation without Basis*, cit. p. 1127.

⁴⁷⁴ FRIEDMAN, *In defense of Corporate Criminal Liability*, cit., p. 843. En el mismo sentido, DE MAGLIE, “Country report: Italy”, en GOBERT; PASCAL (Ed.), *European Developments in Corporate Criminal Liability*, Abingdon, 2011, p. 259.

⁴⁷⁵ DIAMANTIS, *Clockwork Corporations*, cit. p. 517.

comprensión entre los miembros de la comunidad que las personas y los bienes deberían ser valorados de cierta manera⁴⁷⁶.

Quienes apoyan la función expresiva del castigo –como FRIEDMAN– consideran que la pena refuerza e, incluso, crea actitudes de *condena moral* hacia el condenado dentro de la comunidad. Todavía más, la sanción penal tendría la capacidad de incidir sobre la autopercepción del sujeto y la percepción que los otros tienen respecto del condenado, que incluso llegaría al extremo de permitirles considerar como propio el reproche realizado –por otros– contra un integrante de la comunidad⁴⁷⁷.

Sin embargo, se advierte –y esto es importante para lo que diremos sobre *bard*– estas particularidades de la pena –su función expresiva y el mensaje a la comunidad– son tan relevantes y trascendentes para el individuo –para su status humano–, para su autonomía y dignidad, que el sistema debería ser especialmente cuidadoso en evitar infligir una pena erróneamente⁴⁷⁸. Así, la función de reproche del Derecho penal, en parte por sus propios riesgos, es lo que hace al Derecho penal una cuestión algo tan valiosa, porque le permite al Estado generar –con la certeza que lo hace respecto de quien *lo merece*– sentimientos de indignación penal en contra del culpable por la acción cometida.

Ahora bien, en este contexto expresivo la diferencia entre una sanción penal de una civil sería el *juicio de condena* de la comunidad –expresivo de un *demérito*– que acompaña y justifica la imposición de esa sanción. El punto, relacionado con las personas jurídicas, es que si las sanciones que surgen de las regulaciones propias del derecho administrativo sancionador, o que en todo caso se pueden imponer en un proceso creado al efecto para las personas jurídicas, son más eficaces y disuasivas, pero además aplicadas en un contexto de menor costo, el único argumento para la adopción de la responsabilidad penal del ente es la consideración a la *función expresiva de la sanción*⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ FRIEDMAN, *In defense of Corporate Criminal Liability*, cit. p. 843.

⁴⁷⁷ STEIKER, *Punishment and Procedure: Punishment Theory and the Criminal-Civil Procedural Divide*, en *The Georgetown Law Journal*, vol. n° 85, pp. 775-820, p. 807.

⁴⁷⁸ *Ibidem*.

⁴⁷⁹ GILCHRIST, “The Expressive Cost of Corporate Immunity”, en *Hastings Law Journal*, Vol. n° 64 (2012), pp. 42 y ss.

Y FRIEDMAN es consciente de que ese es el pequeño margen que va quedando para justificar la pena de un ente. Por eso explica que un ente, entonces, podría eventualmente ser asimilado a un individuo, para el propósito de la justificación de la pena, mediante una fundamentación expresiva, si se considera portador de una identidad discreta en una potencial comunidad expresiva⁴⁸⁰, esto es sí –contra KHANNA⁴⁸¹–, una empresa objetivamente puede ser vista como portadora de una identidad aparte de las de sus dueños, directivos y trabajadores, a quienes sus conductas expresivas pueden ser adscritas⁴⁸², o, en palabras de KAHAN, como el medio adecuado para que la sociedad rechace las erradas valoraciones que sus crímenes pretenden expresar⁴⁸³.

Así entendido, las personas jurídicas no son inmunes al retribucionismo expresivo, porque poseen una identidad –aunque *discreta*– dentro de la comunidad a la cual sus conductas expresivas se pueden adscribir. Las empresas, entonces, pueden sufrir condenas morales por sus actos a través de las condenas penales y el castigo, y de este modo se *vindicaría* la valoración adecuada de las personas y bienes cuyos verdaderos valores fueron menospreciados por la conducta de la empresa –igual que en el caso de los autores individuales.

En el caso de los entes morales, diría un expresivista, la pena enviaría un mensaje de que las personas importan más que las ganancias corporativas. Lo anterior, desde luego, sería así si la sentencia fuese condenatoria, o al menos el juicio de adjudicación se diera en un contexto donde las personas –la víctima y la comunidad– se ubicaran, al menos, en una posición de igualdad respecto de la corporación. Pero ya lo hemos dicho, el sistema de responsabilidad penal supone un grado *veritativo* relevante, donde hay garantías –pensadas para los humanos, pero aplicadas a las empresas– que importan una verdadera limitación a la imposición del castigo del ente, luego hay que ser claros, en un juicio penal las víctimas y la comunidad importan menos que la empresa. Una entidad sin atributos morales –sin dignidad y sin autonomía– entra a una arena donde se pone en una posición de ventaja respecto de las víctimas y la comunidad.

⁴⁸⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Corporate Criminal Liability*, cit., p. 291.

⁴⁸¹ KHANNA, *Corporate Criminal Liability*, cit., p. 1486.

⁴⁸² FRIEDMAN, *In defense of Corporate Criminal Liability*, cit., p. 846.

⁴⁸³ KAHAN, “What do Alternative Sanctions Mean?”, en *The University of Chicago Law Review*, Vol. n° 63 (1996), p. 593.

La distribución del riesgo de una condena errónea juega a su favor, no al de las víctimas. Luego, si se quiere ser coherente, uno debería estar dispuesto a decirles a esas víctimas que ese mensaje comunicativo tiene un compromiso más fuerte con la empresa que con ellas. Luego, las ganancias sí son más importantes que las personas.

Con todo, parte de la doctrina adhiera a otra forma de expresión de la pena, asociada ahora al estigma. Dejemos de lado entonces esa versión de la expresividad y veamos ahora el del estigma.

Como se sabe, un sector de la doctrina anglosajona considera que la pena engloba dos aspectos, por una parte un tratamiento duro *–hard treatment–* (una privación o dolor) y una censura (o un estigma)⁴⁸⁴. Ambos aspectos, el tratamiento severo y la censura pueden analizarse desde una perspectiva retributiva y preventiva (en especial en la vertiente consecuencialista). O sea, mientras uno puede imaginar la censura como parte del merecimiento de la pena, también se puede advertir la posibilidad que sirva para disuadir conductas peligrosas o lesivas.

En cuanto al tratamiento duro, o mejor dicho, la inflicción de dolor, se entiende comúnmente como la privación de un derecho (vida, libertad, propiedad, etc.). La censura, por su parte, refleja la expresión de resentimiento, odio o temor de la sociedad hacia el condenado⁴⁸⁵. Tanto el tratamiento duro como la censura, que subyace a toda reprobación, son necesarios para que algo sea castigo. De hecho, así como el tratamiento duro o la censura sin condena no es castigo, así también la condena sin tratamiento duro o censura tampoco es castigo⁴⁸⁶. En términos comunicativos, la cuestión específica es determinar, si la ejecución de la pena requiere la inflicción adicional de dolor al penado (*hard treatment*), como lo vienen sosteniendo algunos autores contemporáneos.

Por otro lado, como lo señala NEUMANN, el tratamiento duro (dolor) combina consideraciones deontológicas y consecuencialistas. Por un lado, la gravedad de la pena expresa el grado de desaprobación del injusto; en esa medida, el tratamiento duro (dolor) es un elemento integral de la pena. Por la otra, la inflicción de dolor (así como

⁴⁸⁴ HUSAK, *Why Criminal Law*, cit. p. 103.

⁴⁸⁵ HART, “The Aims of the Criminal Law”, en *Law and Contemporary Problems*, Vol. n° 23 (1958), p. 4.

⁴⁸⁶ FEINBERG, *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton, 1970, p. 101.

su sola amenaza) tiene una función preventiva, ya que desalienta a los posibles autores de cometer un acto reprochado penalmente⁴⁸⁷.

En este sentido, en cuanto a la inflicción de un tratamiento duro (dolor) a la empresa, fuera de si esto es posible o no, lo cierto es que no existe ninguna pena, sea en términos cualitativo como cuantitativo, que respecto de las personas jurídicas se pueda imponer en materia penal y que, en cambio, esté vedada en el ámbito administrativo. De hecho, el primer argumento de un *pro societas punire* cuando se le imputa lo grave de ciertas sanciones a las empresas, v.gr. clausura, revocación de autorizaciones o licencias y multas enormes, es que las mismas penas pueden ser impuestas como sanciones administrativas, en un contexto donde la empresa no goce de mayores derechos, como un estándar *bard*, que no son exigibles en un proceso administrativo sancionador⁴⁸⁸.

Respecto de la censura, HUSAK sostiene –apoyándose en las tesis de la dimensión expresiva de la pena– que la pena debe ser además designada para reprochar y censurar⁴⁸⁹. La dimensión expresiva del castigo respondería a la inquietud filosófica sobre el significado, más allá de la justificación, de lo que hace del castigo una práctica social distinta. El castigo además de imponer un tratamiento severo, un dolor al sujeto, también *diría o comunicaría* algo, es una forma de *lenguaje*⁴⁹⁰. El Derecho penal no es solo un método de control social, sino que también es un medio a través del cual se expresan los valores sociales, y se ayuda a construir sentidos sociales. Si se analiza con detención, se advertirá que el Derecho penal descansa sobre el principio que es moralmente correcto reprochar a los condenados, y esto confirma y justifica ese sentimiento al infligir sobre los condenados un castigo que así lo exprese, lo que explica la censura.

Sin embargo, también hay que considerar –y esto es importante para lo que se dirá de *bard*– que el hecho que esas consecuencias jurídico–penales se hayan asociado, tradicionalmente, a los hechos con un significado ético–social más grave y se impongan

⁴⁸⁷ NEUMANN, *The 'Deserved' Punishment*, cit. p. 80.

⁴⁸⁸ HARLOW, *Corporate Criminal Liability for Homicide*, cit. p. 143

⁴⁸⁹ HUSAK, *Why Criminal Law*, cit., p. 104.

⁴⁹⁰ FEINGBER, *The Expressive Function*, cit. p. 95. Con todo, la literature –v.gr. HUSAK– no suele no distinguir entre la censura y el estigma, hay parte de la doctrina que argumenta en favor de separar ambos conceptos, en cuanto a que si bien la censura es propia del castigo, la estigmatización, el etiquetamiento, el escarnio público, no lo son. HADJIMATHEOU, “Criminal Labelling, Publicity, and Punishment”, en *Law and Philosophy*, Vol. n° 35 (2016), pp. 567 y ss.; NATHAN, “Principles of Policing and Principles of Punishment”, en *Legal Theory*, Vol. n° 22 (2016), pp. 181 y ss.

por un órgano independiente, y en un proceso *rodeado de las máximas garantías*, permite o facilita la atribución a dichas consecuencias de una fuerza expresiva de la que carecen las sanciones extrapenales.

Lo que a veces se olvida, cuando se habla sobre la estigmatización que, como lo observa HUSAK no se trata solo que –casualmente o en razón de– la aplicación de la pena se consiga generar un dolor o estigmatizar al condenado. Como él dice «el mismo *propósito* de un castigo penal estatal es el de infligir un sufrimiento estigmatizante en el condenado»⁴⁹¹.

Las críticas a la idea de la censura y el estigma no se han hecho esperar. Se dice que las penas infamantes o estigmatizante son en el fondo penas que afectan la dignidad del hombre, que por lo mismo ningún Estado las debería aplicar a un ciudadano. Un Estado castigaría decentemente, respetando la dignidad de sus ciudadanos, si lo hace sin humillar. Según WHITMAN las penas infamantes corren el riesgo de caer frente a la tentación de una mirada pública hacia una dirección nueva y moralista, que tiende a transformar al público en una turba, o en una especie de pequeños carceleros privados⁴⁹².

Como toda moneda tiene dos caras, esto favorece a quien apoya la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Respecto de ellas, se dirá, no son oponibles estas barreras deontológicas, por cuanto no son portadoras de atributos como la dignidad, luego no habría inconvenientes en que el Estado las aplique rigurosamente. Veamos qué se puede decir al respecto.

En el caso de las personas jurídicas, se ha dicho, el proceso penal tiene una teatralidad única que tiene la capacidad de transmitir la censura pública mucho más eficazmente que el proceso en el Derecho civil⁴⁹³. De hecho, se suele decir, las empresas acusadas de delitos que son juzgadas, procesadas o incluso simplemente investigados por conductas asociadas a la persecución penal enfrentan *consecuencias colaterales*, incluyendo pérdidas comerciales, reacciones adversas del mercado y un estigma social.

⁴⁹¹ HUSAK, *Why Criminal Law*, cit. p. 104.

⁴⁹² WHITMAN, “What is Wrong with Inflicting Shame Sanctions?” en *The Yale Law Journal*, Vol. n° 107 (1998), p. 1089.

⁴⁹³ COFFEE, “No soul to Damm: No Body to Kick»: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment”, en *Michigan Law Review*, Vol. n° 79 (1981), p. 424 y s.

Además, el estigma se suele citar como el ejemplo de una sanción que logra un cierto empate con la pena privativa de libertad. El efecto estigmatizante axiológicamente acercaría más la situación de las empresas a la pena privativa de libertad: se trataría, igual que esta última, de una pena incommensurable.

Es por ello que la sanción penal tendría también un mayor potencial para dañar la reputación corporativa, que es seguramente la sanción más poderosa que se puede imponer a una empresa⁴⁹⁴. Como ha sostenido DE MAGLIE el mensaje de fuerte censura y solemne condena moral inherente al Derecho penal no puede encontrarse en ningún otro instrumento de control social por parte del sistema jurídico. Incluso las sanciones pecuniarias, despojadas de sus connotaciones delictivas y aplicadas con el mismo valor financiero que una sanción no penal, podrían ser consideradas, tanto por la persona jurídica que sufre la sanción como por la colectividad, como el precio a pagar para maniobrar fácil y sin escrúpulos en el mundo de los negocios⁴⁹⁵.

En el caso de los entes morales, se suele decir, la sanción reputacional se concretiza de un modo particular, a saber, por la pérdida del flujo de activos (dinero) por términos de contratos o no captación de nuevos clientes, pérdida de credibilidad en el mercado, pérdida de confianza con la calidad o transparencia de la empresa, o, incluso, en la pérdida de sus mejores trabajadores y dificultad para captar buenos elementos.

Pues bien, hay que poner atención respecto de la *censura*, porque suele ser encantadora, como el canto de las sirenas en la historia de Ulises. Primero: la *censura* es una condena de la comunidad al sujeto, al punto que expresa sentimientos de resentimiento, odio o temor de la sociedad hacia el condenado, entonces, el estigma se confunde con el delito, mas no con la pena, pues el estigma solo se produciría ante «una conducta que, *si debidamente demostrado que ocurrió*, generará un solemne y formal pronunciamiento de la condena moral de la comunidad...»⁴⁹⁶. Luego, no es la pena la que genera la censura sino que el delito –y el contenido comunitario que porta– como injusto público. Segundo, volvemos a la misma trampa veritativa, el estigma (en

⁴⁹⁴ AIOLFI; PIETH, “International aspects of corporate liability and corruption”, in Tully (ed.), *Research Handbook on Corporate Legal Responsibility*, Edward Elgar, 2005, p. 403.

⁴⁹⁵ DE MAGLIE, “Country report: Italy”, GOBERT; PASCAL (Eds.), *European Developments in Corporate Criminal Liability*, Abingdon, 2011, p. 259 y s.

⁴⁹⁶ HART, *The Aims of the Criminal Law*, cit. p. 6.

especial uno fuerte) solo tiene sentido si va acompañado de un grado importante de merecimiento, y el merecimiento supone una exigencia *veritativa*, y la exigencia *veritativa* supone un estándar como el *bard*. Porque claro, si cada vez son más los inocentes que son condenados y sufren ese estigma, el estigma o bien se banaliza, o bien pierde su capacidad disuasiva, en todo caso debilitando el reconocimiento de la comunidad respecto del injusto público.

Las sanciones administrativas se caracterizan porque tienen la cualidad de expresar un estigma respecto del sancionado inferior que la sanción penal. La diferencia de estigmatización entre la pena y la sanción administrativa estaría dada por la diferencia de confiabilidad (*rectius*: de soporte epistémico) exigido en uno como en otro caso. El estudio empírico que GALBIATI y GAROUPA presentan demuestra que «el mayor estigma asociado a las condenas penales se justifica sobre la base que la condena criminal expresa una información más creíble acerca de la culpabilidad que una sentencia administrativa»⁴⁹⁷. El argumento que ellos sostienen es, en puridad sencillo e intuitivo, y se describe así: la duda razonable es un estándar que exige una carga epistémica muy alta para condenar, que por lo mismo permite que personas culpables sean absueltas. La contracara de eso es que los menos que son condenados son, con cierta certeza, aquellos que seguramente infringieron efectivamente la norma. Luego, y de ser eso cierto, entonces no solo es más razonable sino que además es más propio de la idea de culpabilidad/reproche/estigma que en esos casos la función estigmatizante de la pena sea más seria que en un sistema, como el administrativo, que por su orientación preventiva el compromiso relacional de esos conceptos es más feble y, por lo mismo, menos confiable.

Si se comparte este análisis se pueden extraer al menos dos consecuencias: por una parte es relevante que la sanción penal tenga un fuerza estigmatizante superior a la de otras ramas del derecho, ergo su nivel de exigencia epistémica para dar por probado el hecho tiene que ser también más alto; pero luego eso implica más empresas culpables libres y por lo mismo menos protección del bien jurídico. Contra lo dicho se podría argumentar, por ejemplo, que la necesidad de aplicar una responsabilidad penal a las

⁴⁹⁷ GALBIATI, GAROUPA, “Keeping Stigma Out of Administrative Law: An Explanation of Consistent Beliefs”, en *Supreme Court Economic Review*, Vol. n° 15 (2007), pp. 273 y ss.

personas jurídicas justifica incluso el *trade-off* de una disminución de las condenas, a costa de que se aumente las penas.

Como bien lo advierten GALBIATI y GAROUPA tal argumento sería un error. En primer lugar porque si se disminuyen las sentencias condenatorias, por cuanto resulta más difícil imputar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, luego entonces se pierde fuertemente el incentivo a la autorregulación y al *compliance* de la empresa⁴⁹⁸. Y, en segundo lugar, el aumento de la pena, en el caso de las empresas, tiene como efecto el encarecimiento del negocio, o bien redundando en que la pena pierda su carácter disuasivo, porque es un costo que la empresa no puede asumir. Se podría contraargumentar que el estigma de la pena viene dada por la publicidad de la sanción. No parecen existir dudas respecto de la relación entre publicidad y estigma, en el sentido que es esta última consecuencia de la exposición del culpable frente a la opinión pública la que reprocha su infracción⁴⁹⁹.

Y los juicios en contra de las personas jurídicas pueden tener una fuerte repercusión mediática, dada la relevancia de la persona jurídica, la participación de las víctimas (en muchos casos asociadas) exigiendo sanciones, o incluso por la trascendencia de las personas físicas tras la empresa. Evidentemente algo de razón tendría similar objeción, sin embargo no debe olvidarse que fomentar el estigma en un contexto de menor certeza en la sanción (o dicho en otros términos, de mayor relevancia del escepticismo) acarrea la posibilidad de mayor condenas erróneas, luego menor eficiencia en la prevención (por el efecto desincentivador de ser condenado injustamente) y una utilización mucho más injusta del estigma⁵⁰⁰.

Por otra parte, no es cierto que el efecto estigmatizante sea inconmensurable. El estigma es una sanción reputacional, que afecta a la empresa y que como *homo economicus* que es ella lo interpretará en clave económica, esto es, que menos gente querrá contratar con ella, tomar sus servicios o comprar sus productos⁵⁰¹. Por lo mismo, el interés de los dueños de la empresa sancionada será evitar el estigma de la pena, evitar una merma en los clientes, en el negocio y en las ganancias, y por lo mismo, lo

⁴⁹⁸ *Ivi*, p. 275

⁴⁹⁹ GARVEY, *Can Punishment Educate?*, cit., p. 737.

⁵⁰⁰ GALBIATI, GAROUPA, *Keeping Stigma Out of Administrative Law*, cit. p. 275

⁵⁰¹ LEE, "Corporate Criminal Responsibility as Team Member Responsibility", en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 31 (2011), p. 758.

que no sucede con la pena privativa de libertad, pueden aumentar su publicidad y los costos en campañas de adhesión de clientes, para evitar el impacto de la sanción. En otras palabras, el estigma de la persona jurídica puede ser manejado económicamente.

Por otra parte, en algunos casos puede estar justificado un daño reputacional, por la gravedad del injusto que se le imputa, en términos de ser especialmente reprochado por la sociedad, generando un malestar social evidente, pero en esos casos la imputación penal pierde su relevancia, porque la desvalorización de la reputación va ser igualmente devastadora. Además, la pérdida reputacional no se reparte de modo igual en todas las personas jurídicas: pues es más eficaz cuando se aplica a empresas que ya han alcanzado en el mercado una reputación, y es más ineficaces tratándose de una empresa que ha perdido la suya o aún no la tiene, en estos últimos casos la empresa puede evadir la pena con la disolución.

Lo anterior explica un aspecto que no debe olvidarse, a saber, respecto de las empresas la reputación no es un atributo similar aquellos que se predicen de la humanidad, la reputación es un activo económico, y puede ser –y de hecho lo es– valorado y medido económicamente, luego en la determinación de la pena, si de verdad se considera el costo reputacional como una exteriorización del estigma, se debería buscar la manera de poder valorar su pérdida, para que la pena no exceda del injusto ni de la culpabilidad del ente, algo de suyo complejo.

Junto a ello, hay que considerar también la dificultad en la interrelación entre el delito y el estigma, relación de suyo compleja y enredada, por tratarse ambos conceptos de naturaleza diversa. Mientras el delito es un concepto legal que, en última instancia queda entregado al legislador –y lamentablemente, como sabemos, el legislador hoy criminaliza casi lo que quiere–, el estigma tiene una naturaleza sociológica, que emana de las normas sociales e involucra la difícil rutina de la interrelación social⁵⁰². En otras palabras, mientras el legislador puede imponer –y lo hace, bien o mal– un límite de pena al delito, en términos que el mismo no solo se ajuste al merecimiento o la culpabilidad, sino que también sea previsible para quien lo recibe. El castigo es justo cuando es, aunque sea con cierto margen, cognoscible y previsible por quien lo va sufrir; el estigma

⁵⁰² ROSEN-ZVI; FISHER, “Overcoming Procedural Boundaries”, en *Virginia Law Review*, Vol. n° 94 (2008), p. 110.

es un incierto, nadie sabe cuál va ser su comportamiento y duración, luego no parece correcto, ni siquiera con las personas jurídicas, contar con él para el castigo.

Se ha dicho, también, que un sistema que trate de un modo similar al Derecho administrativo y al Derecho penal terminaría por banalizar la supuesta función expresiva de este último. Este argumento sería circular: «en orden a proteger la función del reproche penal y sustentar el poder estigmatizante de la condena penal, se necesita un proceso más demandante, pero, al mismo tiempo, un proceso más demandante es en sí mismo la base que justifica el mayor costo del estigma que se asocia al Derecho penal»⁵⁰³. Pretender buscar la justificación de la bifurcación entre el Derecho penal y el administrativo en la relación del primero con el valor expresivo de la condena, mientras ese valor es, de hecho, contingente en relación con el nivel de certeza (la probabilidad de una condena errónea), que a su vez se deriva del tipo de procedimiento que se usa, muestra la circularidad del argumento⁵⁰⁴.

3.4. Una particular retribución de la pena para las personas jurídicas.

Con todo, se puede sostener, como lo ha hecho BUELL que existen necesidades *retributivas* para sancionar penalmente a las personas jurídicas y que asocia con la idea de *merecimiento*. Según este autor la existencia de una «influencia institucional en un autor individual explica tanto el impulso de reprochar al ente y *el por qué* ese reproche puede beneficiar la conducta completa del grupo para que las conductas ilícitas en la organización sean menos posibles»⁵⁰⁵. A su juicio, lo que no es algo nuevo, el Derecho penal tendría la posibilidad de reedireccionar el reproche a la función social del ente con lo que aumentaría su carga de reproche y de estigmatización. El reproche penal permitiría una especie de reproche moral característico de los juicios penales y sobre la base de la relación de la organización sobre el delito⁵⁰⁶. Ese ejercicio de evaluación –de la persona jurídica– y la condena –o el reproche– puede efectivamente generar un cambio en la reputación de la empresa⁵⁰⁷. Ello podría incentivarse con ciertas sanciones

⁵⁰³ *Ivi*, p. 116.

⁵⁰⁴ *Ibidem*.

⁵⁰⁵ BUELL, “The Blaming Function of Entity Criminal Liability”, en *Indiana Law Journal*, Vol. n° 81 (2006), p. 477 y s.

⁵⁰⁶ *Ibidem*.

⁵⁰⁷ LAUFER; STRUDLER, “Corporate Intentionality, Desert, and Variants of Vicarious Liability”, en *American Criminal Law Review*, Vol. n° 37 (2000), p. 1311 y s.

en la reputación que, como dice BUELL, pueden fluir hacia los sujetos individuales relacionados en una forma que puede alterar el comportamiento, provocar la re-evaluación y las reformas institucionales, y reducir los ilícitos en las actividades de la organización.

Por su fuerza comunicativa y su mayor autoridad para moldear las preferencias, sugiere que «solo el proceso criminal produce en plenitud estos efectos de un reproche legalmente impuesto a un ente»⁵⁰⁸. Este tipo de reproche institucional como práctica social quedaría plásticamente demostrado cuando alguien quiere imputar un injusto penal, como por ejemplo contaminar las aguas, uno no expresa su reproche contra cualquiera sea el trabajador de la empresa que contaminó las aguas, sino que contra la empresa. Es la empresa la que cometió el delito⁵⁰⁹.

Lo que parece sugerir esta tesis es que cuando decimos «la empresa *x* es la responsable del delito *y*» lo que en realidad afirmamos es que «entendemos que esa empresa existe independiente de los actores individuales y que es responsable por las consecuencias de las conductas de esos actores»⁵¹⁰. Con todo, a juicio de BUELL, la responsabilidad del ente no sería por el delito ni por sus consecuencias, sino que surgiría por el efecto institucional en el comportamiento individual⁵¹¹.

BUELL, en todo caso, vuelve sobre la idea del efecto reputacional de la pena, asociándolo a la persecución penal, así: «en el contexto racional corporativo, los directivos bien informados se esfuerzan fuertemente por evitar imputaciones criminales en contra de la empresa, y se mueven rápidamente, a menudo a un mayor costo, para precaver o resolver potenciales procedimientos penales antes de una acusación o un juicio»⁵¹². Se trata de un aproximación común respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, impedir el efecto reputacional incluso en momentos muy tempranos de la persecución, lo que sucede, en todo caso, más en los países del *common law* que en los países del *civil law*. Y es que en parte hay razones para ello, porque junto con la pena, un efecto importante en la reputación del ente se genera con la obligación

⁵⁰⁸ BUELL, *The Blaming Function of Entity Criminal Liability*, cit., p. 478.

⁵⁰⁹ *Ivi*, p. 491

⁵¹⁰ *Ibidem*, con ulteriores referencias.

⁵¹¹ *Ibidem*.

⁵¹² BUELL, “Potentially Perverse Effects of Corporate Civil Liability”, en BARKOW; BARKOW (ed.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to regulate corporate conduct*, New York, 2011, p. 91.

de la publicación de la sentencia, por el efecto público que conlleva y de evidente recepción del mercado⁵¹³.

Empero, no debe uno olvidarse que el castigo penal viene rodeado, conforme lo hemos ya visto reiteradamente, de un conjunto de garantías penales y procesales penales (como la prueba más allá de toda duda razonable) que necesariamente suponen un aumento de los costos de transacción que deben considerarse a la hora de imputar penalmente a una empresa⁵¹⁴. Ello explica porque, al menos en Chile, el Ministerio Público en algunos casos se ha demorado años en formalizar a una empresa por algún delito corporativo, lo que hace que la pérdida reputacional *ab origine* pierda todo sentido. Es más, el mayor daño reputacional se ha visto en empresas que han sido sancionadas administrativamente que penalmente.

El efecto reputacional de la pena debería ser algo que también preocupe a los que se interesan en las garantías de las corporaciones. Según da cuenta la literatura anglosajona, al menos en Chile eso no se ha visto, el efecto en la reputación que podría generar el solo anuncio de una investigación penal podría incentivar a las empresas, por el solo hecho de ser investigadas, a hacer casi todo lo que el ente persecutor les solicite, incluso renunciar a garantías procesales específicas (auincriminarse, renunciar a su derecho de reserva cliente abogado), denunciar a sus superiores y pagar millones de dólares en multas civiles para evitar una acusación. Es evidente, como lo destaca ALEXANDER, que en el ámbito de la responsabilidad penal de las empresas «las sanciones impuestas por los tribunales claramente no son las únicas sanciones que las empresas pagan por los crímenes»⁵¹⁵. El estigma del proceso, la condena y la imposición de la pena en la persona jurídica, según algunos, no se diferencia sustancialmente de aquella que debe enfrentar el individuo.⁵¹⁶

Otra vertiente del estigma de la sanción en la persona jurídica, que en realidad no es solo compatible con un reproche penal, es aquel que subyace a las reglas de las

⁵¹³ NIETO MARTÍN, “Looking for a System of Sanctions for an EU Normative”, en FIORELLA (Ed.) *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. Volume II. Towards a Common Model in the European Union*, Napoli, 2012, p. 331.

⁵¹⁴ KHANNA, *Corporate Criminal Liability*, cit. p. 1512 y s.

⁵¹⁵ ALEXANDER, “On the nature of the reputational penalty for corporate crime: evidence”, en *The Journal of Law and Economics*, Vol. n° 42 (1999), p. 490.

⁵¹⁶ HARLOW, *Corporate Criminal Liability for Homicide*, cit. p. 137

*Organizational Sentencing Guidelines*⁵¹⁷. Dichas directrices, como se sabe, postulan que cuando una empresa sea condenada, el juez puede requerir la presencia personal del presidente del Directorio (en nuestro caso se le debería sumar al representante legal) para que concurra personalmente al Tribunal para recibir la sentencia de la empresa. Esta comparecencia forzada tiene, al menos, tres razones: a) para que el vértice de la empresa tome conciencia de la gravedad de los hechos; b) para que la comunidad al interior de la empresa, pero en especial la comunidad completa, conozcan y valoren que el propio vértice de la empresa concurrió a la sentencia o, en caso de un *plea*, que aceptó la responsabilidad por los hechos; y, c) para reforzar en el vértice la necesidad preventiva de la sanción, esto es, evitar que el hecho se vuelva a cometer⁵¹⁸.

Con todo, cabe no olvidar que las sanciones en la reputación nos las imponen los tribunales, las impone el mercado⁵¹⁹. Y, por mismo, esa idea de que parte de la pena de los entes morales venga dada por la sanción reputacional ha permitido a ALEXANDER plantear brillantemente, que la pena optima de una empresa debería ser igual a *la pena total* que se imponga, la que debería considerar sea la pena de los tribunales como la pena del mercado, entonces en algunas ocasiones la pena óptima debería estar constituida por el total de la pena reputación impuesta por el mercado. Ello significaría, entonces, que la pena “judicial” sería innecesaria por *sobredisuasiva*. Pero ello también puede ser explicado en sentido inverso, cuando la sanción reputacional en el mercado es muy baja, pensemos en un monopolio o en un oligopolio, entonces la pena de los tribunales debe ser más alta, para evitar una *infradisuasión*. Se trata, de una idea brillante, pero creo impracticable, porque además el efecto reputacional no es declarativo, es constitutivo y dinámico, se genera en cualquier momento y su duración es determinada por una cantidad incontrolable de factores.

En lo que me importa, una buena razón para tener un sistema de responsabilidad «administrativa sancionadora» u otra similar que se diseñe al efecto, epistémicamente

⁵¹⁷ Disponible en: http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2014/CHAPTER_8.pdf. Vid. ARTAZA VARELA, “Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal”, en: MIR PUIG; CORCOY BIDASOLO; GÓMEZ MARTÍN (Dir.), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Montevideo - Buenos Aires, 2014, pp. 242 y ss.

⁵¹⁸ BARNARD, “Reintegrative Shaming in Corporate Sentencing”, en *California Law Review*, Vol. n° 72 (1999), p. 961.

⁵¹⁹ ALEXANDER, *On the nature of the reputational penalty*, cit., p. 489. En sentido similar cfr. ALEXANDER; COHEN, “The Causes of Corporate Crime”, en BARKOW; BARKOW (ed.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to regulate corporate conduct*, New York, 2011, p. 22 y s.

más neutro, respecto de las personas jurídicas es que constituye una razonable manera de proteger a las empresas y a la comunidad, lo que no sucedería con un sistema de responsabilidad penal de los entes corporativos, que se tome en serio el estándar de la duda razonable, pues ese sesgo sistémico –el de favorecer los falsos negativos– puede implicar un desgaste y desconfianza social importante. Pero también un modelo neutro de atribución de responsabilidad penal a los entes morales supone también un equilibrio respecto de las empresas que se toman en serio sus obligaciones de prevención de delitos, porque un estándar como el *bard* genera una desventaja competitiva en comparación con las empresas que hacen caso omiso de la ley. Las empresas respetuosas de la norma jurídico penal podrían ser colocadas en una desventaja aún mayor si tuviéramos sanciones penales, aplicadas con un estándar penal⁵²⁰.

Habiendo establecido que las empresas pueden ser objeto de una sanción con contenido retributivo expresivo, la cuestión que queda por resolver es si acaso el régimen de responsabilidad administrativo puede ser más eficiente, más justo e incluso más garantista que el Derecho penal, para cumplir con este fin retributivo. En mi opinión, un régimen administrativo sancionador o uno equivalente puede eficientemente prevenir delitos empresariales, optimizando el bien social de la disuasión a un menor costo para la comunidad que lo que lo haría un modelo penal. Esto es así en parte porque la persecución criminal es más costosa –no solo en términos de costos institucionales– que la persecución administrativa⁵²¹.

El problema del Derecho penal y la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en específico en lo que respecta a la pena, y en particular a las penas retributivas, es que aquel tiene como función reproche a una persona a quien se lo merece, por haber infringido nuestras normas de conducta más relevantes, los injustos públicos que más nos afectan, luego esa función debe realizarla de una manera que sea distinguible para el infractor y la comunidad en general, de todas las otras y todas las demás cargas que los ciudadanos deben soportar⁵²². Por lo tanto, los procedimientos especiales son necesarios para que el castigo sea más poderoso que menos. Por ello, se dice, la institución de la condena penal goza de un estatuto monolítico, debido en parte

⁵²⁰ En sentido contrario, WAGNER, *Mortal Democracy*, cit., p. 206; ID., “Miranda, Inc.: Corporations and the Right to Remain Silent”, en *Virginia Law & Business Review*, Vol. n° 11 (2017), p. 505.

⁵²¹ FRIEDMAN, *In defense of Corporate Criminal Liability*, cit., p. 852.

⁵²² COFFEE, “Paradigms Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Law Models-And What Can Be Done About It”, en *The Yale Law Journal*, Vol. n° 101 (1992), p. 1876.

al peso de las pruebas que requiere. La intuición subyacente es que para que la condena criminal cumpla su función expresiva y de estigmatización, debe basarse en información fidedigna sobre la culpabilidad del delincuente y ser distinguible de todas las demás decisiones adoptadas por el Estado respecto de su ciudadanía⁵²³.

La decisión de imponer una regla de prueba como el *bard*, como requisito previo para la condena, protege la condena penal de la dilución, pero a un costo importante, que solo vale la pena cuando hay atributos humanos en juego que bien vale la pena proteger.

No hay que desmerecer entonces la importancia de estándar *bard* para explicar la función expresiva del Derecho penal. Y no solo de ella, en general, ese estándar tiene alguna implicancia a cada una de las teorías de la pena porque se relaciona, en general, con el propio *ius puniendi*. Reconocer la existencia de una duda razonable y al mismo tiempo condenar al acusado socava el poder punitivo estatal, lo banaliza. Una condena, incluso una condena por un delito menor, necesita transmitir información de que el acusado hizo algo, que fue él quien lo cometió, no otro; un mensaje que reconozca que si bien habían antecedentes para considerar una duda razonable respecto de la inocencia de una persona, pero igual se decidió su condena genera en el resto de la ciudadanía la sensación de que, en razones consecuencialistas, se está usando a las personas como medio para otro fin.

3.5. La pena de la empresa como una retribución comunicativa.

Según NOZICK el fin de la pena debe ser no solo negar la declaración del autor sobre su supuesta autoridad, sino además expresar «[l]a esperanza (...) que la entrega del mensaje cambiará al autor para que se dé cuenta de que hizo mal, y para que luego empiece a hacer las cosas porque están bien». Pero, además, esta versión del retribucionismo sostiene que el delito degrada a las víctimas al realizar una falsa declaración sobre su valor moral. Mediante sus actos el autor del delito comunica la mayor importancia moral de sus propios intereses por sobre los de la víctima. El castigo, entonces, no busca restaurar una distribución justa de beneficios y límites, sino afirmar una verdad moral. En palabra de HAMPTON, el castigo es un segundo acto de autoridad

⁵²³ FISHER, *Conviction without Conviction*, cit., p. 863.

que niega la evidencia de superioridad implícita en el acto original del autor del injusto penal⁵²⁴.

La pena como retribución comunicativa se expresa frente a un comunicado expresado en el injusto penal, en el sentido que la infracción de las normas sociales envía un mensaje sobre el propio valor humano; específicamente, el mayor valor del autor en relación con la víctima⁵²⁵. Así, la inacción del Estado frente a esa negación de la norma social comunicaría un mensaje de que a la sociedad no le importa ese daño a un conciudadano. La víctima deviene entonces un ciudadano de segunda clase, incapaz que el daño que se le ha causado pueda provocar el interés social. La sociedad, entonces, debe castigar al autor para contrarrestar su mensaje degradante, sustituyendo ese mensaje por una comunicación que exprese inequívocamente que el autor no es mejor que la víctima.

GÓMEZ-JARA también propone una aproximación a la finalidad de la pena desde la retribución comunicativa, ahora desde el constructivismo sistémico, y en una vertiente preventivo general positiva⁵²⁶. Partiendo desde la finalidad de la pena de JAKOBS, centrada en la idea del reforzamiento de la vigencia de la norma, GÓMEZ-JARA propone avanzar hacia una teoría de los medios de comunicación simbólicamente generalizados, en que la pena debe entenderse, desde la perspectiva interna del sistema jurídico, como una retribución comunicativa, que, desde una perspectiva externa a dicho sistema, aumenta las probabilidades del éxito de la comunicación. Así la pena significaría un incremento de las probabilidades del éxito de la comunicación que las normas están vigentes. Es decir, la motivación, como construcción social, formaría parte del lado comunicativo del concepto de pena. La pena debería entenderse, desde la perspectiva interna del sistema jurídico, como una retribución comunicativa, que, desde una perspectiva externa a dicho sistema, aumenta las probabilidades del éxito de la comunicación⁵²⁷.

⁵²⁴ HAMPTON, “A New Theory of Retribution”, en FREY; MORRIS (eds.), *Liability and Responsibility: Essays in Law and Morals*, Cambridge, 1991, pp. 377–414;

⁵²⁵ TASLITZ, “Reciprocity and the Criminal Responsibility of Corporations”, en *Stetson Law Review*, Vol. N° 41 (2011), pp. 91 y ss.

⁵²⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, “La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?”, en *InDret*, 2008, *passim*.

⁵²⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, “Teoría de sistemas y derecho penal: culpabilidad y pena en una teoría constructivista del derecho penal”, en ID. (ed.), *Teoría de sistemas y derecho penal: culpabilidad y pena en una teoría constructivista del derecho penal*, Comares, 2005 p. 424.

Es importante, en este punto, mostrar algunas diferencias entre la función expresiva de la pena y el así llamado retribucionismo comunicativo: la primera centra su valor en su consideración que es la sociedad la que ratifica y refuerza sus profundos compromisos morales al expresar la condena legal de los delitos (en especial los graves), dejando seguramente un componente preventivo general en términos residuales; el valor en el retribucionismo comunicativo es que el Estado le comunica al autor un mensaje: que ha hecho un mal, buscando con ello que interiorice el mensaje y cambie su comportamiento, o bien –en la vertiente preventivo general de GÓMEZ JARA– que ayude al restablecimiento de la confianza en la norma. Ambos constructos no son esencialmente contradictorios y, de hecho, es razonable que desde la ratio legis se consideren muchas veces ambos argumentos para justificar la pena, o sea, que al mismo tiempo expresen el estigma social o la condena como la comunicación de valores morales y políticos al delincuente. Que sea posible distinguir ambas teorías no significa que alguien que contempla las justificaciones del castigo no esté pensando de manera sensata simultáneamente en ambos tipos de razones.

La teoría de la retribución comunicativa ha servido, también, para justificar las penas de las personas jurídicas. Hay dos autores que, según alcanzo a ver, apoyan esta posición, aunque desde una perspectiva distinta, a saber, TASLITZ en su vertiente clásica del common law, cercana a la retribución, y GÓMEZ-JARA como ya se ha dicho.

TASLITZ, funda su tesis de una pena retributivo–comunicativa del ente sobre una idea de reciprocidad, que surge de los beneficios y el tratamiento, como personas *de facto*, que el Estado les reconoce, lo que –como una obligación sinalagmática– genera una deuda de las empresas con el Estado, la que debe ser pagada –en sus palabras– con sangre corporativa⁵²⁸. En su concepción, pese a que las corporaciones no tienen una entidad biológica, si tienen una existencia particular que, a su vez, refleja una cultura corporativa individual, encarnada en sus acciones, prácticas y expresiones⁵²⁹, lo que permite determinar sus naturalezas, y justificar sus contribuciones al daño a otros, todo ello en un contexto de amplio e incuestionable reconocimiento por los miembros de la comunidad. Frente a ese escenario, y muy relacionado con lo que dijimos en el capítulo sobre política criminal, en impresión de este autor, en casos en que una empresa con ese

⁵²⁸ TASLITZ, “Reciprocity and the Criminal Responsibility of Corporations”, en *Stetson Law Review*, Vol. N° 41 (2011), pp. 73.

⁵²⁹ *Ivi*, pp. 93.

nivel de reconocimiento infrinja una norma, causando una gran daño al ecosistema o a vidas humanas y animales, debe ser sancionado penalmente, porque otra respuesta –*Tort Law*– no será suficiente para condenar el carácter delictual del ente, básicamente porque no comunica nada a la sociedad. Es la sociedad la que reclamará una respuesta por el daño causado y por la infracción a las normas penales de la comunidad, y es la sociedad la que buscará una justicia retributiva. Sólo el sistema de justicia penal, en su opinión, podría cumplir esa función⁵³⁰.

GÓMEZ–JARA, por su parte, funda la pena de los entes en base a su posición ya resumida, en un claro perfil preventivo general–positivo, que se funda en la intrínseca relación que existiría entre culpabilidad y pena, lo que en relación a los fundamentos de la culpabilidad constructivista que propone (*good corporate citizen* o *ciudadano corporativo fiel al derecho*), en relación con la configuración de la persona en Derecho penal, permitiría sostener que las penas contra las empresas tienen verdaderamente el sentido de penas. Partiendo de que la función de la pena consiste en el restablecimiento comunicativo de la vigencia de la norma, y toda vez que el concepto de persona a la que se impone la pena viene determinado por el concepto de culpabilidad, la imposición de una pena a una organización empresarial con base en su propia culpabilidad cumple exactamente la misma función que la imposición de una pena a un individuo con arreglo a su culpabilidad⁵³¹.

La tesis de GÓMEZ–JARA, aunque seductora, no termina por convencer. Las empresas no pueden participar como actores independientes en un debate sobre el valor intrínseco de las normas jurídicas. Ello porque las empresas –y en realidad no ellas, sino quienes las gobiernan, que son parte de la misma endogamia de la elite– apoyan deliberadamente los intereses y financian las propias posiciones ideológicas de sus *ownership*, que precisamente lo que pretenden es mejorar su propia posición, y sobre ello a la empresa. Son sus accionistas principales, directores y en general los *stakeholders los que deciden cómo participar en la esfera pública*. En todo caso, la tesis parece olvidar que, como lo afirmó BERLE hace un lustro –y que, salvo grandes empresas trasnacionales sigue siendo así– la realidad indica que los directores y los

⁵³⁰ *Ivi*, pp. 94.

⁵³¹ GÓMEZ–JARA, *Fundamentos modernos*, cit. p. 384.

administradores eligen a sus sucesores. Las empresas están gobernadas por una «automática lógica de auto-perpetuación oligárquica»⁵³².

En fin, uno puede estar de acuerdo con SCHROTH en que «el sentido de las normas de conducta consiste en guiar a los destinatarios hacia un comportamiento fiel al Derecho y libre de sanciones»⁵³³. Se podría estar de acuerdo, incluso, en que si eso es así, las empresas deberían responder por sus conductas como desleales al derecho. Todavía más, se podría incluso aceptar que respecto de la responsabilidad del ente debemos prescindir de una mirada sólo orientada desde (y hacia) las sanciones, sino que a la norma de conducta y su relación entre tipo y norma, y con ello incluso considerar que las personas jurídicas cumplen con los «requisitos mínimos referidos al sujeto»⁵³⁴. Pero ello nada nos dice, nada, respecto de criminalizar la conducta de la empresa, o simplemente considerarla disvaliosa en el contexto del ordenamiento jurídico y sancionarla, por ejemplo, administrativamente.

Las empresas todavía están gobernadas por una lógica de auto perpetuación, se trata propiamente de un círculo (*nada virtuoso*) que incentiva un débil control interno, y donde en general se observa de una elite de la sociedad⁵³⁵. Pero, por otro lado, y como crítica general a la construcción comunicativa de la retribución, es dable indicar que quienes defienden esta tesis deben justificar el por qué algunos injustos penales deben ser sancionados penalmente y otros no, pero más que eso, deben todavía explicar por qué habríamos de castigar más severamente a quienes cometen delitos más graves, y no en cambio a quienes sea más necesario, por razones comunicativas, imponerles una pena más fuerte en razón de su deslealtad con el derecho. Las teorías comunicativas también se aprecian como extremadamente vagas si uno piensa en sus consecuencias, en especial respecto del contenido del castigo, cómo se impone, cuánto, con qué límites, todas cuestiones que aparecen evanescentes en la tesis presentadas. Por eso, y yo creo que eso nadie lo niega, dejando de lado las cuestiones complejas de la terminología sistémica –¿cibernética de segundo orden?– lo cierto es que todos podemos estar de

⁵³² BERLE, *Economic Power and the Free Society*, New York, 1957, p. 9

⁵³³ SCHROTH, *Unternehmen*, p. 15, citado por GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos modernos*, cit., p. 166

⁵³⁴ SCHROTH, *Unternehmen*, p. 15, citado por GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos modernos*, cit., p. 166

⁵³⁵ En términos similares, MURPHY, “Restoring Trust in Corporate America: Toward a Republican Theory of Corporate Legitimacy”, en *New York University of Law & Business*, Vol, n° 5 (2009), pp. 415- 484, p. 419.

acuerdo en que el castigo penal tiene una función comunicativa, pero decir eso no nos dice mucho respecto de qué pena es la que comunica.

Por otra parte, y en lo que se relaciona con el estándar *bard*, una teoría retributiva comunicativa de la pena debería también considerar el déficit de comunicación que se produce por los falsos negativos, y como ellos afectan la estabilidad de la norma y la veracidad de la comunicación, en términos que finalmente terminen por justificar un aumento de pena –no en razón del merecimiento– sino de intensificar el mensaje comunicativo.

3.6. El consecuencialismo en la pena de las personas jurídicas:

A diferencia de las teorías retributivas, como vimos, las teorías consecuencialistas tienen una relación menos fuerte de exigencia con el injusto culpable, mas sí con el injusto, porque el concepto de *merecimiento* (culpabilidad) es en algún sentido menos relevante con el fin de la pena, que es reducir los delitos futuros. Por eso permítaseme hacer un anuncio de entrada, que se refiere al *bard*: los que sostienen una teoría de la pena cercana al consecuencialismo, en general, no miran con tan malos ojos un sistema penal que pudiera funcionar con un estándar de prueba más bajo que el *bard*, no porque sean indiferentes a la condena de un inocente –aunque algún utilitarista lo es, y en algunos casos– sino porque mientras ella no sea deliberada e intencional, la posibilidad de que el sistema falle es parte de la falibilidad humana que, en ningún caso, puede implicar poner mayores costos a la sociedad que impliquen un menor estado de bienestar.

La posición consecuencialista –en especial la utilitarista– enfatiza que el fin de la pena no debe ser concebido estrechamente como un medio para proteger (o comunicar) a la sociedad del daño causado (y de la respuesta contrafáctica) por el delito penado, sino que como un medio de protección a un conjunto mucho más amplio de lesiones a la sociedad⁵³⁶. Como se sabe, la literatura –en especial la anglosajona, menos así la continental– ha sido particularmente crítica con las teorías preventivo/disuasivas, básicamente por dos razones, a saber: a) tienen un problema para explicar bien el por qué siempre sería mejor prevenir la condena de un inocente; y, b) tienen un problema

⁵³⁶ HART, *Murder and the Principles of Punishment*: cit. p. 449

para considerar como límite razonable del castigo, la proporcionalidad, sea en razón del merecimiento o del propio hecho.

Respecto del primer punto, la condena de un inocente, se considera que, a pesar de ser un error, es parte de la inevitable falibilidad de un sistema humano y además «representa el precio social necesario para mantener un nivel de ejecución [*enforcement*] del Derecho penal suficiente para proveer un apropiado nivel de seguridad del social. Para un consecuencialista, entonces, uno no podría estar satisfecho por la disminución de las condenas de inocentes si ello implica un aumento de las absoluciones de culpables.

Según FEINBERG se debe entender por *utilitarista* a quien insiste que el castigo del culpable es en el mejor de los casos un mal necesario justificado únicamente como un medio para la prevención de otros males, incluso mayores⁵³⁷. O, como dice HART, que considera el bienestar de la sociedad como la justificación del castigo⁵³⁸. El castigo es un medio para obtener consecuencias sociales favorables⁵³⁹.

Una lectura a la literatura dogmático-penal continental, en cambio, seguramente nos llevaría a concluir que la justificación que más adhesión presenta a la responsabilidad penal es precisamente la preventivo (general o especial). Pero obviamente no solamente las penas tienen un fin preventivo, también lo tienen las sanciones administrativas, y ello es relevante para lo que luego se dirá. Al margen de que otras instituciones jurídicas puedan tener efectos preventivos aun cuando no los pretendan (por ejemplo, la responsabilidad civil extracontractual), el término más próximo de comparación ha de ser el Derecho administrativo sancionador, que comparte con el Derecho penal cierta vocación preventiva y la posibilidad de imponer sanciones que vayan más allá del daño causado (lo que no ocurre con la responsabilidad extracontractual, limitada a la indemnización de dicho daño)⁵⁴⁰.

En ese contexto, junto con la estigmatización, la *disuasión* es otro de los argumentos más recurrentes para justificar la pena respecto de quienes apoyan la criminalización de las personas jurídicas, al punto que algunos han llegado a sostener que a pesar de las dificultades de medir la prevención, es posible pensar que las

⁵³⁷ FEINBERG, *The Classic Debate*, cit. p. 799

⁵³⁸ HART, *Murder and the Principles of Punishment*, cit. p. 447

⁵³⁹ PACKER, *The Limits of the Criminal Sanction*, cit., p. 11.

⁵⁴⁰ ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Política criminal contra la corrupción*, cit. pp. 391 y s.

personas jurídicas son todavía más disuadibles que los individuos⁵⁴¹. En el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es, principalmente, la prevención, y en parte la estigmatización, la fundamentación que está en el centro del corazón de la justificación de la pena. Lo que se pretende con la pena es controlar la conducta de la empresa. La disuasión de los crímenes de las personas jurídicas depende enteramente en la disuasión de los trabajadores⁵⁴².

La disuasión tradicionalmente se concibe desde dos puntos de vista, a saber, disuasión específica y general. La disuasión específica se relaciona normalmente con la inocuización del sujeto, para impedir o disuadirle que cometa un nuevo injusto penal. Dado que los entes morales no se pueden encarcelar, la inocuización en ellos suele tomar la forma de: a) disolución (el equivalente de la pena de muerte en la empresa); b) prohibirles realizar durante un tiempo o indefinidamente ciertos negocios; c) someterlas, igual que a las personas naturales, a un periodo de prueba monitoreado por el tribunal⁵⁴³.

La disuasión general, por su parte, se refiere al efecto que el castigo puede generar en otros miembros de la sociedad, que puedan estar motivados o tentados a actuar en un modo similar⁵⁴⁴. Esta fundamentación de la pena, parecer ser la opinión general, se adapta con *particular corrección* al modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas⁵⁴⁵.

Se puede reconocer que una pena (o una sanción) a las personas jurídicas puede efectivamente disuadir algunas conductas delictuales, pero para ello basta con la imposición de un régimen de *derecho administrativo sancionador* para ciertos delitos corporativos. Mientras mayores sean las posibilidades de ser identificado, juzgado y condenado, y mientras mayores sean las posibilidades que ese juzgamiento sea condenatorio e importe una sanción, menos probabilidad que se cometan nuevos delitos.

⁵⁴¹ Se suele justificar la responsabilidad penal de las empresas sobre la base de la disuasión y sin embargo nadie lo ha estudiado seriamente. Y, como nada se puede decir de su eficacia, se pasa al extremo de justificar todo con el *efecto pena de muerte* de la sola imputación (o sea, no de la pena). Cfr. HAMDANI; KLEMENT, “Corporate Crime and deterrence”, en *Stanford Law Review*, Vol. n.º 61 (2008), p. 273.

⁵⁴² MEEKS, “Corporate and White-Collar Crime Enforcement: Should Regulation and Rehabilitation Spell an End to Corporate Criminal Liability?”, en *Columbia Journal of Law and Social Problems*, Vol. n.º 40 (2006), p. 79.

⁵⁴³ WEISSMANN, “A New Approach to Corporate Criminal Liability”, en *American Criminal Law Review*, Vol. n. 44 (2007), p. 1324 y s.

⁵⁴⁴ *Ivi*, p 1229.

⁵⁴⁵ *Ibidem*

A pesar de los esfuerzos argumentativos que se hagan, y que de hecho se pueda considerar que la persona jurídica es capaz de recibir comunicativamente el estigma o la vergüenza de una pena, lo cierto es que difícilmente se discutirá que cualquier efecto disuasivo que la pena pueda tener en el ente, en puridad, no se genera *en una comunicación inserta en la auto-poiesis de la empresa*, sino que únicamente por la disuasión de los sujetos individuales dentro de la misma. No es la empresa en sí misma la que a partir de un reproche penal realiza las acciones para prevenir un nuevo ilícito, sino que los sujetos individuales que la gobiernan⁵⁴⁶.

VAN WEEZEL, comentando críticamente la responsabilidad del ente, ha sostenido, con agudeza, que una de las certezas de la disciplina penal –que acá se comparte– es que la «imposición de una pena está sometida a fuertes presiones de legitimación y sólo puede verificarse con el máximo de respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos, quienes no pueden ser instrumentalizados para alcanzar ciertos fines»⁵⁴⁷. En el caso de las personas jurídicas la imposición de una sanción, en cambio, no está sometida a esas presiones de legitimación, ni siquiera si a ellas les llamamos penas (que en todo caso no serían –y no pueden serlo– distintas a las del Derecho administrativo sancionador), pero no solo eso, al aplicarles esas sanciones no se requiere tampoco un máximo respecto de los derechos fundamentales, e incluso más, en el caso de las empresas, donde la pena es evidentemente consecuencialista (incluso utilitarista) no hay inconvenientes en instrumentalizar –dentro de límites, claro está, pero que no son penales– a las personas jurídicas.

La principal crítica que históricamente se ha realizado a las teorías preventivas, como de hecho lo anuncia VAN WEEZEL en su artículo, en especial las preventivo–generales, es que al considerar el fin de la pena la prevención o disuasión del delito, no respetan al actor como un autónomo agente moral, o como se suele decir siguiendo a *Kant*, como un fin en sí mismo⁵⁴⁸. Como dice MURPHY, lo relevante no es que esta mirada de la pena permita usar al hombre como medio para algo, sino que *por su naturaleza* fallan en tratar al ser humano con respeto⁵⁴⁹. Lo cuestionable, siguiendo a

⁵⁴⁶ COFFEE, “Corporate Crime and Punishment: A Non-Chicago View of the Economics of Criminal Sanctions”, en *American Criminal Law Review*, Vol. n° 17 (1980), pp. 419-476, *passim*.

⁵⁴⁷ VAN WEEZEL, *Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit. p. 115

⁵⁴⁸ MURPHY, “Marxism and Retribution”, en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. n° 2 (1973), p. 218 y s.

⁵⁴⁹ *Ibidem*.

BOONIN es que esa naturaleza de la pena pueda pretender *intencionalmente* causar un daño a una persona *para con ello* favorecer la prevención.

La respuesta a esta crítica, empero, viene ya de la mano de HART. Según él a pesar de que uno pudiera comprender la crítica absolutista *á la Kant*, todavía quien sostiene esa posición debiese poder explicar su posición a menos que él mismo haya creído que el castigo fuera necesario para proteger a la sociedad de un daño⁵⁵⁰. El lector habituado a la discusión continental sobre las finalidades de la pena podrá darse cuenta inmediatamente que oponerse a esta crítica sobre la base de que la pena viene limitada *por la culpabilidad* llega a ser incluso un tanto obvia. En realidad lo que está detrás de la crítica de MURPHY y en especial de BOONIN, es que además de comprobarse la culpabilidad en sentido de capacidad de reproche, se debe probar la culpabilidad en cuanto culpabilidad por el hecho, es decir como *imputatio facti*.

Pero, además, porque implícitamente excluyen a los sujetos infractores de ser miembros de la comunidad⁵⁵¹. En opinión de DUFF, siendo el Derecho penal fundamentalmente una institución eminentemente comunicativa, una finalidad de pena que tienda hacia la prevención/disuasión de potenciales infractores es inapropiada para una comunidad liberal llamada a respetar a sus miembros como miembros de esa comunidad⁵⁵².

Una de las principales críticas que se le hace a la posición consecuencialista es que ella pudiera justificar, si las necesidades sociales así lo demandan, que se condene a un inocente. Conviene a este respecto distinguir dos supuestos. La literatura suele agrupar por un lado los casos en que: a) el sistema de manera intencional decide condenar a un inocente *para usarlo* como medio para ampliar la felicidad de la sociedad, o intencionalmente castiga a un sujeto *que realizó* el injusto típico, pero que en cambio no es culpable porque no se le puede reprochar *a nivel de culpabilidad*. Estos casos son los que, dicho sea de paso, más han acaparado la atención de la dogmática anglosajona; b) el sistema condena a un inocente involuntariamente, como parte de la falibilidad propia de un proceso de adjudicación, o bien lo condena por un delito más grave del que correspondía.

⁵⁵⁰ HART, *Murder and the Principles of Punishment*, cit. p. 449

⁵⁵¹ DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, Oxford, 2001, p. 13 y s.

⁵⁵² *Ivi*, p. 78 y s.

En el caso identificado con la letra a, la discusión se ha centrado en torno a si seguiría o no siendo *injusto* condenar al sujeto, si el hecho de que fuese un *fácticamente inocente* no saliera a la luz pública o bien que no causara mayor conmoción pública (en especial en la última hipótesis). Como bien dice HART, el «estado general de alarma y terror que puede surgir en la sociedad si fuera conocido que los inocentes son susceptibles de ser detenidos y sujetos al dolor del castigo, para que sirvan a las necesidades de la sociedad puede ser peor que cualquier avance en seguridad o beneficio social que pueda obtenerse por estos medios»⁵⁵³.

En el segundo grupo de casos un elemento central que entra en juego es precisamente el del estándar de prueba. Si uno tiene un estándar alto como el *bard* seguramente tendrá menos *fácticamente* inocentes condenados pero a riesgo de tener un número mayor de *fácticamente* culpables declarados inocentes lo que evidentemente genera un menor efecto disuasivo y un menor efecto preventivo general. Luego la pena se corresponde mejor con una idea retributiva de la misma que se centre en la idea del merecimiento. En cambio, si uno tiene un estándar como el de PdE uno tendrá mayores niveles de *fácticamente* inocentes condenados pero también menos *fácticamente* culpables declarados inocentes, con lo que la pena podría cumplir de mejor manera su fin preventivo general. Un escenario así se relaciona mejor con la lógica consecuencialistas que con aquella retributiva.

En razón de lo anterior, uno podría decir, respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que no hay razones deontológicas que impiden tener un estándar de prueba como el de PdE y con ello aumentar la finalidad preventivo general de la pena y aumentar el efecto disuasivo que tanto se busca. Pero nuevamente hay que ser cautos con el canto de la sirena.

Porque el estándar PdE no trae buenas noticias para quienes sostienen una aproximación consecuencialista de la pena, y en particular de la pena para las personas jurídicas. En efecto, un estándar que no tiene una preferencia sistemática por ninguna de las partes tiene el efecto de que condenará más gente inocente, luego la confianza en el resto de la ciudadanía sobre el sistema se pierde, y con ello disminuyen los incentivos

⁵⁵³ HART, *Murder and the Principles of Punishment*, cit. p. 450.

para cumplir la ley⁵⁵⁴. Por lo mismo el uso de ese estándar en sede penal es tan complejo, porque puede deslegitimar justamente el núcleo de la protección de nuestros bienes jurídicos más relevantes.

Por lo mismo, lo que se debería buscar es una sede donde imponer una sanción a la persona jurídica, que sea materialmente idéntica a la pena, en un contexto de menores limitaciones (procesales y epistémicas). Seguir haciendo lo de hoy, llevar esto a sede penal y con las mayores restricciones, es definitivamente una mala elección de política pública, si lo que se quiere es evitar el daño a terceros, la protección de bienes jurídicos o la estabilización de la norma.

3.7. Excursos: el caso Arthur Andersen y el terror del sistema penal.

La dogmática partidaria de la responsabilidad penal de las personas jurídicas suele destacar con fuerza la *extraordinaria* importancia que debe asignarse a la disolución o «pena de muerte empresarial (*corporate death penalty*)» por una obvedad: las consecuencias de su imposición son absolutamente irreversibles⁵⁵⁵. El caso *United States v. Arthur Andersen LLP* debe ser, junto con el de *Hudson River*, el más citado en la literatura de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para estos efectos⁵⁵⁶. Mientras Hudson River nos enseña que cuando la necesidad pragmática así lo demanda, incluso los paradigmas pueden caer. Arthur Anderson nos demuestra que la responsabilidad penal puede tener consecuencias devastadoras para una empresa, pero a su vez tremendamente injustas –recordemos que al final fue absuelta. Es el ejemplo vivo que el Derecho penal, también respecto de las personas jurídicas, es el arma más agresiva que el Estado puede –legítimamente– utilizar. ¿Pero es eso realmente así?

A consecuencia del fallo Arthur Anderson se ha dicho que la *solá* posibilidad de exposición de una persona jurídica a una responsabilidad penal puede arruinar a la empresa, básicamente por el estigma inherente que se aprecia ya desde una formulación de cargos penales –*indictment*–, y, más aún, por la potencialidad de que se termine por

⁵⁵⁴ HYLTON; KHANNA, *A Public Choice Theory of Criminal Procedure*, cit., p. 69, con ulteriores referencias.

⁵⁵⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BAJO FERNÁNDEZ; FEIJÓO SÁNCHEZ; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, adaptada a la ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, Pamplona, 2012, p. 128 y s.

⁵⁵⁶ 374 F3d 281 (5 Cir. 2004),

imponer una pena⁵⁵⁷. Sin embargo, esto debe matizarse con la siguiente idea: la ampliación de la regulación estatal en diversos ámbitos de la economía se ha concretizado en el uso extensivo de autorizaciones –licencias, permisos, concesiones, etc.,– para participar en el mercado. Esas autorizaciones son otorgadas, controladas o revocadas por entidades estatales, y no por la entidad persecutora, cuyo fin no necesariamente coincide, y en muchos casos incluso esas entidades tienen poderes para revocar o suspender esas autorizaciones, afectando, de manera inmediata, la posición de la entidad en el mercado y el interés del resto en relacionarse económicamente con ella. Eso es lo que pasó en el caso Arthur Anderson.

De hecho, HENNING también ha sostenido que debe asumirse con cierto escepticismo esta premisa de que una imputación y, todavía más, una condena penal para una persona jurídica pueda ser fatal⁵⁵⁸. Aun si fuera cierto ese efecto estigmatizante, todavía deberíamos preguntarnos dos cosas. ¿Es político–criminalmente deseable un efecto tan impredecible como incontrolable, que tiene dificultades para comportarse dentro de los límites de la proporcionalidad de la pena al hecho? Y si, con todo, la respuesta fuese afirmativa, todavía cabría interrogarse si se justifica un sistema que, para mantener el efecto estigmatizante, requiere un estándar de convicción tan alto. En mi opinión ninguna de esas dos preguntas tienen una respuesta sencilla.

La primera, porque se relaciona con dos fenómenos. El del *exceso* del castigo y el de las consecuencias indeseadas. Las consecuencias indeseadas se relacionan, a su vez, con los trabajadores inocentes y *shareholders* que no tenían capacidad de controlar la acción de la empresa, pero que sin embargo se vieron fuertemente afectados por la pena de muerte de la empresa. El del exceso, a su turno, porque lo que comienza como un ejemplo de dureza del sistema luego se transforma en un llamado a la cautela y a la medida. Ejemplo de ello es lo sostenido por GÓMEZ–JARA quien termina argumentando que tanto los juzgadores como las acusaciones deben ser sumamente sensibles a la petición e imposición de esta consecuencia jurídica a las personas jurídicas⁵⁵⁹.

⁵⁵⁷ Cfr. MEEKS, *Corporate and White-Collar Crime Enforcement*, cit. p. 84; FRIEDMAN, *In Defense of Corporate Criminal Liability*, cit. p. 838

⁵⁵⁸ HENNING, “Making Sure ‘The Buck Stops Here’: Barring Executives for Corporate Violations”, en *The University of Chicago Legal Forum*, Vol. n° 2012, p. 112 y ss.

⁵⁵⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., p. 129

Quizás entonces lo que habría que pensar es buscar otro modelo de imputación que no pretenda tanta cautela y sensibilidad con las personas jurídicas, pero que les asegure un escenario de mayor razonabilidad, lo que por lo demás evitará las consecuencias indeseadas.

CONCLUSIONES PRELIMINARES

Como se sostuvo al inicio, de modo enfático, la presente tesis no pretende hacer suya la crítica individualista a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aquella que se erige desde la supuesta falta de capacidad de acción, de ausencia de culpabilidad, o de irrelevancia de la pena en el ente. No se ha defendido acá la idea que las empresas no puedan participar en la comisión de injustos penales y que ello sea un atributo sólo de las personas naturales. Al contrario, se ha insistido –casi majaderamente- que las empresas pueden participar en un delito y, no sólo eso, sino que también que es posible considerar que lo han hecho con algún grado de culpabilidad.

Sin perjuicio de ello, la tesis central de esta propuesta –que en algún sentido es humanista-, es que a pesar de lo anterior las personas jurídicas no merecen –no son dignas- de ser consideradas destinatarias del conjunto de elementos restrictivos que, en un Estado de Derecho, dificultan la imputación de la responsabilidad penal. En especial, de aquella que obliga al persecutor a soportar la carga de tener que probar la imputación con un estándar de prueba particularmente alto, y epistémicamente desbalanceado a favor del acusado.

Se trata, empero, de un tipo de individualismo no usual en la discusión en torno a las imputación penal de las personas jurídicas, la cual se suele centrar en los tres tipos que identifican FISSE y BRAITHWAITE, a saber: a) el metodológico; b) el que descansa en que la disuasión requiere la sanción a una persona natural; y, c) el que asume que la retribución permite el castigo solo a las personas individuales mas no a las jurídicas⁵⁶⁰.

Desde luego, en esta tesis no se favorece ninguno de esos individualismo, no hay una pretensión de que la actividad del ente no pueda ser considerada en el ordenamiento jurídico, por el contrario, se ha sostenido que no solo es deseable sino que necesario generar mecanismos de imputación a las personas jurídicas, para que también ellas respondan de sus actos en un contexto donde son portadoras de riesgos relevantes para la sociedad. Tampoco se ha dicho que la disuasión requiera la sanción a la persona natural, por el contrario, se ha afirmado que si algún fin tiene la sanción a la persona jurídica, aquel es precisamente el de su capacidad disuasoria. En cuanto a la retribución,

⁵⁶⁰ FISSE; BRAITHWAITE, “*The Allocation of responsibility for Corporate Crime: Individualism, Collectivism and Accountability*”, en *Sydney Law Review*, Vol. n° 11 (1988), p. 475 y s.

lo que acá se ha dicho no es que respecto de los entes morales no proceda la retribución, sino solo que una retribución en serio, consciente de la falibilidad humana del proceso de adjudicación requiere de un estándar de condena particularmente alto, que en el caso de las personas jurídicas no nace de una obligación deontológica (*dignidad*) y es político-criminalmente inconveniente.

JAKOBS sostiene, conviene recordarlo, que el Derecho penal no es «algo que sucede o deja de suceder», sino algo «justo o injusto». Y ello lo ejemplifica así: «que se evite de modo ilegítimo un asesinato constituye una catástrofe jurídica, mientras que el castigo de un asesinato ya producido como autocomprobación de la sociedad acerca del mantenimiento de su expectativa normativa es el supuesto normal de legitimidad»⁵⁶¹. Detrás de esta idea subyace una concepción epistémica neutra del Derecho penal, en términos que ella no toma en cuenta las preferencias valorativas del sistema, que justamente hacen que el resultado de las decisiones, en una porción no menor de casos – al menos en teoría-, sean seguramente injustos, favoreciendo –con un falso negativo- a quienes efectivamente eran culpables. Como hemos visto, este es el sentido de un estándar de convicción tan alto como el de más allá de toda duda razonable.

Dicho de otra manera, la tesis de JAKOBS se enfrenta con la realidad axiológica que está detrás de un baremo de prueba como el de la duda razonable que, en principio, lo que dirá, es que una vez producido un asesinato la posibilidad de autocomprobación de la sociedad acerca del mantenimiento de su expectativa normativa, en una parte importante de casos, quedará frustrada porque el sistema preferirá no condenar a un inocente, antes que condenar a un culpable.

Los penalistas suelen olvidar que un estándar de convicción como el *bard* –que se relaciona, recordémoslo, con la máxima de BLACKSTONE⁵⁶²- no es la mejor manera para proteger los bienes jurídicos o para que la sociedad auto-compruebe el mantenimiento de su expectativa normativa. El sistema penal –donde el Derecho penal es solo una parte- supone necesariamente hacerse cargo de la necesidad de proteger a los inocentes y, por lo mismo, no es justo o injusto, sino esencialmente protector. Por ello lleva razón GÜNTHER cuando critica ciertas concepciones actuales del Derecho

⁵⁶¹ JAKOBS, ¿Ciencia del Derecho: técnica o humanística?, Bogotá, 2001, p. 19 y s.

⁵⁶² Se cita al inicio de la tesis, y dice “«la ley sostiene, que es mejor que diez culpables escapen, que un inocente sufra»

penal, como aquellas que permiten a las víctimas inocentes sentirse protegidas por el Derecho penal, ahí donde normalmente los derechos constitucionales y los derechos humanos tradicionalmente eran concebidos como cartas de triunfo de los perseguidos para oponerse al *abuso del Estado*⁵⁶³, y por lo mismo hacen que –respectos de las víctimas- el escenario sea de mayor peligrosidad.

Con todo, GÜNTHER advierte el riesgo de una posible sobrevaloración de esa responsabilidad de proteger –a las víctimas inocentes-, en particular si ella es asumida como una «exigencia democrática de la mayoría, por su capacidad de incidir en una inversión de la relación contramayoritaria de los derechos fundamentales, en especial en el contexto penal: pasando de un derecho de las minorías a un derecho de las mayorías a que el Estado las proteja para estar seguros»⁵⁶⁴. Lo complejo del asunto, como el lector ya advertirá, es que las buenas razones que existen para evitar que ello sea cierto tratándose de ciudadanos, pierden peso argumentativo si aquel *trade off* se hace respecto de una persona jurídica.

La influencia legítima de la crítica a la cárcel, la opción razonable por la diversificación de las penas y la humanización de la sanción a veces influyen en que se olvide que una *característica esencial* del Derecho penal, como mecanismo de control social, es la utilización de la pena privativa de libertad. Es un hecho, como se advierte desde el análisis económico del derecho, que la pena de cárcel impone un «*alto costo de oportunidad personal*», y que, por lo mismo, representa un mayor rol preventivo⁵⁶⁵. Se puede discutir el grado en que la amenaza de la pena puede cumplir un rol preventivo, y seguramente desde el punto de vista empírico es difícil de cuantificar, pero ciertamente es incorrecto negar toda función preventivo general a la pena. Y, como sea, la prevención general negativa que surge de ella va ser siempre más alta (dejando de lado la pena de muerte) que cualquier otra conminación de una consecuencia jurídica.

Lo relevante, ahí donde se aplica un estándar *bard*, es que éste asegura –o busca hacerlo- el contenido retributivo de la pena –como merecimiento-, en cuanto cuasi-certeza de que el sujeto a quien se ha condenado es el que merece la pena, porque él es

⁵⁶³ Cfr. GÜNTHER, “Responsibility to Protect and Preventive Justice”, en ASHWORTH Andrew; ZEDNER; TOMLIN, *Prevention and the Limits of the criminal Law*, Oxford, 2013, p. 70.

⁵⁶⁴ *Ibidem*.

⁵⁶⁵ BOWLES; FAURE; GAROUPA, *The Scope of Criminal Law and Criminal Sanctions: An Economic View and Policy Implications*, en *Journal of Law and Society*, vol. n° 35 (2008), p. 398.

el autor, y luego de ello, una vez satisfecho ese límite deóntico, propio del retribucionismo, la pena puede cumplir un rol preventivo general. Es una forma, al menos así la veo, de un retribucionismo-consecuencialista.

Todo esto tiene un necesario costo –un *trade-off*–, y es que un sistema de justicia criminal que se toma en serio la exclusividad de su potestad punitiva debe cargar –como contracara de su propia legitimidad– con restricciones en la utilización del castigo, en términos de autorrestricciones (penales y procesales); y en ella destaca, en mi opinión, una inherente opción moral y humanitaria de evitar condenar a un inocente, aun a costa de dejar libre a varios culpables. Esa relación, desde luego, no se justifica tratándose de los entes morales, respecto de los cuales la distribución de riesgos de errores en la sentencia –en la medida que no descansa en una decisión arbitraria o irrazonable– puede ser perfectamente neutra.

No parece, entonces, que la cuestión central sea si quien impone la sanción es el juez o un funcionario administrativo, si quien investiga es la administración o el Ministerio Público, lo relevante es si la sanción se impone en el contexto de un proceso orientado administrativamente y, por lo mismo, con las garantías mínimas para que la decisión sea solo justa.

La propuesta de esta tesis se basa en las siguientes premisas: es innecesario e ineficiente un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas que pretenda tener las cualidades de una imputación penal; lo anterior porque tal sistema debe ser fiel a un modelo relacional de culpabilidad, pena y una alta exigencia de corroboración epistémica para determinar la existencia del hecho *p* que se le atribuye al ente; es imprescindible tener un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas que pueda, de manera eficiente y expedita, imponer sanciones y consecuencias a los sujetos morales para prevenir y proteger los bienes jurídicos que puedan ser afectados.

El modelo que acá se construye, por otra parte, no descansa en un sistema de responsabilidad objetiva del ente, sino que supone que las empresas puedan eximirse de la responsabilidad administrativa *ex crimine*, cuando logren demostrar un estado de fidelidad al derecho. Parece razonable que el Estado no pueda imponer sanciones –ni siquiera en razón del resultado– cuando la empresa ha tomado todas las medidas

necesarias (por ejemplo mediante la creación e implementación de un adecuado *compliance program*) para prevenir la comisión de esos delitos.

La sanción a la persona jurídica que ha realizado esfuerzos para autoorganizarse, diseñar un modelo de cumplimiento e implementarlo produce un efecto indeseado y desmotivador en el resto de las compañías, en el sentido que la inversión de un modelo de cumplimiento es innecesario –una pérdida de recursos- frente al hecho inevitable de una condena. Como lo dice WEISSMAN, en ese caso la condena únicamente va enviar un mensaje opuesto a las empresas: que sí se preocupan del cumplimiento, ninguna buena empresa va quedar impune⁵⁶⁶.

Las empresas deben ser sancionadas por la participación en un delito. Dicha sanción no debe ser arbitraria, y por lo tanto debe estar fundamentada en un acervo probatorio que permita epistémicamente considerar *como verdadero* el hecho que la empresa participó, se interesó o benefició, y omitió generar los mecanismos adecuados de protección (*compliance*) para evitar el delito. Sin embargo, esa sanción no puede ser considerada penal pues no tiene la suficiente fuerza *veritativa* para asegurar que la persona jurídica que estamos condenado sea verdaderamente culpable –entendiendo como *verdaderamente culpable*, como lo apreciamos en materia penal-, luego no tiene ni la potencia retributiva, ni la legitimación estigmatizante que puede tener la pena penal. La sanción debe ser, simplemente, una consecuencia *orientada como reproche administrativo* que se satisfaga con estándares más bajos de atribución, que esté fuertemente orientada desde un prisma consecuencialista, sea para favorecer la disuasión, sea para incentivar un cambio virtuoso en la empresa sancionada.

Así, las consecuencias de este modelo serían las siguientes: la persona jurídica debe ser condenada cuando se pruebe, simplemente como la mejor inferencia posible, que en efecto: se cometió el hecho de conexión; la persona jurídica se interesó, obtuvo un beneficio o un provecho en el delito; y, la empresa o bien omitió adoptar, o el modelo de *compliance* que implementó era ineficiente para prevenir ese delito en particular.

Por otro lado, este es un sistema que no pretende establecer preferencias entre las dos hipótesis en pugna -la de la administración (o del Ministerio Público) y la de la

⁵⁶⁶ WEISSMANN, *A New Approach to Corporate Criminal Liability*, cit. p. 1324 y s.

empresa- luego efectivamente pueden darse mayores falsos positivos que en el caso de la responsabilidad penal personal. El efecto disuasivo, por ende, tenderá a ser cada vez mayor y, en relación a lo mismo, exhibirá mayor capacidad de prevenir la lesión de bienes jurídicos o de sancionar su efectiva lesión. Las sanciones -en todo caso- deben ser proporcionadas, donde la proporción sea adecuada para una efectiva disuasión y a un incentivo a la autorregulación.

En ese sentido, HAWKINS sostenía, a mi juicio con acierto, que una política legislativa fundada sobre el Derecho penal respecto de los entes morales es inadecuada. Las partes lesionadas están interesadas principalmente en la restitución, el proceso penal polariza y acentúa el contraste entre las partes y acarrea el riesgo de quiebra y no garantiza en ningún modo un mejoramiento en la conducta de la empresa. Concluía HAWKINS en que esos instrumentos no podían ser otros que los *compliance programs*⁵⁶⁷. El acuerdo con el autor británico no puede ser mayor, sólo un sistema eficaz, dinámico y flexible que pueda ir conociendo los sectores regulados y que pueda ir co-regulándolos asegurará un comportamiento ético empresarial.

Las personas jurídicas, vuelvo sobre ello, no se merecen «*el derecho penal*», como lo hemos entendido. Dicho de otra manera, mientras nosotros los humanos nos debemos el Derecho penal –para vivir armónicamente en sociedad, con sus restricciones y garantías–, porque tenemos un derecho a no ser castigados, y ese derecho lo podemos esgrimir frente a nuestros prójimos, las personas jurídicas no lo tienen y, por lo mismo, nada les debemos.

Quisiera terminar parafraseando a JAKOBS, en el sentido que si la ciencia del Derecho penal articula su propia pobreza (y su racionalidad limitativa, incluso irracional) y le expone a la sociedad la necesidad de ser consciente de ello (o sea, de que si no es por la pena es un mal mecanismo de prevención), permitiría contribuir a comprender los límites del tecnicismo de nuestro tiempo (de pensar que todo, incluso la participación *ex crimine* de una empresa, puede ser parte del *ius puniendi*) al hacerlo aflorar de modo consciente, de modo que al mismo tiempo haga que los rasgos de este tecnicismo se recorten frente al horizonte de otras posibilidades⁵⁶⁸. Un horizonte que,

⁵⁶⁷ HAWKINS, "Compliance Strategy, Prosecution Policy and Aunt Sally. A comment on Pearce and Tombs", en *British Journal of Criminology*, Vol. n° 30 (1990), p. 444 y s.

⁵⁶⁸ JAKOBS, *Ciencia del Derecho: técnica o humanística*, cit., p. 29 y s.

finalmente, no ponga en duda un Derecho penal que todavía exhiba la virtud del humanismo.

Finalmente, no queda sino hacer una última invitación: a recuperar la prudencia, a volver al origen, y a considerar que la personalidad del ente moral no puede sino extenderse más allá de reconocer en ellas la habilidad para reclamar los derechos que sean necesarios para inmunizarlas –a ellas y sus relacionados- de decisiones que marquen una preferencia por la falsedad. Los derechos *de las* empresas, que no son más que los mínimos del debido proceso, necesariamente deben tener como objetivo impedir que ellas sufran injerencias *arbitrarias o irrazonables* por parte del Estado. Nada más, y nada menos.

CONCLUSIONES.

En el caso de las personas jurídicas, no existe ningún obstáculo que impida o desaconseje que la participación *ex crimine* de un ente pueda establecerse como una infracción *cuasi* administrativa, al margen o dentro del sistema de justicia criminal. No existe una relación de causalidad entre imputar a un ente por su participación *ex crimine* y sostener que dicha responsabilidad deba ser conocida necesariamente por el sistema procesal penal, ni menos que esté cubierta por las restricciones que éste impone. Excluir la responsabilidad de las empresas del sistema de justicia penal se presenta, además, como una elección coherente: el menor costo de los procedimientos administrativos los debiese presentar como la opción a preferir, o es incluso posible, como lo demuestra la experiencia comparada, que la comisión de un delito dé lugar a medidas civiles que tengan un contenido sancionador y no meramente reparatorio.

Por otra parte, no es correcto ni cierto que el Derecho penal sea la mejor herramienta de protección de bienes jurídicos. El Estado, en verdad, protegería de mejor manera los bienes jurídicos en un modelo de pura coacción y autoridad, o incluso a través de un Derecho administrativo sancionador con menor resguardo de garantías, salvo por un detalle: la inconmensurabilidad de aquello que subyace la pena propia del Derecho penal, a saber, la censura y la inflicción de dolor, y en este último caso en general la pena privativa de libertad. Es la inconmensurabilidad de la privación de la libertad, y no la pena en sí misma –que es una contingencia– lo que hace de esa consecuencia un inconmensurable que dificulta la justificación del castigo penal, en cuanto choca con ciertos atributos propios de la humanidad.

Dicho de otra manera, dejando de lado la pena, no hay ni una razón para considerar que el Derecho penal protege mejor los bienes jurídicos (ni la estabilización de las expectativas normativas) que, por ejemplo, el Derecho administrativo sancionador o los propios sistemas autocompositivos y restaurativos. Es la pena, sus requisitos de imposición, sus dificultades de justificación epistémicas y su inconmensurabilidad, además del contexto de civilidad y alteridad que la subyacen, la que permite una mejor protección de los bienes jurídicos (o de las expectativas normativas). Pero nada de ello es relevante para las personas jurídicas.

La inconmensurabilidad de la pena se caracteriza por dos aspectos problemáticos, a saber: la censura (o estigmatización) y la inflicción de dolor (o el castigo duro). La segunda de ellas no se da en las personas jurídicas, y la primera, que es la que se suele invocar, tiene problemas en si misma –¿es la pena o el proceso?¿es la pena o el mercado?¿es la pena o el resto de las sanciones administrativas que surgen paralelamente y que son vistas por el mercado como un reproche estatal?– como también por los costos que ella implica, en términos de impunidad y dolor de las víctimas. Dicho de otro modo, no hay razones –ni desde la censura ni desde la inflicción de un dolor– para sostener que la persona jurídica deba quedar sometida a una *pena estatal*. Entre otras cosas, porque no hay nada *único en la responsabilidad penal de las personas jurídicas* que conlleve la censura y la privación de un castigo inconmensurable con otras sanciones, que además sea inherente al castigo penal. Por ello, la idea sostenida por algunos de que la *responsabilidad penal del ente* tendría una mayor fuerza comunicativa, la cual se reflejaría en la creación de una imagen pública negativa de la empresa es, sencillamente, un *wishfull thinking*.

Quienes apoyan la idea de que la responsabilidad de las personas jurídicas debería ser penal, y por ello ellas gozar de las garantías y derechos del proceso penal, incluido el estándar de la duda razonable (que sabemos se relaciona directamente con los conceptos de reprochabilidad, culpabilidad y retribución), seguramente creen que ello debe ser así porque el *ius puniendi* se legitima únicamente cuando impone la pena a quien se lo merece, más allá de la obviedad de la exigencia de la culpabilidad, por una cuestión además fáctica. El sujeto debe ser el autor de los hechos que se le imputa. Ello supone, entonces, un estándar alto de convicción que, entre otras cosas, distribuya los riesgos de error al punto de favorecer la absolución por sobre la condena. Sólo así podemos estar seguro que la utilización del Derecho penal, en la mejor medida dentro de nuestras capacidades racionales y axiológicas, prevendrá la condena de un inocente. Ello es, se dirá, el sello del Derecho penal.

Pero ese sello supone, igualmente, un escenario de inevitable desigualdad entre los sujetos relacionados con el injusto penal, me refiero en particular con la víctima o las víctimas (la pluralidad no es casual, tratándose de los delitos que cometen los entes ficticios). Dicho en simple, si el sistema tiene una preferencia marcada por evitar la condena de un inocente ello supone, necesariamente, que las expectativas –quizás

equivocadas– de las víctimas de que se condene a quien aparece –incluso de modo más razonable conforme a las pruebas– como autor, están necesariamente en un nivel de *infraprotección*. Y así debe ser, si la preocupación es evitar utilizar el *ius puniendi* contra quien no lo *merece*, pero no para quien no merece que se le use el *ius puniendi*.

Durante el desarrollo de la investigación hemos realizado las siguientes afirmaciones, en relación a la aplicación del estándar de la duda razonable a la persecución penal de las personas jurídicas:

1. Durante las últimas dos décadas, tanto en Chile, como en España e Italia, se ha ido abandonando el brocardo *societas delinquere non potest* y, en cambio, se ha ido aceptando la idea de que las empresas pueden participar en la comisión de un injusto penal.

2. Una de las justificaciones que se suelen predicar para aceptar la imputación penal de los entes morales es precisamente de orden político-criminal y criminológico, a saber, el mayor riesgo que hoy supone la participación de la actividad colectiva en áreas de especial relevancia para las sociedades, por lo mismo con una enorme capacidad sea de poner en peligro o lesionar bienes jurídicos, o bien de afectar la estabilidad de la norma.

3. Por otro lado, se suele justificar la adopción de un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre la pena, y en especial por el carácter estigmatizante y disuasivo de la misma.

4. Con todo, el debate en torno al sí de la responsabilidad penal del ente, en todo caso, ha estado centrado principalmente en aspectos propios de la capacidad de la persona jurídica -acción, culpabilidad e identidad de la pena-, pero en cambio se ha centrado menos en la conveniencia social y comunitaria de integrar a las personas jurídicas a un estatuto deontológicamente restrictivo como el Derecho penal: es decir, que tiene un conjunto de principios que limitan el ejercicio de la coacción del Estado, para que aquel adquiriera la calidad de un verdadero *ius puniendi*, o sea un derecho a castigar legítimamente a quienes poseen ciertos atributos especiales en virtud de su condición humana.

5. En ese transitar desde el «no a la responsabilidad penal de las empresas» al «sí, las empresas pueden delinquir», se ha ido imponiendo también la tesis de que las personas jurídicas no pueden ser imputadas por un *hecho ajeno*, como suele considerarse en modelos que niegan –o restringen fuertemente- la capacidad de culpabilidad del ente, como los modelos de heterorresponsabilidad; y, en cambio, han ido adquiriendo fuerzas los modelos cercanos a la autorresponsabilidad –en todo el matiz que ello implica- es decir, que como sea reconocen una culpabilidad suficiente para tratar al ente como un centro de imputación distinto de las personas naturales que lo componen.

a. Este es un punto central de la investigación, porque ella no tiene la misma capacidad de rendimiento tratándose de un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas desde una posición de heterorresponsabilidad a una de autorresponsabilidad.

b. A contrapelo de lo que ha dicho la doctrina mayoritaria, en esta tesis se asume que la única opción correcta –más no la adecuada ni deseada- de utilizar el Derecho penal para las personas jurídicas es el modelo de la heterorresponsabilidad, en cuanto el mismo no es más que una accesoriedad de la responsabilidad de las personas naturales.

c. El modelo de autorresponsabilidad –y sus matices- en cuanto asume que la persona jurídica es un centro de imputación autónomo de responsabilidad, que tienen capacidad de acción y de culpabilidad, implica que ella carece de los atributos para ser *digna del Derecho penal. No se lo merece.*

d. Con todo, esta tesis está pensada para el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas que se expresa en la letra c), no el de la letra b). Así, para evitar cualquier confusión, en esta tesis se asume la idea de que las personas jurídicas son capaces de acción, que es posible predicar de ellas una cierta culpabilidad y que la sanción que se les aplique tiene en ellas un receptor que las reconoce como tales.

6. En suma, las cosas están más o menos así: las empresas participan en actividades de gran relevancia social, y si bien ellas son entidades de gran importancia en la actividad económica y productiva del país, también son fuentes de peligro a bienes

jurídicos individuales y supraindividuales; pero además, y lo que es quizás más complejo, son capaces de generar culturas organizativas que incentivan la criminalidad individual. Principalmente en razón de lo anterior, y por su participación *ex crimine*, se les imputa penalmente, haciéndolas merecedoras las garantías propias del Derecho penal y procesal penal.

7. Una de las garantías más relevante del sistema penal, por su *filón* penal y procesal penal, es aquella que impone un alto estándar de prueba para que la proposición fáctica de la acusación venga probada *más allá de toda duda razonable*. El estándar *bard*, que se vincula estrechamente con la presunción de inocencia –y el *in dubio pro reo*–, se distingue de ellos en cuanto a que mientras la presunción de inocencia extiende su función garantista a la regla de trato del sujeto imputado, a la distribución de la carga de la prueba y a la definición del *dubio a favor del imputado* (*non liquet*), el estándar de la duda razonable le impone al juzgador un *quantum* de prueba para determinar cuándo una proposición determinada ha de tenerse por verdadera.

8. Desde luego no se trata solo de una cuestión solamente adjetiva, pues se relaciona íntimamente con dos cuestiones penales, a saber: la política criminal y la finalidad de las penas.

9. El estándar de la duda razonable, sea en su vertiente más subjetiva –certeza moral o íntima convicción–, o en una propuesta más objetiva, como la de la exclusión o eliminación de toda hipótesis razonable coherente con la inocencia del imputado, no solo carga con un contenido epistémico, sino que además contiene un valor axiológico y uno político-social.

10. Se entiende que el valor axiológico -o ético-político- del estándar de la duda razonable se expresa en una especial distribución del riesgo de error en la condena, en términos que la misma no se muestra neutral entre las partes, sino que asume una determinada posición, a saber, preferir un error a favor de un falso negativo (decir de alguien que no cometió un delito cuando si lo hizo) que de un falso positivo (decir de alguien que cometió un delito cuando no lo hizo). En ese sentido se trata de un estándar que suele asociarse a las clásicas máximas sobre la mayor *virtud* de no condenar a un inocente a pesar que ello implique dejar varios culpables libres.

11. El contenido axiológico que subyace esa preferencia se explica, principalmente, por motivos deontológicos, esto es, en razón del respeto a ciertos atributos inherentes a la condición humana, en especial la dignidad y la libertad.

a. En cuanto a la dignidad, una regla como el estándar *bard* tiene una especial preocupación por la especie humana como tal y, asimismo, por la que se predica de cada individuo de ella en particular, no en cuanto a algo que se merece o se alcanza, sino algo que se tiene. Esta última idea de dignidad, la individual, muestra su mejor expresión cuando se dice «nadie es más que nadie». Ello, en el Derecho penal, es particularmente relevante.

b. Algo similar sucede con la idea de libertad, donde entiendo por ella –siguiendo a RAZ– un prerequisite para la habilidad que un individuo requiere para ejercer las decisiones sobre el curso de la vida. Dicho de otra manera, la libertad es esencial para la autonomía, y se expresa en la habilidad para diseñar y proyectar su existencia. Quizás se puede replicar que las personas jurídicas puedan reclamar, como un atributo propio, la libertad –en general económica–, en especial aquellas que han alcanzado un alto nivel de autorreferencialidad, autoconducción y autodeterminación. Y ello seguramente es así, pero tal libertad de las personas jurídicas no alcanza el nivel de relación con la autonomía de la libertad individual que se expresa en la mayor realización de la misma, expresada en su negación, el propio fin de la vida. Un ejercicio de libertad y autonomía que, desde luego, cuesta imaginar en un ente.

12. La función político-social de la duda razonable se explica, a su vez, en cuanto a la necesidad de un estándar de prueba que refuerce nuestro esfuerzo de civilidad, esto es, la virtud de expresar respeto y reconocimiento por el otro, de reconocer en él un cumplidor de la norma, a menos que existan antecedentes fuertes que nos permitan destruir tal presunción y por lo mismo sancionarlo.

13. El estándar de la duda razonable aplicado a las personas jurídicas, por lo mismo, se expresa como una inadecuada concesión a las empresas, quienes no comparten los atributos de la personalidad humana y tampoco merecen participar del contenido virtuoso del concepto de civilidad que subyace la vida humana.

14. Pero lo más grave de reconocer un estándar como el de la duda razonable para las personas jurídicas no es que se les haga extensible, sin que tengan méritos para ello, ciertas reglas del *ius puniendi* que tienen un contenido deóntico que se justifica solo en razón de los atributos que ellas carecen, y que por lo mismo las pone en una posición de privilegio respecto de otros –la víctima y la comunidad- que sí los tienen.

15. En ese contexto el estándar *bard*, y volviendo al inicio, es una mala respuesta político criminal para la responsabilidad penal de las personas jurídicas, precisamente por el costo que tiene: con el evidente riesgo de la *infraprotección* de los bienes jurídicos o de la estabilidad normativa, pero además por exhibir un mal rendimiento en la capacidad de modificar las conductas criminógenas de las empresas que inciden en las conductas delictuales de sus integrantes.

16. Lo anterior se ve especialmente agravado si, a ello, se suma que tampoco en el ámbito de la pena la responsabilidad penal de las personas jurídicas rinde satisfactoriamente, por las siguientes razones:

a. En primer lugar, porque un estándar como el *bard*, u otro similar que exprese las mismas características axiológicas y político sociales, expresa un sentido que se relaciona de una manera especial con el derecho penal, a saber, la responsabilidad, la *answerability* y la alteridad.

b. En cuanto a la responsabilidad, la idea de ser llamado a responder por algo, en este caso por las infracciones del Derecho penal, supone no solo que la persona que deba responder tenga capacidad moral de hacerlo –lo que difícilmente se puede predicar de las personas jurídicas- sino también que sea reconocido como un *alter ego moral* por quien recibe la respuesta, sea como integrante de la comunidad, sea especialmente como alguien que ve en el otro el causante de su mal (la víctima).

c. La tesis que acá se ha sostenido, es que no obstante las empresas puedan responder –es decir, tengan cierta capacidad de agencia moral- esa capacidad no permite reconocerlas como un *alter ego* en el cual uno pueda verse reflejado, o sea, de verse en el otro, del modo que sus respuestas, en especial en los injustos públicos, permitan que respecto de ellas opere la autorreferencialidad que impone la capacidad de comprensión y exculpación que sucede con un *alter ego*.

d. Lo anterior se relaciona con el estándar *bard*, porque ese acto de responder, de dar cuenta, a la comunidad y a otro, sobre un injusto público, tiene tal especial gravedad que –relacionado con la civilidad- nos impone la obligación de la mayor certeza para desconocer esa respuesta, para negarla, y con ello afirmar su incumplimiento con la norma de conducta y buscar, mediante la pena, el restablecimiento de la norma. El restablecimiento correcto de la vigencia de la norma supone un grado de corroboración especialmente alto, y eso lo da el estándar *bard*, y eso tampoco se lo merecen los entes morales.

e. En ese contexto, frente a un injusto provocado en una actividad riesgosa de un ente colectivo, su capacidad de respuesta frente al injusto, por ejemplo en términos de un posible cumplimiento del modelo de prevención del delito, no tiene el mismo contenido moral que supone por ejemplo reconocer en alguien una circunstancia justificante o exculpatoria, que expresan razones humanas que explican la respuesta, y que por lo mismo permiten reflejarse en el otro y comprender que ese actuar es –quizás- el mismo que uno hubiera realizado. Con las personas morales eso no es equivalente, luego en un supuesto como ese, difícilmente la comunidad va sentir su respuesta como satisfactoria, para justificar la impunidad.

f. Lo anterior se ve especialmente agravado si en algunos casos la aplicación del estándar *bard* supone la preferencia incluso por una hipótesis menos corroborada, por ende, donde en un estándar neutro la verdad hubiera apoyado la tesis confirmatoria de la responsabilidad.

g. Dicho lo anterior, entonces, el estándar *bard*, a nivel de la sanción, muestra una marcada preferencia con una mirada retributiva de la pena, aquella que se centra en la idea de *merecimiento* (culpabilidad), en cuanto justifica el castigo asegurando en su mejor posibilidad que la pena se impone a quien le corresponde.

17. En este punto conviene llegar a la cuestión de la relación entre la condena de un inocente y la finalidad de la pena. En el derecho continental esta cuestión ha sido menos discutida que en el derecho anglosajón, pero hay una estrecha relación entre un estándar de prueba y la finalidad de la pena. Mientras una finalidad de la pena retributiva –salvo en la de Moore- se expresa mejor con un estándar alto de prueba como el de la duda

razonable, una aproximación consecuencialista (utilitarista) se avendría mejor con una posición menos estricta en cuanto a los riesgos de errores, en razón de necesidad de incrementar la felicidad o bienestar de la mayoría.

18. En el caso de las personas jurídicas, no parecen haber buenas razones para tener un estándar como el de la duda razonable, pues respecto de ellas la sanción parece cumplir su mejor expresión en la prevención general negativa (evitar que otras empresas hagan lo mismo) y de la prevención especial (fomentar la virtuosidad corporativa desde los *compliance programs*). Se trata, en definitiva, de una adhesión declaradamente consecuencialista a la sanción, donde cabe preguntarse si lo mejor es que ello sea reconocido como penal.

19. Finalmente, la tesis que acá se cierra es que tal perspectiva declaradamente consecuencialista, con un estándar mínimo veritativo –lo justo para que la decisión sea racional y justa-, no se aviene con el Derecho penal, y que no corresponde que se trate así. Las empresas no se merecen el Derecho penal, sino que un modelo de persecución *cuasi-administrativo*, eficiente, concentrado y con las mínimas garantías razonables.

ARQUITECTURA DE UN MODELO DE IMPUTACIÓN COMPATIBLE CON LA INVESTIGACIÓN

Una vez recorrido todo este camino, nos queda solo definir –aunque sea solo en términos todavía estructurales- el sistema de imputación *ex crimine* de las personas jurídicas, consistente con la investigación. Adelanto que el modelo tiene dos fuertes inspiraciones, a saber: a) el D.lgs. 231, de 2001, pero en su vertiente por así decirlo original, esto es, como un sistema administrativo de responsabilidad del ente, en un contexto de menores garantías que las del Derecho penal, pero sin el apego italiano al *simultaneus processus*; y, b) el modelo de control del delito que, en su oportunidad, identificó Herbert Packer.

El sistema de imputación de las personas jurídicas debe asumir que su principal propósito es la persecución y sanción, en términos de justicia y razonabilidad, de la delincuencia corporativa. Esa es la principal función del modelo de responsabilidad del ente. La incapacidad del sistema de controlar y sancionar estrictamente la *participación ex crimine* de una empresa, expresa una deficiencia intolerable a la protección que el Estado les debe brindar a las víctimas y la comunidad, pero además, implica un déficit en la realización de la libertad humana. En el caso de las personas jurídicas, el sistema de imputación de los entes morales debe ser un factor que garantice y favorezca la libertad social.

En ese sentido, el modelo de imputación debe ser especialmente eficiente, y por ello entiendo que debe ser capaz de detectar la participación de las empresas *ex crimine*, determinar el delito de conexión, con especial énfasis en el interés, provecho o beneficio de la empresa, ser particularmente riguroso en la identificación del déficit de organización, y juzgar y sancionar a las empresas a las que se les pueda acreditar su participación *ex crimine* y la ausencia de un adecuado modelo de prevención de delitos.

Se trata de un modelo de imputación que debería incentivar la rapidez y la colaboración con la administración o la persecución, y evitar la ritualización y formalización propia del exceso de judicialización. Se debería considerar un proceso que favorezca la determinación administrativa de los hechos –la revisión de los

antecedentes- imputados a la empresa –el interés y provecho, pero además el déficit del modelo de organización-, y no mediante el proceso de análisis y revisión en el proceso judicial.

Este proceso previo administrativo debería ser central para determinar la inocencia de los entes morales, sea porque no se pudo identificar el beneficio o provecho del ente, o porque el modelo de organización funcionó adecuadamente. En este modelo no deberían haber diferencias sustanciales tratándose de sujetos apicales, o relacionados con el ente, en ambos casos debería tenderse a una colaboración de la empresa y a un suficiente *disclosure*, que permita saber si efectivamente el modelo funcionó adecuadamente, y si hubo alguna conducta individual que infringiera expresamente el modelo, una regla o una política institucional.

En este contexto, tratándose de un modelo de imputación que incluya un hecho de conexión y el déficit de organización, la preferencia en la determinación administrativa de los hechos debería centrarse en una parte de ese hecho de conexión – el interés y/o el provecho- y en el déficit de organización, mientras que la cuestión del delito base y la participación de una persona relacionada quedaría entregada a una investigación penal.

Desde luego se trata de un modelo donde la empresa debería poder acordar rápidamente con el ente acusador –sea administrativo o penal- a fin de llegar a una solución que implique rápidamente terminar con esa persecución, fortaleciendo en ese acuerdo mecanismos correctores del déficit de organización, como la implementación, corrección u actualización del modelo de cumplimiento, una multa, algún tipo de sujeción administrativa o judicial y la reparación de las víctimas.

En este sistema, si la empresa considera necesario que se acredite la participación de la persona natural en el delito base, el modelo de imputación debería considerar que la empresa pueda ir a juicio una vez declarada la culpabilidad de la persona natural. Pero declarada que ella sea, el juicio al ente debería concentrarse en lo que respecta a la otra parte del hecho de conexión, a saber, el interés y beneficio del ente, y solo en ello la carga de la prueba debería recaer en el acusador con un estándar de prueba que debería ser solo la de PdE, esto es, que existen más antecedentes que si a que no que la empresa se benefició o interesó en el delito; y respecto del déficit de

organización la carga de la prueba debería recaer en el ente y también con un estándar de prueba como el de la PdE, por lo que no serviría que ella únicamente logre alcanzar una duda razonable en el adjudicador.

Se podría incluso considerar un modelo que permitiera condenar a la empresa cuando la acusación lograra probar, con un estándar como el de la PdE que incluso se cometió el delito base y que en él tuvo participación un relacionado con la empresa, a pesar que por el estándar *bard* no fuere posible imputarlo a la persona natural: pero es evidente que ese resultado –que en el mundo anglosajón podría ser comprendido- quizás en nuestros modelos legales generaría más que una dificultad.

El modelo de imputación debería, en ese sentido, contemplar un sistema de adjudicación también de mayor libertad probatoria, con menores reglas extra o contraepistémicas, con mínimas exclusiones de prueba, con algunas reglas para obligar a entregar prueba a la empresa, y donde el adjudicador tenga el mejor acervo probatorio, a fin de que su decisión sea justa y racional.

Desde luego, en caso de ser condenada en el juicio la sanción de la empresa debería ser considerablemente más alta que aquella que pudiera alcanzar con el acuerdo en sede administrativa o de persecución.

No se trata, desde luego, de establecer un sistema de justicia autoritario o arbitrario en la persecución y sanción de las personas jurídicas, muy por el contrario, la idea que se propone es un modelo que, no obstante su menor exigencia de corroboración epistémica (*rectius*: un menor estándar de prueba), sea legítimo para determinar la responsabilidad del ente, descansando en un proceso que cuente con mayores herramientas procedimentales y una mayor libertad probatoria. Significa, en concreto, un sistema que, aunque suene fuerte, se configure desde un equilibrio mayor entre las opciones de error, luego donde puedan haber más empresas inocentes condenadas, pero también más empresas culpables condenas.

Un modelo como este, a su vez, en cuanto desincentiva el *simultaneus processus*, sirve también de protección a las personas naturales que son enjuiciadas en el contexto de un delito donde se atribuye participación *ex crimine* a la empresa, pues el control, sea de la admisibilidad como de la pertinencia de la prueba, queda cautelada en el control judicial propio del Derecho penal, sede dónde deberá discutirse la licitud de la

prueba obtenida en el contexto de la persecución del ente. Por lo mismo le impone la carga a la administración –a la acusación- de no descansar únicamente en la persecución del ente, pues el resultado probatorio del mismo no se replicará *mutatis mutandi* en la persecución de la persona natural.

Respecto de estas última, desde luego, debe cautelarse fuertemente el derecho a no autoincriminarse, el derecho de privacidad, el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a no ser condenado salvo que exista prueba más allá de toda duda razonable. Se trata, desde luego, de un humano: alguien digno del Derecho penal.

ANEXO

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN CHILE, ITALIA Y ESPAÑA

Sumario: 1. Evolución histórica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. – 2. Chile. – 2.1. Génesis del Proyecto de Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. – 2.2. Contenido original de la Ley 20.393. – 2.3. Modificaciones posteriores. – 3. España. – 3.1. Evolución histórica en el Derecho Penal español. – 3.2. La primera reforma. El año 2003 y las nuevas disposiciones en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. – 3.3. La nueva regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español. – 3.4. La era del *compliance*. – 4. Italia. – 4.1. Sobre la naturaleza de la responsabilidad por el delito. ¿Qué tipo de responsabilidad? – 4.2. Responsabilidad de la persona jurídica conforme al Decreto legislativo n. 231. – 4.2.1. ¿Qué entes pueden ser sancionados? El sujeto calificado. – 4.2.2. Catálogo de delitos de los cuales surge una (eventual) responsabilidad del ente. – 4.2.3. Criterios de imputación del Decreto legislativo n. 231. – 4.2.4. Autonomía de la responsabilidad del ente. – 5. Conclusión.

1. Evolución histórica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Lo que antes era una excepción, hoy se ha ido transformando en una regla. Una importante cantidad de países pertenecientes a la tradición continental, que hasta hace un par de décadas abrazaban con fervor el brocardo *societas delinquere non potest*, lo han ido abandonando, en parte por demandas internas como por la necesidad de dar cumplimiento a obligaciones internacionales, acercándose, con ello, a la tradición de los países del mundo anglosajón⁵⁶⁹. En cada país en que se ha legislado sobre la

⁵⁶⁹ Sobre la evolución histórica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuestión por lo demás ya suficientemente estudiada y documentada, en especial a partir del debate doctrinal que se originó entre quienes defendían las teorías sobre la *ficción* o *realidad*, en particular SAVIGNY, VON GIERKE y WEVER, y el *iter* europeo continental al respecto, que durante algunos siglos aceptó la imputación –a fin de excomulgar– a los entes morales (*universitas*), y su posterior desaparición y reaparición, solo en las últimas décadas. En el *common law*, en cambio, la historia fue un poco inversa, luego de siglos de no reconocimiento de la responsabilidad colectiva, tuvo una aparición más bien tardía,

responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha suscitado un debate similar –con intensidad diversa, como en España e Italia donde la discusión académica fue intensa y profusa, a Chile, donde al principio quedó radicada a un intercambio de columnas de opinión– respecto de la aplicación de los criterios clásicos de la teoría del delito a la responsabilidad del ente, sumado a la necesidad político–criminal y criminológica de responsabilizarlos penalmente, y las dificultades de los criterios clásicos de imputación a las personas naturales, en actividades realizadas al interior de una empresa.

Es bastante difundida la idea de que la responsabilidad del ente es algo relativamente nuevo, una tendencia inaugurada en el ocaso del siglo que recién nos dejó, en medio de una ola expansionista de punibilidad, rompiendo con una tradición histórica del *societas delinquere non potest*. Ese es el caso de los países que son objeto de esta investigación. Tanto Chile, España e Italia adoptaron en tiempos relativamente recientes modelos de responsabilidad de las personas jurídicas que, en principio, se pueden considerar como penales.

En todo caso, como ya se adelantó, la revisión del sistema de responsabilidad penal de los tres países va ser específica a aquellos aspectos que son relevantes para la investigación, a saber: a) la naturaleza jurídica de la imputación; b) el sistema de imputación (en general); c) la naturaleza y entidad de la sanción; y, d) la regulación procesal, en especial respecto de la duda razonable. Todo ello con algo de historia respecto de la incorporación de la responsabilidad penal del ente, para ponerlo en un contexto.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile.

El 2 de diciembre de 2009 se publicó en el Diario Oficial la Ley 20.393 que, como su título lo indica, establece la “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los Delitos de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y delitos de

que en todo caso marcó una fuerte influencia en el derecho continental (algo paradójico el camino de ida y vuelta). Sobre la historia del brocardo *societas delinquere non potest* vid. DE SIMONE, *Personae giuridiche e responsabilità da reato*, cit., *passim*, en especial el segundo capítulo; BACIGALUPO SAGGESE, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, cit. p. 99 y ss.; NOVOA ZEGERS, *Algunos alcances dogmáticos sobre la responsabilidad penal de las personas*, cit. p. 311 y ss.; BLANCH NOUGUÉS, “Acerca de la responsabilidad penal de las *civitates* en derecho romano”, en D’IPPOLITO, *Scritti per Gennaro Franciosi*, Satura, 2007, pp. 254 y ss.; LIST; PETTIT, *Group Agency. The Possibility, Design, and Status of Corporate Agents*, Oxford, 2011, en especial la parte III, *The Normative Status of Group Agents*.

Cohecho que indica”. A partir de ese momento, y salvo ciertas excepciones normativas dispersas⁵⁷⁰, se trizó irremediamente la vigencia del brocardo *societas delinquere non potest*, quedando las personas jurídicas en condiciones de ser imputadas por los delitos de cohecho activo, a funcionarios públicos nacionales y extranjeros, por financiamiento del terrorismo y lavados de activos⁵⁷¹. Con posterioridad la ley ha sido objeto de dos modificaciones que, como veremos, básicamente han aumentado los delitos y las penas aplicables a las personas jurídicas⁵⁷².

La Ley 20.393, en su versión original, tenía tres artículos: el primero –y quizás el más importante– el que incorporó en al ordenamiento chileno un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas⁵⁷³; el segundo, que incluyó una importante modificación al artículo 294 bis del Código Penal, prescribiendo, como *consecuencia accesoria*, la pena de disolución o cancelación de la personalidad jurídica cuando la asociación ilícita se hubiere formado a través de ella; y, el tercero, que modificó también la Ley 19.913, de la Unidad de Análisis Financiero, disponiendo también la disolución, como *consecuencia accesoria*, respecto de las personas jurídicas, en el caso que la asociación ilícita para el lavado de activos se hubiere formado a través de ella.

Como se adelantó, la ley que estableció la responsabilidad penal del ente no fue precedida, en lo absoluto, de un debate doctrinario ni académico y, aunque se suele decir que se han escrito ríos de tinta sobre la materia, en Chile, hasta antes de la ley, se habían escrito solo un par de artículos y algunas columnas de opinión. Muestra de ello es que la responsabilidad penal de los entes morales ni siquiera generó interés –y esa era

⁵⁷⁰ Cfr. HERNÁNDEZ BASUALTO, *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., p. 208, citando entre otras, la Ley 13.305, que sancionaba las conductas monopólicas. Respecto de la precitada ley *vid.*, COUSIÑO MAC IVER, quien ya hace décadas destacaba –con una anticipación envidiable– la necesidad de revisar –críticamente– la «punibilidad de las personas jurídicas». Cfr. COUSIÑO MAC IVER, “El Delito socioeconómico. Relación del Prof. Cousiño”, en ETCHEBERRY (Dir.) *Revista de ciencias penales*, Tomo XXI, Santiago, (1962), pp. 47 y ss.; ID., *Derecho penal chileno*, T.I, Santiago, 1975, p. 27.

⁵⁷¹ El lavado de activos está tipificado en el artículo 27 de la Ley 19.913, y en ese tipo no se comprende ni el delito de asociación ilícita para el lavado de activos, contemplado en el artículo 28 de la citada ley, ni sus delitos base. Lo anterior, en todo caso, es sin perjuicio de la aplicación, cuando correspondiere, de la sanción –como consecuencia accesoria– de la disolución o cancelación de la personalidad jurídica, conforme lo prescribe el artículo tercero de la ley.

⁵⁷² Me refiero a las Ley 21.121, publicada el 20 de noviembre de 2018, y la Ley 21.132 publicada el 31 de enero de 2019.

⁵⁷³ Artículo que, a su vez, tiene 29 artículos y tres título; el primero, de la Responsabilidad penal de las personas jurídicas; el segundo, de las Consecuencias de la declaración de responsabilidad penal de las personas jurídicas; y, el tercero, del Procedimiento.

la oportunidad— en el contexto de las discusiones del anteproyecto de Código penal, del año 2005⁵⁷⁴.

Por ello, es innegable que fue el reconocido propósito de ingresar a la OCDE el impulso transcendental en esta materia⁵⁷⁵. Es más, parece razonable sostener que, de no haber existido ese interés político, simplemente no se habría discutido —no hubiera estado en la agenda política— la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y seguramente hoy seguiría rigiendo, con vigor, el aforismo *societas delinquere non potest*⁵⁷⁶. Pero lo cierto es que durante la primera década de este siglo existió un marcado interés político por ingresar a la OCDE⁵⁷⁷, destacándose como un obstáculo para ello la falta de cumplimiento a las exigencias de la “Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales” (en adelante “la Convención”)⁵⁷⁸, en particular respecto de la exigencia de asegurar la responsabilidad —no necesariamente penal— de las personas jurídicas⁵⁷⁹.

⁵⁷⁴ HERNÁNDEZ BASUALTO, *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit. p. 207 y s.; ID. “Chile. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y reforma penal integral en Chile”, en ZUGALDÍA ESPINAR; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (Dir.), *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en latinoamérica y en España*, Pamplona, 2015, p. 90.

⁵⁷⁵ HERNÁNDEZ BASUALTO, *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit. pp. 207 y ss; ID., *Chile. Responsabilidad penal*, cit., pp. 87 y ss; BOFILL, “Estructuras de imputación y prevención de delitos al interior de la persona jurídica”, en WILENMANN (coord), *Gobiernos corporativos. Aspectos esenciales de las reformas a su regulación*, Santiago, 2011, pp. 175 y ss.

⁵⁷⁶ Al respecto, HERNÁNDEZ BASUALTO señala: «con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.393, en diciembre de 2009, se abandona en Chile una larga tradición de apego a la máxima *societas delinquere non potest* y se consagra la responsabilidad penal de las personas jurídicas», reconociendo que «la mayor o menor dignidad que quepa atribuirle a las razones que dieron lugar a este giro legislativo, la entrada en vigencia de la nueva ley representa una innovación transcendental en la fisonomía del derecho penal chileno», en HERNÁNDEZ BASUALTO, “Desafíos de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, Vol n° 16 (2012), p. 75.

⁵⁷⁷ Obviamente el ingreso de Chile a la OCDE exigía mucho más que el cumplimiento de los requerimientos de la Convención. Sin ir más lejos, durante el 2009, junto con la Ley 20.393, se aprobaron la Ley 20.382, que introdujo perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas, la Ley 20.406, que estableció normas que permiten el acceso a la información bancaria por parte de la autoridad tributaria, y la Ley 20.392 que modificó el estatuto orgánico de la corporación nacional del cobre de Chile (Codelco) y las normas sobre disposición de sus pertenencias mineras que no forman parte de yacimientos en actual explotación. Difícilmente hubo otro periodo con tan nivel de fecundidad legislativa. En menos de dos meses se publicaron las cuatro leyes que eran fundamentales para ingresar a la OCDE y, cualquiera que se interiorice en ellas, se dará cuanta que tuvieron un impulso en su discusión y aprobación en el año 2009.

⁵⁷⁸ Al respecto *vid.* PIETH (ED.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, Dordrecht, 2011, *passim*; MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012, *passim*, en especial el capítulo primero.

⁵⁷⁹ Como se sabe, la Convención no exige a los Estados partes establecer un sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas, sino que basta con un sistema que permita asegurar la aplicación de sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas, previendo, expresamente, que si el ordenamiento jurídico no contempla tal responsabilidad, el Estado deba establecer medidas para que se apliquen sanciones con esas características.

En este sentido, de la simple lectura de los artículos 2° y 3° de la Convención⁵⁸⁰, pareciera ser que el legislador habría incurrido en una *ultra petita*, u optado por los cañonazos y no por las balas⁵⁸¹, concediendo más de lo que estaba obligado y, de paso, desoyendo décadas de una tradición que negaba la responsabilidad penal a los entes morales. Sin embargo, si uno revisa en detalle lo que fue el proceso de negociación que Chile tuvo que sortear para ingresar a la OCDE, particularmente a fin de dar cumplimiento a las recomendaciones que el *Working Group on Bribery in International Business Transactions* (en adelante WGB)⁵⁸² realizó, respecto del lento avance en la implementación de la Convención, entenderá que en el contexto de un periodo acotado de tiempo –fijado por la realidad política– la solución que se adoptó mediante la Ley 20.393, fue, en general, bastante razonable, aunque, en mi opinión, se pecó en *exceso* al asignarle naturaleza penal a la imputación y, especialmente, al reconocerle un abanico excesivo de derechos –penales y procesal penales– a la empresa⁵⁸³.

En el 2003, cuando se hicieron las primeras recomendaciones de la Evaluación de la Fase 1, el WGB le recomendó a Chile –debido a que carecía de una normativa de responsabilidad de las personas jurídicas por el delito de cohecho– adoptar una legislación que específicamente la contemplara, de conformidad a las prescripciones de la Convención. Y, más específicamente, durante la revisión de la Fase 2, que se efectuó durante los años 2006 y 2008, se realizó una *visita in situ* del grupo examinador, cuyo resultado fue, sin ánimo de exagerar, decepcionante. El WGB reconoció aspectos

⁵⁸⁰ Así, la Convención dispone que: «Artículo 2. *Responsabilidad de las Personas Morales*. Cada Parte tomará las medidas necesarias, *de acuerdo con sus principios legales*, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho a un servidor público extranjero. Artículo 3. Sanciones. 1. El cohecho a un servidor público extranjero será sancionado mediante sanciones de carácter penal eficaces, proporcionadas y disuasivas. (...). 2. Si, dentro del sistema jurídico de una de las Partes, la *responsabilidad penal no es aplicable a las personas morales*, esta Parte deberá asegurar que éstas queden sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas de carácter no penal, incluyendo sanciones pecuniarias, en casos de cohecho a servidores públicos extranjeros» (destacado agregado).

⁵⁸¹ Para usar la gráfica imagen de LASCURAÍN, al criticar, en términos similares, a la regulación española. Cfr. LASCURAÍN, “Compliance, debido control y unos refrescos”, en ARROYO ZAPATERO; NIETO MARTÍN (Eds.), *El Derecho Penal Económico en la era compliance*, Valencia, 2013, p. 115.

⁵⁸² Sobre la importancia del *Working Group* en la lucha internacional contra la corrupción Vid. HATCHARD, *Criminalizing corruption: the global initiatives*, en BOISTER; CURRIE (Eds.), *Handbook of Transnational Criminal Law*, Abingdon, 2015, pp. 351 y ss.; MONTANARI, “La normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali. I rapporti dell’Unione europea, del Working Group on bribery dell’OCSE e del GRECO concernenti il nostro Paese”, en *Diritto Penale Contemporaneo*, pp. 1 y ss.

⁵⁸³ Por eso HERNÁNDEZ BASUALTO expresa, al respecto, que: «[d]adas estas circunstancias poco propicias [un contexto de urgencia y poco espacio para una reflexión académica], ciertamente debe celebrarse que el resultado del trabajo legislativo parezca en lo fundamental acertado». Cfr. HERNÁNDEZ BASUALTO, *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., pp 207 y ss;

cumplidos correspondientes a la Fase 2⁵⁸⁴, pero expresó su seria preocupación por que Chile no avanzó en las recomendaciones de la Fase 1 (implementación de institucionalidad), y que consideraba relevantes, entre otras: cumplir con el tipo penal de cohecho de acuerdo a la Convención e introducir la responsabilidad de las personas jurídicas por el delito de cohecho a funcionario público extranjero, estableciendo un procedimiento en que se pudieran disponer sanciones eficaces, proporcionales y disuasivas para ellas. En razón de lo anterior, se decidió que, además de avanzar con el proceso regular de seguimiento de la evaluación Fase 2, se concedería un año a Chile para cumplir con los aspectos observados de la Fase 1, en un examen inédito que se denominó Fase 1 bis. Sin embargo, dando cuenta de la desconfianza respecto de la efectiva disposición y compromiso de cumplir con estas observaciones, se generó una segunda nueva instancia, denominada Fase 1 *ter*, que sólo se dio por cumplida cuando el Congreso Nacional aprobó la Ley 20.393, y sólo restaba su publicación⁵⁸⁵.

En ese contexto, entonces, el escenario que se avizoraba para ingresar a la OCDE, al menos en lo que dice relación con la Convención, era de suyo difícil. Si a lo anterior se suma que en el ordenamiento jurídico, salvo en lo que dice relación con las actividades y entidades reguladas por las *superintendencias*, no existía un sistema general de control administrativo, ni un tribunal contencioso administrativo, resultaba complejo el escenario de adoptar un modelo que permitiera cumplir satisfactoriamente la exigencias de la OCDE⁵⁸⁶.

⁵⁸⁴ Se valoraron como meritorios: los avances en los procedimientos para la asistencia legal mutua; la legislación contra el lavado de activos; la tipificación del delito de cohecho como delito predicado de lavado de activos; la regulación del Director del Servicio de Impuestos Internos respecto de una explícita prohibición de deducir las dádivas de un cohecho a los impuestos.

⁵⁸⁵ Al respecto véase el informe de fase 1 de Chile, que fue adoptado por la OCDE el 24 de agosto de 2004 y que se encuentra disponible en la página web de ese organismo www.oecd.org/dataoecd/52/45/33742154.pdf; el reporte de la fase 2, adoptado por la OCDE el 11 de octubre de 2007, disponible en www.oecd.org/dataoecd/38/10/39540391.pdf. Posteriormente, y dado los incumplimientos, se determinó por la OCDE desarrollar las fases 1 *bis* y 1 *ter*, durante los meses de octubre y diciembre de 2009 respectivamente. El informe en fase 1 *bis* se encuentra disponible en www.oecd.org/dataoecd/62/32/43902840.pdf, y el informe en fase 1 *ter* en www.oecd.org/dataoecd/60/12/44254056.pdf.

⁵⁸⁶ La Convención de la OCDE no es la única que insta a los países miembros a establecer un sistema efectivo de sanción para las personas jurídicas, que sea idóneo para aplicar sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas. Así, por ejemplo, lo hace la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; el Convenio internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo; La Resolución N°1373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas; y las 40+9 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) para el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.

2.1. Génesis del Proyecto de Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.

En el escenario descrito, y dada la dificultad de establecer un sistema que permitiera cumplir con las obligaciones de la Convención, en lo que se refiere a la responsabilidad de las personas jurídicas, se conformó un equipo a cargo de la redacción de un proyecto específicamente sobre la materia. Su designación –y su específico mandato– permitió revertir la desconfianza del WGB, lo que se constató en un viaje que resultaría trascendental para la historia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile⁵⁸⁷, realizado a mediados del 2008, en el que una delegación de Chile concurrió a la OCDE para analizar los diversos modelos comparados de responsabilidad. Al regresar, en conjunto con las autoridades nacionales, se decidió redactar un proyecto de ley que tuviera, como modelo o insumo principal, el D.lgs 231/2001⁵⁸⁸.

Durante la redacción del proyecto, y luego en la tramitación del mismo, se fueron incorporando ideas de otros modelos comparados, en particular, del modelo norteamericano, principalmente de las *Federal Sentencing Guidelines*, en especial su capítulo octavo, las llamadas *Organizational Guidelines*. Desde el punto de vista dogmático las principales fuentes de apoyo fueron, sin duda, las obras de TIEDEMANN y el libro de NIETO MARTÍN⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ Pocos saben, pero el Ministerio de Hacienda tenía listo un proyecto de ley que, derechamente, establecía un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas por el delito de cohecho – extranjero- haciendo aplicable, en lo pertinente, la totalidad del Código Penal y el Código Procesal Penal.

⁵⁸⁸ El equipo encargado de redactar el proyecto de ley de responsabilidad de las personas jurídicas estuvo a cargo del Ministerio de Justicia. En sus orígenes, el equipo se conformó por Nelly Salvo, quien era la responsable y estaba a cargo del proyecto, Pilar Torres, abogada; Javiera Asencio y Rodrigo Zúñiga, abogados e Ignacio Castillo Val. Durante la tramitación del proyecto se incorporó el abogado Sebastián Cabezas. A ese grupo habría que sumarle el aporte de otros profesionales, algunos de ellos miembros del Grupo Nacional de Expertos contra la Corrupción, en especial, Hernán Fernández y Roberto Morales, del Ministerio Público; Manuel Brito, del Ministerio de Hacienda y Alvaro del Barrio, de la Unidad de Análisis Financiero. Al tiempo se incorporó al trabajo Héctor Lehuede, asesor del Ministerio de Hacienda, quien tuvo una activa participación en el seguimiento del proyecto, una vez que aquel estaba siendo tramitado en el Congreso Nacional. Por último, es necesario también reconocer a algunos destacados abogados penalistas que asesoraron al equipo en la redacción del proyecto, en especial, a Gonzalo Medina y a Héctor Hernández Basualto. Junto al equipo ya indicado, y sin perjuicio de la participación de destacados académicos en el proceso legislativo, tuvieron también una relevante participación en las modificaciones del proyecto, a partir del segundo trámite legislativo, los abogados Jorge Bofill, Miguel Chávez y Miguel Schürmann.

⁵⁸⁹ NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., *passim*.

Quizás la única modificación que tuvo el proyecto original del que finalmente se presentó al Congreso fue que el primero establecía derechamente un sistema de *responsabilidad penal* de las personas jurídicas y, por ende, incluía criterios de imputación penal, sanciones penales y modificaba, en lo pertinente, el artículo 58 del Código Procesal Penal, derogando –al menos para los delitos que contemplaba el proyecto– el brocardo *societas delinquere non potest*⁵⁹⁰, mientras que el Mensaje que se envió al Congreso Nacional se intituló “Proyecto de Ley que establece la Responsabilidad *Legal* de las Personas Jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y Delitos de Cohecho que indica”, y se le sustituyó las expresiones penas por sanciones, condenadas por sancionadas y, obviamente, se eliminó la referencia al artículo 58 del Código de Enjuiciamiento Penal. Se trató, en todo caso, de una cuestión estratégico–legislativa más que técnica, pues la intención del ejecutivo, justamente por el impacto que podía significar derogar el brocardo ya tantas veces citado, fue que durante la tramitación los parlamentarios sugirieran que el sistema fuese propiamente penal –en razón de sus características–, y así ocurrió, desde la primera sesión⁵⁹¹.

Un aspecto relevante de destacar, sin perjuicio de lo que profundizaremos *infra*, es el hecho que el proyecto original incluía la referencia a que la responsabilidad del ente exigía que la comisión del delito «*se haga [fuese] posible*» por el incumplimiento de éste de los «*deberes de dirección y supervisión*». Quizás la redacción no era la más feliz, pero el sentido inequívoco de la expresión apuntaba a un modelo de imputación por un *defecto de organización*⁵⁹². En otras palabras, buscaba profundizar esa relación de causalidad que debía existir, propia de la culpabilidad de la empresa, de la

⁵⁹⁰ El artículo 58 del Código Procesal Penal, aún vigente para los otros delitos que no están en la Ley 20.393, dispone que “Responsabilidad penal. La acción penal, fuere pública o privada, no puede entablarse sino contra las personas responsables del delito. La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare”.

⁵⁹¹ Para ver la Historia de la Ley, la participación de los académicos y las diversas posturas que se presentaron *vid.* Historia de la Ley, descargable en <https://www.bcn.cl/historiadelaLEY/nc/historia-de-la-ley/4785/>

⁵⁹² HERNÁNDEZ BASUALTO, *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit. p. 207 y s., aunque también lo llama un modelo atenuado de responsabilidad derivada; ID. *Chile. Responsabilidad penal*, cit. p. 88; MATUS ACUÑA, “La certificación de los programas de cumplimiento”, en ARROYO ZAPATERO; NIETO MARTÍN (Dir.), *El Derecho penal económico en la era del compliance*, Valencia, 2013, p. 149. Por otra parte, alguna doctrina ha visto en el modelo uno de autorresponsabilidad o responsabilidad por el hecho propio, BALMACEDA; GUERRA, *Políticas de prevención de delitos en la empresa*, Santiago, 2014, p. 98 y s.; o bien como un modelo que funda su responsabilidad por el carácter, Cfr. MAÑALICH RAFFO, “*Organización delictiva*”, cit., pp. 279 y ss.

imputación por un hecho propio (no ajeno) y de la proscripción de la responsabilidad objetiva, entre el incumplimiento *por parte de la empresa* de los deberes de *dirección y supervisión*, y que ello *hiciera posible la comisión del delito*. En el primer trámite constitucional se aprobó una indicación de un grupo de Diputados⁵⁹³ que cambiaba la relación de *posibilidad* de la comisión del delito por, en cambio, que aquel fuera *consecuencia* del incumplimiento, por parte de la persona jurídica, de los deberes de dirección y supervisión. A pesar de que se argumentó –siguiendo a BOFILL–, que aquello expresaba las mismas ideas de la disposición, lo cierto es que el cambio no fue menor pues en términos de relación de causalidad la diferencia entre que el hecho *x* sea una *posibilidad* a que sea una *consecuencia* se representa mejor como un supuesto de una causalidad hipotética, que supone una exigencia de infracción *casi rayana a la certeza*⁵⁹⁴ de la posición de *garante de vigilancia* respecto del personal, en relación al delito cometido por este último (el llamado hecho de conexión)⁵⁹⁵.

En cuanto a las personas naturales que pueden generar la responsabilidad penal de los entes colectivos, el proyecto original estableció una distinción, en el inciso segundo del artículo 3º, respecto de las personas naturales que «*estén bajo la dirección o supervisión de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior*⁵⁹⁶». Esta distinción fue adoptada del modelo del D.lgs. 231 italiano⁵⁹⁷, donde sí tiene sentido, lo que no ocurre, al menos formalmente, en el sistema chileno.

⁵⁹³ Historia de la Ley, p. 62

⁵⁹⁴ Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, "Réplica a Javier Cigüela", *InDret*, (2016), p. 4; BOLEA BARDÓN, "Causalidad hipotética e incertidumbre en la omisión", en *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Montevideo – Buenos Aires, 2017, pp. 459 y ss.

⁵⁹⁵ HERNÁNDEZ BASUALTO, *Chile. Responsabilidad penal*, cit. p. 106, proponiendo, como correcta solución, de *iure condendo*, el cambiar la exigencia a que el injusto se hubiera visto *facilitado o favorecido* por la falta de implementación efectiva.

⁵⁹⁶ Se trata de los dueños, controladores, responsables, representantes o administradores, y las personas que realizan, inclusive de hecho, actividades de administración y supervisión.

⁵⁹⁷ Sin embargo, en el seno del equipo redactor del proyecto siempre fue evidente que aquella no podía tener la misma consecuencia que se aprecia en el modelo italiano, a saber: la inversión en la carga de la prueba respecto de los deberes de dirección y supervisión del ente. En efecto, como se sabe, el artículo 5º del D.lgs. 231 establece una distinción entre lo que podríamos llamar el grupo «apical» de la empresa y el resto de los trabajadores que están bajo la dirección o supervisión de alguno de ellos, de lo cual se deriva que respecto de los primeros es la propia persona jurídica la que debe probar la suficiencia del modelo de prevención de delitos y, en cambio, respecto del segundo grupo, aquella carga probatoria recae en el ente persecutor. Pues bien, como el modelo italiano se trata, al menos formalmente, de un sistema administrativo, aquella inversión de la carga de la prueba podía ser tolerada, lo que no ocurriría en el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile que, como se recordará, cuando se trabajó internamente siempre se pensó como penal.

El inciso tercero del artículo 3° del proyecto original que, en términos generales, se mantuvo casi intacto durante la tramitación del proyecto, disponía que los deberes de dirección y supervisión se entienden cumplidos por parte de la persona jurídica cuando, con anterioridad a la comisión del delito, el ente adoptaba modelos de *organización, administración y supervisión* para prevenir delitos. Empero, vale la pena destacar un pequeño cambio que sufrió el inciso durante su tramitación. Por un lado se eliminó la expresión *eficientemente*, para referirse a la adopción de los modelos y, por la otra, se estableció una vinculación mucho más estricta con el modelo de prevención de delitos sugerido en el artículo 4° de la propia Ley.

El artículo 4° del proyecto, en consonancia con el artículo anterior, pretendió originalmente definir los modelos de organización, administración y supervisión indicando que *«el diseño y supervisión de los modelos para prevenir los delitos señalados en esta ley, a que hace referencia el inciso tercero del artículo anterior, se regulará en un reglamento dictado por Decreto Supremo expedido por el Ministerio de Hacienda, el que podrá realizar distinciones por categoría, tamaño y complejidad organizativa de las distintas personas jurídicas. Dicho reglamento establecerá los estándares y procedimientos para prevenir y detectar la conducta delictiva; el ejercicio de una supervisión eficiente por parte de la dirección de la persona jurídica; la evaluación permanente del cumplimiento de la finalidad y los mecanismos que permitan el anonimato y la confidencialidad, a objeto de asegurar que los miembros de la persona jurídica puedan informar respecto de conductas delictivas presentes o potenciales»*. No fue sorpresa, dada la amplitud de la redacción, que recién iniciado el debate parlamentario se comprendiera que ésta era una de las normas cardinales del nuevo sistema de responsabilidad de los entes colectivos, por el impacto que ella tenía en el injusto como en el reproche del ente –como por la posibilidad de eximirse de la responsabilidad– y, por lo mismo, su redacción fue rápidamente objeto de revisión y crítica, en especial por la posibilidad que ella fuese considerada una ley penal en blanco.

A este respecto, por ejemplo, vale la pena recordar los argumentos presentados durante la discusión legislativa. Así, el abogado BOFILL quien consideraba vago el contenido del artículo 4° del proyecto y que, «[s]iguiendo el modelo norteamericano, creía que las directrices contenidas en este artículo deberían ser más completas, a fin de evitar la posible *inconstitucionalidad de la norma bajo el cargo de constituir una ley*

penal en blanco»; Soto Piñeiro, sostuvo que el referido artículo contemplaba un modelo de responsabilidad por defecto de la organización, por lo que «la base de tal modelo y sus presupuestos fundamentales deberían estar en la ley y no en el reglamento, el que podría ser complementario»; y el Diputado Burgos, quien al respecto indicó que «recordando las objeciones formuladas por los distintos profesores que concurrieron a la Comisión, señaló que se había estimado como algo esencial para la tipificación del delito, la fijación del modelo organizativo, por cuanto ello evitaría la antijuridicidad de la conducta de la persona jurídica. Asimismo, se había coincidido en que los tres o cuatro criterios o directrices generales que entregaba el proyecto para la determinación del modelo, no podían ser materia de un decreto supremo sino que debía, como parte de la conducta sancionada, figurar su descripción en la ley, a riesgo de incurrir en un vicio de constitucionalidad»⁵⁹⁸. No es sorpresa, entonces, que en la tramitación de la ley este artículo sufriera un cambio de gran relevancia.

En términos del régimen de las penas, el proyecto contemplaba las siguientes sanciones: la disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica; ciertas sanciones prohibitorias, como la paralización parcial de la actividad de la empresa y la prohibición de realizar actividades u operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido el delito, por un mínimo de uno y un máximo de cinco años; las sanciones consistentes en la pérdida total y perpetua, o temporal, de beneficios fiscales; la multa; y, ciertas sanciones accesorias como la obligación de publicación del fallo y el comiso de las ganancias obtenidas por la persona jurídica como resultado del delito y demás efectos, objetos, documentos e instrumentos del mismo, según lo dispone el Código Penal. La ley finalmente mantuvo casi inalterado lo que se presentó en el proyecto a este respecto.

Además, el proyecto contenía todo un título dedicado al procedimiento para determinar la responsabilidad legal de las personas jurídicas, que básicamente adecuaba el proceso, incentivando un devenir simultaneo entre el ente y la persona natural, para

⁵⁹⁸ BEDECARRATZ SCHOLZ mantiene, incluso hoy, una postura crítica respecto de la regulación de los *compliance programs*, tanto desde una perspectiva general (artículo 4° de la Ley 20.393) como respecto de las exigencias especiales que se diferenciarían entre los tipos penales que permiten la imputación penal del ente. Cfr. BEDECARRATZ SCHOLZ, “La indeterminación del criminal compliance y el principio de legalidad”, en *Política Criminal*, Vol. n° 13 (Julio 2018) pp. 208 y ss. Para la revisión de las citas *vid.* Historia de la Ley, pp. 49 y ss.

luego regular algunas garantías procesales que debían reconocerse a las personas jurídicas, como también los distintos mecanismos de diversificación y término procesal.

2.2. Contenido de la Ley 20.393.

En los diez años de vigencia de la ley se han realizado solo dos modificaciones, y ninguna de ellas ha alterado el núcleo central del sistema de imputación a la persona jurídica, conforme fue aprobado en su momento. Ello pareciera reforzar la tesis, esbozada tempranamente por HERNÁNDEZ BASUALTO, en el sentido que, dada las circunstancias adversas, el resultado parece, en términos generales, bastante adecuado⁵⁹⁹.

Como primera cuestión, la Ley 20.393 contiene tres títulos: el Título I sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas; el Título II, sobre las consecuencias de la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica; y, el Título III, sobre el procedimiento. La ley contemplaba la responsabilidad penal para ciertos delitos, a saber, el lavado de dinero –no así los delitos bases–, conforme se regula en el artículo 27 de la Ley 19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero; el delito de financiamiento del terrorismo, conforme se regula en el artículo 8º de la Ley N° 18.314, sobre conductas terroristas; y, el delito de cohecho activo o soborno tanto de empleados públicos nacionales como de funcionario público extranjero. Se trata de un sistema de *numerus clausus* que, en el correr del tiempo, y como veremos, se ha ido ampliando, aunque tímidamente.

Por otra parte, la atribución de responsabilidad penal será aplicable a las personas jurídicas de derecho privado y a las empresas del Estado. Respecto del primer grupo, quedan incluidas todos los entes morales de Derecho privado sin fines de lucro, es decir, las corporaciones y fundaciones, como también las personas de Derecho mercantil, como las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada, incluyendo dentro de estas últimas las empresas individuales de responsabilidad limitada (E.I.R.L.)⁶⁰⁰. Esto último es evidentemente un contrasentido con el sistema de

⁵⁹⁹ HERNÁNDEZ BASUALTO, *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit. p. 211.

⁶⁰⁰ Cabe advertir que el legislador, por razones utilitaristas, consideró excepcionar de la pena de disolución a las empresas del Estado y a las personas jurídicas de derecho privado que presten un servicio de utilidad pública, cuya disolución pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños

imputación del ente, lo cual podría dar lugar a la discusión respecto de la afectación del *ne bis in ídem* en este respecto.

Fueron excluidas de esta normativa las personas de Derecho público, como el Estado y sus organismos (v.gr. las municipalidades), los Partidos Políticos y otros semejantes. Por razones de transparencia, en cambio, se decidió incluir a las empresas públicas creadas por ley, a pesar que son parte de la administración del Estado.

2.2.1. El defecto de organización en el modelo de imputación.

En cuanto al modelo de atribución de responsabilidad del ente, regulado principalmente en el artículo 3°, el sistema chileno exige que el delito relevante (soborno, lavado de activos) sea realizado por una persona natural relacionada con el ente, cometido *directa e inmediatamente en interés o para el provecho* de la persona jurídica, y siempre que la comisión del mismo *fuere consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión de la empresa*.

El proyecto original establecía esta exigencia de que la actuación del sujeto fuera *en interés o para el provecho* del ente, lo que no parecía una gran innovación, toda vez que en el contexto comparado se utilizaban criterios similares y, en términos jurisprudenciales, tendían a interpretarse –en cuanto límites a la atribución de la responsabilidad– de un modo más bien restrictivo⁶⁰¹. Por lo demás, tal exigencia era reforzada –*a contrario sensu*– en el inciso final del mismo artículo, cuando señala que «las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero».

serios a la comunidad. Y no solo eso, sino que en el caso de las de empresas del Estado o de empresas que prestan un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, el legislador facultó al juez para disponer la suspensión de la condena, cualquiera fuere la pena impuesta en la sentencia.

⁶⁰¹ Así, ya en el emblemático caso *New York Central & H.R.R.R. v. United States* (212 U.S. 481, 495 (1909)), respecto del requisito de intención de beneficiar a la empresa (*intent to benefit the corporation*), la Corte Suprema de Estados Unidos señaló que no es necesario que el trabajador esté principalmente interesado en beneficiar a la empresa, porque se entiende que el trabajador va a estar interesado, en primer lugar, en su propio beneficio. Sobre el requisito *benefit the corporation* en la jurisprudencia norteamericana, *vid.* BRICKEY, *Corporate Criminal Liability*, Illinois, 1984, en especial pp. 84 y ss.; BUCY, *Corporate Ethos*, cit. pp. 1095 y ss.; WALSH; PYRICH, “Corporate Compliance Programs As A Defense To Criminal Liability: Can A Corporation Save Its Soul?”, en *Rutgers Law Review*, Vol. n° 47 (1995), pp. 605 y ss.; GERAGHTY, “Corporate Criminal Liability”, en *American Law Review*, 2002, en especial pp. 331 y ss.

Lo que sí resulta complejo, y fue algo que se agregó en el segundo trámite constitucional, de la tramitación legislativa, es la exigencia que la conducta cometida en el interés o para el provecho del ente se realice de manera *directa e inmediata*, pues es evidente que el tenor literal de la norma –salvo que uno observe una tautología incomprensible– restringe innecesariamente el ámbito de aplicación de la norma, y debería ser eliminado en el futuro. Y, como bien lo expresa HERNÁNDEZ BASUALTO, esto ha sido uno de las críticas reiteradas que el WGB ha realizado legislación chilena⁶⁰².

Con todo, el injusto penal cometido en el *interés o para el provecho de la persona jurídica*⁶⁰³ debe ser realizado por alguna persona relacionada con ella, en un vínculo corporativo (funcional no formal)⁶⁰⁴, sea que forme parte de su grupo apical, esto es, sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales⁶⁰⁵, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión; o bien sea que estén bajo la dirección o supervisión directa del alguno de los anteriores.

Se trata, en todo caso, de una distinción que, normativamente, carece de relevancia, es incomprensible y no parece tener ningún efecto práctico tratándose de un modelo que no es vicarial o de transferencia incondicionada. En efecto, a diferencia de lo que sucede en España o Italia, tal distinción no supone diferencias en el modelo de imputación, sea que el injusto lo cometa una persona del primer o del segundo grupo, y más bien sirve como un criterio de exclusión: las personas que no están en uno de esos grupos, no son capaces de transferir el injusto al ente.

Ese criterio de exclusión tiene problemas por arriba y por abajo. Por arriba pues si bien la ley trató de determinar el grupo apical de la empresa, utilizó términos en

⁶⁰² HERNÁNDEZ BASUALTO, *Chile. Responsabilidad penal*, cit. p. 105. Advierte también una problemática del requisito típico que haría diluir el beneficio del ente, VAN WEEZEL, *Contra la responsabilidad pena*, cit. p. 138.

⁶⁰³ HERNÁNDEZ advierte, acertadamente, sobre el riesgo de la excesiva vinculación entre el interés y provecho y *la persona jurídica*, en términos que ello puede ser un problema de imputación a otros entes morales (por ejemplo empresas relacionadas) que puedan igualmente verse beneficiadas. Cfr. HERNÁNDEZ BASUALTO, *Chile. Responsabilidad penal*, cit. p. 103.

⁶⁰⁴ ARTAZA; GALLEGUILLOS, “El deber de gestión del riesgo de corrupción en la empresa emanado de la ley 20393 de Chile: especial referencia a las exigencias de identificación y evaluación de riesgo”, en *Derecho PUCP*, Vol. n° 81 (2018), p. 230.

⁶⁰⁵ La Ley de Oferta Pública de Acciones (Ley n°19.705) incluyó en el ordenamiento el concepto de ejecutivo principal, como cualquier persona natural que tenga la capacidad de determinar los objetivos, planificar, dirigir o controlar la conducción superior de los negocios o la política estratégica de la sociedad.

exceso amplios, incluyendo no solo a quienes tienen participación en la propiedad o pertenecen formalmente al órgano directivo del ente, sino que también a los *responsables* y a quienes realicen actividades de administración y supervisión, de manera que la relación persona apical/ente no es formal, sino que es funcional, e implica reconocimiento de cualquier poder de decisión al interior de la estructura jurídica – incluso de hecho –, lo que hace que el grupo pueda extenderse en exceso⁶⁰⁶. Por abajo, en cambio, porque el criterio de subordinación directa, en la dirección o supervisión, de alguno apical puede ser extremadamente limitado excluyendo sujetos que, si bien no pertenecen al *top management* ni a un mando medio, igual pueden ser un potencial autor de un injusto en interés o provecho del ente⁶⁰⁷.

La única cuestión que podría llamar la atención, en todo caso, es la exigencia de que exista una *dirección o supervisión directa* entre el sujeto apical y los otros integrantes del ente, en términos que eventualmente la responsabilidad de la persona jurídica pudiera verse diluida por una delegación de funciones, lo cual en todo caso debe descartarse, porque de operar tal delegación, el delegado ya no quedaría comprendido dentro de su propio grupo, sino que pasaría, en razón de la cláusula genérica del primero, a pertenecer a quienes realicen actividades de administración y supervisión⁶⁰⁸.

Ahora bien, todavía lo anterior no es suficiente para imputar al ente de la responsabilidad penal, se requiere además que no haya cumplido con el requisito de contar con un modelo de prevención de delitos. En estricto rigor, la ley indica que para imputarle responsabilidad penal a la persona jurídica se requiere que la comisión del delito fuere *consecuencia del incumplimiento*, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión⁶⁰⁹.

⁶⁰⁶ En contra, HERNÁNDEZ BASUALTO, “Chile. Responsabilidad penal, cit., p. 100. Quien considera que se trata de un grupo más bien acotado de sujetos vinculados con el ente, más parecido al que se suele usar en el modelo vicarial o de transferencia a la inglesa.

⁶⁰⁷ Cfr. HERNÁNDEZ BASUALTO, “Chile. Responsabilidad penal, cit., p. 101.

⁶⁰⁸ HERNÁNDEZ BASUALTO, *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 220.

⁶⁰⁹ Es evidente que el artículo 4° de la Ley 20.393 presenta un error en su redacción, pues sobre utiliza la expresión supervisión: sea en referencia a las funciones de los integrantes del grupo apical; sea para referirse a las obligaciones de la empresa respecto de la prevención del delito; sea para referirse a las condiciones que debe tener el propio modelo de cumplimiento. La comprensión del artículo, entonces, se torna compleja. La cuestión se hubiera resuelto si respecto de algunos de esos supuestos, por ejemplo la relación de la empresa con el injusto penal de la persona natural, o del injusto con la infracción del programa de cumplimiento, se hubiese utilizado la expresión vigilancia en vez de supervisión.

Es por ello que, como lo sugiere HERNÁNDEZ BASUALTO, el modelo de responsabilidad penal de los entes, regulado en Chile, se representa mejor como uno que adopta el sistema de imputación por *defecto de organización*⁶¹⁰, coherente con una estrategia de control del delito vía autorregulación forzada (*enforced o coerced self-regulation*)⁶¹¹. En este modelo la persona jurídica es responsable por los actos cometidos por personas naturales vinculadas a ella, siempre y cuando infrinja sus deberes de dirección y supervisión. En efecto, de la lectura del artículo 3° de la ley, en relación con su artículo 4°, fluye que el legislador entiende como racional conectar los hechos –injustos penales– de sujetos individuales, que actúan en el contexto de la actividad corporativa, con la responsabilidad de la persona jurídica, a través de la exigencia de un déficit en el esfuerzo de cumplimiento⁶¹².

La cuestión clave en la atribución de responsabilidad penal al ente, entonces, es precisar la exigencia normativa que limita la sanción del ente a que la comisión del delito deba ser consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta (del ente), de los deberes de dirección y supervisión. Luego, en determinados supuestos, v.gr. delitos que no se hubieran podido prevenir a pesar de que el ente haya cumplido sus deberes o incluso adoptado un modelo de prevención de delitos, la empresa puede perfectamente defenderse de la imputación e, incluso, ser absuelta de la misma⁶¹³.

2.2.2. El Modelo de Prevención del Delito.

⁶¹⁰ Cfr. HERNÁNDEZ BASUALTO, *Chile. Responsabilidad penal*, cit. 2015, p. 88.

⁶¹¹ HERNÁNDEZ BASUALTO, *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit. p. 219.

⁶¹² HERNÁNDEZ BASUALTO, *Procedencia de una 'eximente o defensa de cumplimiento'*, cit., p. 438. Lo interesante, es que el propio HERNÁNDEZ BASUALTO reconoce que la «lógica [del compliance] no tiene sentido solo para el Derecho penal, sino que para cualquier rama del Derecho que imponga sanciones, en particular en el ámbito del Derecho administrativo sancionador», algo que, por ser obvio, se olvida. Luego, no hay nada en los *compliance*, punto central en la así llamada *culpabilidad penal*, que le den el carácter de Derecho penal a la responsabilidad del ente, salvo la obviedad que los modelos de prevención deben buscar prevenir los delitos. Pero predicar de algo que debe evitar la comisión de un delito no implica, desde luego, que la infracción de ese deber signifique la comisión del delito.

⁶¹³ ARTAZA; GALLEGUILLOS, *El deber de gestión del riesgo de corrupción*, cit. p. 231. Esto con mayor razón en la tesis de PIÑA ROCHEFORT, quien le asigna al cumplimiento de los deberes de dirección y supervisión una causa de atipicidad, pues el «cumplimiento de sus deberes muestra que la persona jurídica no ha generado más riesgos que los que el derecho les permite generar». Cfr. PIÑA ROCHEFORT, *Modelos de prevención de delitos*, cit. p. 7. Id. «Algunas consideraciones acerca de los Modelos de Prevención de Delitos (MPD) establecidos en la Ley n° 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Doctrina y Jurisprudencia Penal. Edición especial del fraude a la Responsabilidad Penal de las Empresas*, Santiago, 2013, p. 6.

Con todo, para comprender qué entiende el legislador por los deberes de dirección y supervisión, conviene revisar el artículo 4° de la Ley, que regula, con bastante detalle, aquello que denomina como *modelo de prevención de delitos*⁶¹⁴.

Los modelos de prevención de delitos (*compliance programs*) se vinculan con aquello que se conoce como un sistema de autorregulación forzada, donde la ley, primero, no impone al ente la obligación de adoptar e implementar un modelo –la empresa puede decidir no hacerlo, y así y todo no ser responsable de un delito–, y, segundo, no le impone la obligación que el modelo sea el que establece el artículo 4° de la ley, sino que le reconoce el efecto eximente –ahí el incentivo– de adoptar un modelo de prevención de delitos, donde la norma solo esboza los requisitos mínimos que debe cumplir el modelo para lograr ese objetivo, e incluso el ente moral puede implementar algún equivalente funcional, o sea mecanismos de dirección y supervigilancia que, no siendo los mismos que los establecidos en la ley, cumplan la misma función⁶¹⁵.

Además de los mínimos del modelo de prevención del delito, que como dijimos la ley expresa con cierto detalle en el artículo 4°, también se facultó a la persona jurídica para que obtenga una certificación de la adopción e implementación del modelo de prevención de delitos, certificado que es otorgado por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros^{616_617}.

2.2.3. La responsabilidad autónoma de la persona jurídica.

⁶¹⁴ PIÑA ROCHEFORT, *Modelos de prevención de delitos*, cit. *passim*; SOTO DÍAZ, “La responsabilidad de las personas jurídicas en Chile”, en PÉREZ-CRUZ MARTÍN (Ed.); NEIRA PENA (Coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Pamplona, 2017, pp. 405 y ss.; BALMACEDA HOYOS; GUERRA ESPINOSA, *Políticas de prevención*, cit. *passim*; ARTAZA, “Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal”, *Política Criminal*, Vol. n° 8 (2013), pp. 544 y ss.

⁶¹⁵ PIÑA ROCHEFORT, *Modelos de prevención de delitos*, cit. p. 8

⁶¹⁶ MONGILLO destaca el valor de las certificaciones en la legislación chilena, aunque se equivoca diciendo que fue una copia de la «*Schema di disegno di legge di modifica del decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231*», porque de hecho la propuesta chilena fue anterior a ella. Vid. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo*, cit., p. 210. A decir verdad, la idea de la certificación surgió en el equipo técnico como una propuesta para mejorar la versión que contempla la legislación italiana, que, en ciertos casos, prevé la comunicación al ejecutivo del modelo de compliance, en especial de asociaciones, para que el ejecutivo pueda formular observaciones, algo que pareció burocrático y poco efectivo. Critico de las certificaciones, HERNÁNDEZ BASUALTO, *Chile. Responsabilidad penal*, cit. p. 110. Propone un efecto atenuador de la pena con la certificación, MATUS ACUÑA, *La certificación*, cit. pp. 145 y ss.

⁶¹⁷ La normativa de la Superintendencia se puede descargar acá: <https://www.svs.cl/educa/600/w3-propertyvalue-1093.html>

Resulta, por otra parte, relevante para esta sección de la investigación la así llamada *responsabilidad autónoma de la responsabilidad penal*, regulada en el artículo 5° de la ley 20.393. El artículo dispone que la responsabilidad de los entes será autónoma en relación a la de las personas naturales y *subsistirá* cuando concurren los demás requisitos *generales*, y se presente alguna de las siguientes situaciones: a) la responsabilidad penal individual se hubiere extinguido por la muerte del autor o por la prescripción de la acción penal; y, b) cuando en el proceso penal se decretare el sobreseimiento temporal de el o los imputados, por rebeldía o porque alguno cayó en enajenación mental. El inciso segundo del artículo citado, en todo caso, contiene otra hipótesis, a saber: «cuando, habiéndose acreditado la existencia de alguno de los delitos del artículo 1° y concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3°, no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales, siempre y cuando en el proceso respectivo *se demostrare fehacientemente* que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el inciso primero del mencionado artículo 3°»⁶¹⁸.

En términos sencillos, esta última hipótesis es un desastre y solo se explica por el intento de impedir –como debió haber sido– que frente a la insuficiencia probatoria para incriminar penalmente a una persona natural –por aplicación del estándar de la duda razonable– se pudiese condenar igualmente al ente, con un estándar más bajo, como el de la preponderancia de la evidencia. Y esto debió haber sido especialmente así para el hecho de conexión: si existen antecedentes suficientes que *x* o *y*, quienes detentan un cargo apical dentro de la empresa *n*, pudieron cometer un delito de soborno, pero los antecedentes no son suficientes para superar el estándar de la duda razonable para condenar a ninguno de los dos, ello no debería impedir que la empresa *n* sea sancionada, en especial si ella es incapaz de demostrar la idoneidad y eficacia de su modelo, o bien que el injusto penal no se hubiera podido igualmente prever, todo dentro del estándar de la preponderancia de la evidencia.

Lo absurdo de esta norma es que al usar la expresión *fehacientemente* pareciera que, incluso, estableció en Chile un estándar de convicción más alto que el de más allá de toda duda razonable, en cuanto esa acepción suele definirse como hacer fe, ser

⁶¹⁸ HERNÁNDEZ BASUALTO, *Chile. Responsabilidad penal*, cit. p. 93.

fidedigno, algo no solo cercano a la certeza, sino que de una subjetividad asombrosa. Sin duda se trata de una de las normas más inexplicables de la ley chilena⁶¹⁹.

Pero además, la norma quedó regulada confusamente, porque no parece tampoco referirse a la ausencia en la identificación de la persona –el delito de conexión debe igual estar acreditado–, sino más bien al ámbito de las funciones y atribuciones propias de los integrantes apicales de la empresa⁶²⁰.

2.2.4. Las penas de las personas jurídicas en Chile.

En cuanto a las penas, son eso y no otra cosa, la ley contempla la disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica; ciertas sanciones prohibitorias, como la paralización parcial de la actividad de la empresa y la prohibición de realizar actividades u operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido el delito, por un mínimo de uno y un máximo de cinco años; las sanciones consistentes en la pérdida total y perpetua, o temporal, de beneficios fiscales; la multa; y, ciertas sanciones accesorias como la obligación de publicación del fallo y el comiso de las ganancias obtenidas por la persona jurídica como resultado del delito y demás efectos, objetos, documentos e instrumentos del mismo, según lo dispone el Código penal.

2.2.5. Aspectos procesales de la imputación al ente.

Desde la perspectiva procesal, la ley chilena, aunque con matices, adoptó una posición similar a la regulación italiana –aunque sea en términos finalistas–, en términos de incentivar un *simultaneus processus*, que tendiera al cumplimiento del principio de acumulación. En ese sentido, la ley dispone que cuando el ente persecutor tenga noticia, en el curso de una investigación, acerca de la participación de una persona jurídica en alguno de los delitos para los cuales se prevé su responsabilidad penal, el fiscal debería ampliar la investigación al ente. En este sentido, la finalidad de la norma es que la sola noticia –investigación– de un delito de los del artículo 1° de la Ley, sea por un sujeto dentro del grupo apical o no de la empresa, debiera implicar una inmediata ampliación

⁶¹⁹ En sentido similar, *vid.* Oficio FN N°440/2010, Instrucción General del Fiscal Nacional que imparte criterios de actuación para la investigación y persecución penal de las personas jurídicas (2010).

⁶²⁰ HERNÁNDEZ BASUALTO, *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit. p. 223.

de la investigación para determinar si de tal hecho se puede adscribir responsabilidad penal al ente. Ahora lo anterior en nada obsta a que el fiscal pueda también iniciar la investigación únicamente contra el ente y después agregar a las personas naturales, que correspondiere.

Por último, en cuanto a las garantías procesales, cabe indicar que la ley en esto es precisa, y en extremo garantista, e indica que las normas procesales que reconocen derechos y garantías al imputado se aplican –en lo que corresponda– a las personas jurídicas, gozando así éstas de la presunción de inocencia, del derecho a la defensa y a la asistencia de abogado desde el inicio de la investigación, del derecho a requerir del juez la cautela de garantías, de los derechos a conocer el contenido de la investigación y a ser informado de los hechos que se le imputan, a guardar silencio y a no ser juzgado en ausencia, así como del derecho a proponer diligencias al ministerio público. Al respecto consta en la historia de la ley que en parte el responsable de esta sobrecargada extensión de las garantías al ente –algo que por lo demás hoy no cabe sino arrepentirse– fue quien suscribe esta investigación, y que en aquel momento, inspirado en la necesidad de reforzar el carácter penal de la responsabilidad del ente, le pareció lo más correcto extender las garantías del individuo también a la persona jurídica⁶²¹. Ello constituye, mirado en el tiempo, un evidente error, como pretendo probarlo, más allá de toda duda razonable⁶²².

Por otra parte, el artículo 22 de la ley dispone, en armonía con el Código Procesal Penal y con la idea del *simultaneus processus*, que cuando el fiscal considere oportuno podrá formalizar el procedimiento dirigido en contra de la persona jurídica, en cuyo caso deberá solicitarle al juez de garantía la citación del representante legal del ente, siendo necesario que de modo previo «se haya solicitado una audiencia de

⁶²¹ Valora, en cambio, la propuesta normativa chilena que extiende las garantías procesales al ente, vid. NEIRA PENA, “La persona jurídica como nuevo sujeto pasivo del proceso penal en los ordenamientos chileno y español”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Vol. n° 21 (2014), p. 164.

⁶²² En la historia de la ley se lee que «el abogado del Ministerio de Justicia, señor Castillo, puso de relieve que las normas que enumera el inciso segundo claramente son aquellas que más se vinculan con los derechos del imputado; por lo tanto, agregó, es una disposición que resguarda los derechos de las empresas. Ellas, explicó, establecen la presunción de inocencia, precisan cuándo se tiene la calidad de imputado, consagran ampliamente el derecho a la defensa, establecen la posibilidad de solicitar diligencia y la de pedir el cierre de la investigación. Lo novedoso de este precepto, destacó, es que podría entenderse que también está referido al representante legal de la empresa, lo que es muy importante, por ejemplo, para los efectos del derecho de auto inculparse. Explicó que si el representante legal es citado en calidad de testigo, habría que indicarle que tiene derecho a guardar silencio para no imputar a la empresa». Historia de la Ley, p. 177.

formalización de la investigación o presentado un requerimiento de acuerdo a las reglas del procedimiento simplificado, respecto de la persona natural que pudiese comprometer la responsabilidad de la persona jurídica según lo disponen los incisos primero y segundo del artículo 3°, salvo en los casos establecidos en el artículo 5°». Una vez formalizada la persona jurídica el Fiscal puede solicitar una medida cautelar, la que –por razones obvias– quedará limitada únicamente a las de naturaleza real.

Ahora bien, la ley establece ciertos mecanismos de diversificación procesal, destacando en ello la suspensión condicional del procedimiento, siempre que no exista condena u otra suspensión vigente en el mismo procedimiento respecto de la persona jurídica imputada. El periodo de suspensión no podrá ser inferior a seis meses ni superior a tres años, debiendo durante este tiempo el ente quedar sujeto a una o más de las siguientes condiciones: pagar una determinada suma a beneficio fiscal; prestar un determinado servicio a favor de la comunidad; informar periódicamente su estado financiero a la institución que se determinare; implementar un programa para hacer efectivo el modelo de organización, administración y supervisión o cualquiera otra condición que resulte adecuada en consideración a las circunstancias del caso concreto y fuere propuesta, fundadamente, por el Ministerio Público.

La ley ha considerado también la posibilidad de que el juez suspenda además la propia condena, cuando la pena impuesta corresponde a la de un simple delito en su grado mínimo, debiendo considerar para dicha suspensión el número de trabajadores o las ventas anuales netas o los montos de exportación de la empresa. El plazo de suspensión puede variar entre los seis meses y los dos años, dictando el sobreseimiento definitivo de la causa si, durante el tiempo de la suspensión, la persona jurídica no hubiere sido objeto de nuevo requerimiento o de una nueva formalización de la investigación. Como lo advertimos ya, la aplicación de la suspensión tiene un tratamiento más benigno tratándose de las empresas del Estado o de empresas que prestan un *servicio de utilidad pública*, puesto que en ese caso el juez puede disponer la suspensión cualquiera fuere la pena impuesta, si la interrupción de sus actividades pudiese causar *graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad*.

2.3. Modificaciones posteriores.

Desde su entrada en vigencia, la ley ha tenido tres modificaciones. La primera mediante la Ley 20.931, de julio de 2016, que básicamente incluyó el delito de receptación previsto en el artículo 456 bis A del Código penal, y luego adecuó las normas relativas al ámbito de la determinación de la pena, para incluir ese delito. La inclusión de ese delito se produjo en la tramitación de una ley más amplia, propia de lo que se ha dado en llamar la expansión populista del Derecho penal, en que se incluyó este tipo en las personas jurídicas sin tener verdaderamente una necesidad para hacerlo, o al menos no una tan evidente como una decena de otros delitos –en especial económicos– donde el legislador podría haber encontrado mejores fundamentos.

La segunda modificación, probablemente la más relevante, vino de la mano de la Ley 21.121 que no solo modificó la ley en comento, sino que introdujo cambios importantes en la parte especial del Código penal chileno, en materia de delitos funcionarios, y económicos, por ejemplo, tipificando el delito de administración desleal y de corrupción entre particulares. En lo que se refiere a la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, incluyó una serie de nuevos delitos en el *numerus clausus*, a saber: la negociación incompatible; la corrupción entre particulares; la apropiación indebida y la administración desleal.

La reforma, además, aumentó el *quantum* de las sanciones y estableció nuevas penas accesorias para las personas jurídicas responsables. En cuanto a las penas se ampliaron los supuestos en que se puede solicitar la aplicación de la sanción de disolución de la persona jurídica; y se amplió la pena de prohibición de celebrar actos y contratos, ahora aplicable a todo el Estado y no solo a sus organismos. Asimismo, se aumentó considerablemente las penas de multa aplicables a las personas jurídicas. Respecto de las penas accesorias, se incluyó: a) el comiso por equivalencia: permitiendo que, cuando por cualquier circunstancia no sea posible decomisar el producto del delito se pueda aplicar el comiso a una suma de dinero equivalente a su valor; y, b) comiso de las ganancias que se derivan del ilícito: autorizando el decomiso de las ganancias obtenidas a través de la perpetración del delito.

Por otra parte, la modificación corrigió una imprecisión normativa de la ley original, relacionada al posible conflicto de interés entre la persona jurídica y su representante legal, por lo que se dispuso que si se inicia una investigación contra la persona que representa legalmente a la persona jurídica en el procedimiento penal por el

mismo hecho o por uno relacionado, la persona jurídica debe designar otro representante y, de no hacerlo dentro de un plazo, el juez le designará un defensor penal público.

Por último, la tercera modificación fue introducida por la Ley 21.132, de enero de 2019, que modernizó y fortaleció el ejercicio de la función pública del Servicio Nacional de Pesca. Por una parte, modificó el nombre de la Ley 20.393, eliminando de su denominación la referencia a los delitos de *lavado de activos*, *financiamiento del terrorismo* y *delitos de cohecho*, dejando el nombre simplemente así ‘Ley N° 20.393. Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica’; y, por la otra, introdujo nuevos delitos, todos ellos de la Ley General de Pesca y Acuicultura (Ley 18.892), al catálogo de injustos por los cuales se puede sancionar al ente⁶²³.

⁶²³ Entre ellos se encuentran: la introducción al mar, ríos, lagos o cualquier otro cuerpo de agua, agentes contaminantes químicos, biológicos o físicos que causen daño a los recursos hidrobiológico (artículo 136); el procesamiento, el apozamiento, la transformación, el transporte, la comercialización y el almacenamiento de recursos hidrobiológicos vedados, y la elaboración, comercialización y el almacenamiento de productos derivados de éstos (artículo 139), la realización de actividades de extracción en áreas de manejo y explotación de recursos bentónicos, sin ser titular de los derechos (artículo 149 bis); y, finalmente, el procesamiento, la elaboración o almacenamiento de recursos hidrobiológicos o productos derivados de ellos, respecto de los cuales no acredite su origen legal, y que correspondan a recursos en estado de colapsado o sobreexplotado, o al que teniendo la calidad de comercializador inscrito en el registro comercialice recursos hidrobiológicos que se encuentren en estado de colapsado o sobreexplotado, o productos derivados de ellos, sin acreditar su origen legal, o que no tenga la obligación de estar inscrito en el registro o, en fin, a quien tenga en su poder, a cualquier título, recursos hidrobiológicos o productos derivados de ellos de los que trata la propia norma, conociendo o no pudiendo menos que conocer el origen ilegal de unos u otros (artículo 139 ter).

3. España.

3.1. Evolución histórica en el Derecho Penal español.

Aunque no se trata de una afirmación pacífica, en cierto sentido se puede afirmar que el brocardo *societas delinquere non potest* gozó de buena salud en España incluso durante la dictación del Código penal de 1995, que, como sabemos, sumó al elenco de reacciones penales tradicionales –penas y medidas de seguridad–, las así llamadas consecuencias accesorias⁶²⁴.

Así, el artículo 129 del citado cuerpo punitivo incorporó expresamente la posibilidad de imponer consecuencias accesorias a las personas jurídicas, que la judicatura podía imponer al ente, y que iban desde la suspensión de actividades por un máximo de cinco años, hasta la disolución de la persona jurídica o la clausura temporal o definitiva de la empresa, pasando por la prohibición de realizar actividades mercantiles o negocios y la intervención de la empresa.

Al igual que como sucedió en Italia, la doctrina española rápidamente comenzó a debatir respecto de la naturaleza y fundamento de esta regulación. Así, mientras algunos consideraron que las consecuencias accesorias no eran –en puridad– ni penas, ni medidas de seguridad, ni una especie de responsabilidad civil *ex crimine*, sino pura coerción jurídico–administrativa que se impone en el proceso penal por razones de economía procesal⁶²⁵; otros marcaron su preferencia por considerarlas como una medida

⁶²⁴ Críticas por *exceso*: en cuanto a que las consecuencias accesorias no representarían una forma de responsabilidad penal de las personas jurídicas, porque no serían penas ni medidas de seguridad; como por *defecto*: porque la génesis de estas consecuencias se remontaba a normas anteriores, como aquella relacionada con la alteración de precios, con el tráfico de drogas o con el actuar en lugar de otro, que ya contemplaban alguna reacción con cierto carácter punitivo en contra de los entes morales, luego sin importar una mayor innovación. Al respecto, a modo referencial vid: SILVA SÁNCHEZ, “El actuar en lugar de otro en el Código Penal español”, en GARCÍA CAVERO (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Órganos y representantes*, Lima, 2002, pp. 391 y ss.; GARCÍA ARÁN, “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en CEREZO MIR ET. AL. *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torio López*, Granada, 1999, pp. 325 y ss.; RAMON RIBAS, “La respuesta del Derecho Penal moderno al delito: del Derecho Penal de doble vía ¿al Derecho Penal de cinco vías?”, en FARALDO (Dir.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Valencia, 2004, pp. 179 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ; BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho Penal Económico*, Madrid, 2001, p. 172.

⁶²⁵ GRACIA MARTÍN; BOLDOVA PASAMAR; ALASTUY DOBÓN, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo CP español*, Valencia, 1996, pp. 458 y ss.; GRACIA MARTÍN, “Sobre la naturaleza jurídica de las llamadas consecuencias accesorias para personas jurídicas en el Código Penal español”, en URQUIZO ET. AL. (Coords.), *Dogmática penal de Derecho Penal Económico y Política Criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann*, Vol. I, Lima, 2011, pp. 159 y ss.

de seguridad, que recae sobre la persona jurídica en sí misma⁶²⁶, o bien medidas preventivas –o una tercera vía– cuyo destinatario es la persona física que comete el delito⁶²⁷ o, en fin, aunque los menos, auténticas penas⁶²⁸.

Con todo, además de las críticas y diferencias dogmáticas en torno a las consecuencias accesorias, desde el punto de vista práctico tampoco tuvieron una importante recepción en la jurisprudencia española, lo que terminó por aumentar su descrédito. En este sentido, SILVA SÁNCHEZ sostuvo que: «la regulación legal española de las consecuencias accesorias resulta absolutamente deficiente. El contenido de éstas, excesivamente grave. Si se considera que su práctica inaplicación es un mal, en ningún caso cabría responsabilizar de ello al estamento judicial»⁶²⁹.

3.2. La primera reforma. El año 2003 y las nuevas disposiciones en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La Ley Orgánica 15/2003, publicada el 26 de noviembre 2003, y cuya entrada en vigencia tuvo lugar en octubre de 2004, modificó, solo parcialmente –y muy limitadamente–, el artículo 129 del Código penal, agregándole dos veces la referencia a «*lo establecido en el artículo 31*» además de alguna modificación procesal, y la ampliación de su aplicación a nuevos delitos. Lo relevante de esta modificación, según alcanzo a advertir, fue la modificación del artículo 31 del Código punitivo, que regulaba la actuación en el nombre de otro.

En la Exposición de Motivos, el Legislador español expresó –sin rodeos– que «*se aborda la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al establecerse que*

⁶²⁶ SILVA SÁNCHEZ, La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias, cit. p. 342 y ss.; ID., “La evolución ideológica de la discusión sobre la ‘responsabilidad penal’ de las personas jurídicas” en *Derecho penal y Criminología, Revista del Instituto de Ciencias penales y criminológicas*, Vol. n° 29 (2008), pp. 129 y ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, Sanciones para empresas por delitos, cit. pp. 113 y ss., con ulteriores referencias.

⁶²⁷ MIR PUIG, *Derecho penal*, cit. pp. 34 a 63 y ss.; ID., Una tercera vía, cit. *passim*.

⁶²⁸ BACIGALUPO SAGGESE, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., pp. 284 y ss.; ZUGALDÍA, “Las penas previstas en el art. 129 del CP para las personas jurídicas”, en *Poder Judicial*, Vol. n° 46 (1997), pp. 332 y ss.; ID., “Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997, pp. 226 ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad civil”, en A.A.V.V., *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos In memoriam*, 2001, pp. 980 s.; ZÚÑIGA RODRIGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2ª ed., Pamplona, 2003, *passim*.

⁶²⁹ SILVA SÁNCHEZ, “La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas”, en *InDret*, 2/2006, p. 12; igualmente crítica, ZÚÑIGA RODRIGUEZ, *Bases para un modelo*, cit. p. 209.

cuando se imponga una pena de multa al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica por hechos relacionados con su actividad, ésta será responsable del pago de manera directa y solidaria. Asimismo, en los supuestos de tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, se prevé la posibilidad de que si el delito se ha cometido a través de una sociedad u organización ésta, además de poder ser clausurada, suspendida en su actividad, disuelta o intervenida, pueda ser privada del derecho a obtener beneficios fiscales y puedan ser sus bienes objeto de comiso» (destacado agregado).

Respecto de esto último, la salud pública, la exposición indica que: *«los delitos contra la salud pública han sido objeto de una mejora técnica, modificándose su descripción, la determinación de los distintos supuestos agravados y atenuados, con sus correspondientes consecuencias en la pena, y la ampliación del alcance de la figura del comiso. Se amplía sensiblemente la proyección de la responsabilidad penal sobre las personas jurídicas y se establece un agravamiento de la pena cuando las conductas tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación o en sus proximidades, así como cuando el culpable empleare violencia o exhibiere o hiciere uso de armas para cometer el hecho» (destacado agregado).*

Tal declaración, la de abordar la responsabilidad penal de los entes morales, se concretizaría, como por lo demás se adelanta en la misma exposición: por una parte, declarando que *ésta [la persona jurídica] será responsable del pago de manera directa y solidaria* de la multa impuesta al administrador de hecho o de derecho que hubiera actuado en su nombre⁶³⁰; y, por otra, en el tráfico organizado de drogas, se dispone la imposición de una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito, a las sociedades u organizaciones involucradas en los hechos de tráfico; todo ello, sin perjuicio del comiso y de la posibilidad de aplicación de otras consecuencias accesorias o medidas.

Sin perjuicio de la explícita y declarada intención del legislador de superar el brocardo *societas delinquere non potest*, lo cierto es que no lo consiguió, sino que, por

⁶³⁰ El inciso segundo del artículo 31 disponía que: «en estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó».

el contrario, la doctrina, prácticamente de forma unánime, cuestionó y rechazó la precitada modificación legal⁶³¹. Así, expresivas son las afirmaciones de NIETO MARTÍN, para quien la norma resulta ser desconcertante porque el «precepto que se incluye expresamente para cumplir con la normativa comunitaria parece responder al viejo lema de ‘obedézcase pero no se cumpla’, pues aparte de ser un precepto de difícil aplicación práctica, para no admitir la responsabilidad penal se ha acudido a una naturaleza híbrida cercana a la responsabilidad civil subsidiaria»⁶³².

En conclusión la crítica apuntaba a lo correcto, pues no era claro que el artículo 31.2 del Código Penal estableciera un sistema de responsabilidad penal de la empresa, dado que el único criterio de certeza recaía en la previsión de una responsabilidad patrimonial, cuyo objeto coincidía con la sanción pecuniaria impuesta a una persona física⁶³³. En definitiva, más que tratarse de un supuesto de responsabilidad penal de la persona jurídica, la norma lo que hacía era permitir el cobro de la multa impuesta a un individuo sobre los bienes de una persona jurídica –relacionada–⁶³⁴. Por lo mismo, y como bien lo expresa GOENA VIVES «el hecho de obligar a una persona jurídica al pago solidario y directo de la multa penal impuesta a sus representantes dejaba sin resolver cuestiones tan nucleares como el régimen de imputación subjetiva a la corporación⁶³⁵, la posible existencia de un derecho de regreso por su parte y el aseguramiento de la responsabilidad. Tal laguna legislativa llevó a la mayoría de los autores a afirmar que el

⁶³¹ MIR PUIG, “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en DE TOLEDO Y UBIETO (Coord.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2003, pp. 761 y ss.; LUZÓN PEÑA, “Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales”, en DE TOLEDO Y UBIETO (Coord.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2003, pp. 542 y ss.; SILVA SÁNCHEZ; ORTIZ DE URBINA GIMENO, “El art. 31.2 del Código penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la multa?”, en *InDret 2/2006*, pp. 1 y ss.; QUINTERO OLIVARES, “Art. 31”, en ID. (Dir.), *Comentarios al Nuevo Código penal*, 3º ed., Pamplona, 2004, pp. 332 y ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, “El nuevo art. 31.2 del Código Penal: cuestiones de ‘lege lata’ y de ‘lege ferenda’”, en *La Ley*, 13 septiembre 2006, p. 2; GALÁN MUÑOZ, “¿Societas delinquere nec punire potest? Algunas consideraciones críticas sobre el artículo 31.2 CP”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Vol. nº 18, 2006, pp. 266 ss.

⁶³² NIETO MARTÍN, “¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?”, en *Revista penal*, Vol. nº 19 (2007), p. 133.

⁶³³ Por esto, también, se criticó la afectación al principio de personalidad de las penas. Vid. DE LA FUENTE HONRUBIA, *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código penal*, Valladolid, 2004, pp. 71 ss.;

⁶³⁴ SILVA SÁNCHEZ; ORTIZ DE URBINA GIMENO, *El art. 31.2 del Código penal*, cit. pp. 1 y ss.

⁶³⁵ CEREZO MIR, *Derecho Penal. Parte General*, Montevideo – Buenos Aires, 2008, p. 160; ID., *Obras completas, Tomo II, Otros Estudios*, Lima, 2006, p. 544.

art. 31.2 era en realidad un supuesto de responsabilidad civil [...] [o como] un aseguramiento de una deuda de Derecho público»⁶³⁶.

En todo caso, la discusión sobre la naturaleza de las consecuencias previstas en el artículo 31.2 no fue lo único que generó dudas, pues una hermenéutica extensiva de la norma –lo cual generaba dudas por el carácter penal de la misma–, hubiere permitido su aplicación en un número mayor de casos, igual la deficiencias del precepto hubiese generado importantes espacios de impunidad, porque la responsabilidad directa y solidaria del pago de la multa por parte de la persona jurídica queda limitada a los casos mencionados en el inciso primero del artículo 31, siempre, además, que el interviniente en nombre o por cuenta de la persona jurídica hubiere recibido una pena de multa como autor del delito, término que debía entenderse en sentido estricto, esto es, no como partícipe⁶³⁷.

3.3. El inicio (de verdad) de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español.

Según parece, la unánime y demoledora crítica a la regulación del 2003 incentivó a que el legislador español, rápidamente, comenzara otro proceso de reforma a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que fue confirmado en futuros anteproyectos y proyectos de reforma, terminando en la publicación de la LO 5/2010⁶³⁸, de reforma del Código Penal, cuya vigencia se postergó hasta el 23 de diciembre del mismo año, tras una *vacatio legis* de un semestre.

No cabe duda que con esta reforma el Derecho penal español finalmente derogó el brocardo *societas delinquere non potest*⁶³⁹, dejando atrás la confusa regulación de la

⁶³⁶ GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, 2017, p. 40, con ulteriores referencias. Al respecto *Vid.* ARROYO ZAPATERO; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 2007, p. 163, cuando se expresa: «no se trata de responsabilidad civil ni penal, simplemente es una obligación legal por responsabilidad de terceros. Además, puede resolver más fácilmente el problema del impago de la multa».

⁶³⁷ DE LA CUESTA; PÉREZ MACHÍO, “Hacia un Derecho Penal de las personas jurídicas: el derecho español”, en URQUIZO OLAECHEA et. al. (Corrds.), *Dogmática penal de Derecho Penal Económico y Política Criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann*. Vol. I, Lima, 2011, p. 103.

⁶³⁸ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, consultable en www.boe.es.

⁶³⁹ MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*. 8º ed., Valencia, 2010, p. 628, quienes señalan: «la situación cambia radicalmente a partir de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se introdujo el art. 31 bis Cp regulando la responsabilidad penal de la persona jurídica y las penas que le son aplicables»; MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit. p. 200, quien señala «con la LO 5/2010 se establece, por

actuación en lugar de otro y las consecuencias accesorias, para establecer un propio sistema de responsabilidad penal del ente, lo que, como sucedió en Chile e Italia, no fue ajeno a la necesidad de dar cumplimiento a las obligaciones internacionales. Veamos un poco qué dice la Exposición de Motivos con que se presentó esta ley.

El legislador afirmó que: «se regula *de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...)» (destacado agregado).

Sin perjuicio que, al igual que pasó en el caso chileno, el legislador parece ver en el contexto internacional una exigencia que no es tal, pues no queda muy claro cuáles son esos instrumentos internacionales que *demandan una respuesta penal clara*, lo cierto es que hoy día el margen hacia un modelo no punitivo –formal o material– es más bien escaso, y todo apunta a una internacionalización de la criminalización de las personas jurídicas.

El legislador, adelantando en qué consiste esta regulación pormenorizada indica que: «para la fijación de la *responsabilidad de las personas jurídicas* se ha optado por establecer una doble vía. Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos *en su nombre o por su cuenta, y en su provecho*, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la *responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus*

primera vez en nuestra historia legislativa, la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Queda derogado para el Derecho español, de este modo, el principio *Societas delinquere non potest*»; FEIJÓ SÁNCHEZ, *Réplica a Javier Cigüela*, cit. p. 2, quien señala: «una de las novedades más llamativas que la LO 5/2010 introdujo en el Código Penal fue el establecimiento de un modelo de responsabilidad auténtica o genuina de las personas jurídicas que carecía de precedentes. La posterior reforma operada mediante la LO 1/2015 en lo que respecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas obliga a plantearse cuál es el modelo que finalmente ha adoptado el Derecho Penal español y cuál es el papel dogmático de los denominados modelos de organización y gestión cuya efectividad excluye dicha responsabilidad (conocidos en el mundo empresarial como programas o políticas de cumplimiento –Compliance–)»; DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en de la MATA BARRANCO; DOPICO GÓMEZ-ALLER; LASCURAÍN SÁNCHEZ; NIETO MARTÍN, *Derecho Penal Económico y de la empresa*, Madrid, 2018, P. 130.

empleados, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación» (destacado agregado). Para luego aclarar –en cuanto a la autonomía de la responsabilidad– que «la responsabilidad penal de la persona jurídica *podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física*. En consecuencia, se suprime el actual apartado 2 del artículo 31» (destacado agregado)⁶⁴⁰.

Respecto de las penas aplicables a los entes morales la Exposición señala que: «se concreta un catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas, añadiéndose – respecto a las hasta ahora denominadas consecuencias accesorias (disolución, suspensión de actividades, clausura de establecimientos...)–, la multa por cuotas y proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social. Se opta en este punto por el sistema claramente predominante en el Derecho comparado y en los textos comunitarios objeto de transposición, según el cual la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas sólo para los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el nuevo artículo 66 bis» (destacado agregado).

De la simple lectura de estos pasajes de la Exposición de Motivos se puede decir, con SILVA SÁNCHEZ, que desde la fecha de entrada en vigencia de esa reforma existe en España un «sistema jurídico–material de responsabilidad penal de las personas jurídicas cuyo núcleo lo constituye el art[ículo] 31 bis C[ódigo] P[enal]». La expresión *personas jurídicas* no es casual: «la responsabilidad penal se imputa *sólo a entes dotados de personalidad jurídica y no a empresas*, entendidas como unidades económicas. Para los casos de entidades u organizaciones no dotadas de personalidad jurídica (grupos de sociedades, sucursales, unidades productivas, UTEs, etc.) en las que se comete un delito la reforma legal ha establecido la vía de atribución de las, así llamadas, consecuencias accesorias (no penas en sentido estricto)»⁶⁴¹.

⁶⁴⁰ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*. 9ª edición, Barcelona, 2010, pp. 203 y ss.

⁶⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas, cit. p. 15 y s.

El sistema propuesto por la reforma contenía un conjunto de penas específicamente previsto para las personas jurídicas; un conjunto de reglas de determinación legal de las penas, solo para los entes morales; reglas especiales para la extinción de su responsabilidad en caso de disolución, transformación, absorción, fusión o escisión de la entidad; y, una serie de disposiciones que pretendían delimitar en qué circunstancias y bajo qué condiciones se iba a poder atribuir responsabilidad *ex crimine* y sancionar a las empresas, por algunos delitos que cometiesen determinadas personas físicas, las que aparecían en el artículo 31 bis, norma que era la que, consecuentemente, abría las puertas a dicha responsabilidad colectiva y, por ello, fue la que más atención captó en la doctrina⁶⁴².

El precitado artículo disponía que solo podrían ser destinatarios de la responsabilidad *ex crimine*, los entes dotados de personalidad jurídica. La responsabilidad penal, entonces, quedaba fuera del campo de los entes colectivos que, por más que tuviesen una estructura e incluso un patrimonio propio, carecieran de personalidad jurídica, reservándose su posible tratamiento penal a las prescripciones que regulaban la aplicación de las consecuencias accesorias del anterior artículo 129⁶⁴³.

En cuanto a los delitos por los cuales los entes podían ser sancionados penalmente, cabe indicar que el artículo 31 bis prescribía –y prescribe– que se podía imputar por aquellos supuestos previstos en el Código, lo que supuso la introducción de un sistema de «*numerus clausus*»⁶⁴⁴, algo que –desde luego– fue objeto de críticas, sea porque no incluyó algunos delitos que políticamente su ausencia se consideraba injustificada –v.gr. delitos contra los derechos de los trabajadores⁶⁴⁵–, sea

⁶⁴² GALÁN MUÑOZ, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal*, cit. p. 32.

⁶⁴³ *Ibidem*.

⁶⁴⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, “España. 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 ZUGALDÍA ESPINAR; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (Dir.), *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en latinoamérica y en España*, Pamplona, 2015, p. 233; MORAL GARCÍA, “Regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español”, en PÉREZ-CRUZ MARTÍN (Ed.); NEIRA PENA (Coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Pamplona, 2017, p. 58.; Proponen un sistema derechamente de *numerus apertus*, cfr. GOENA VIVES, Responsabilidad penal, cit. p. 47; Menos crítico, en cambio, vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos modernos*, cit. p. 508 y s.; MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte General. 4ª ed., Valencia, 2014, p. 586.

⁶⁴⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, «Societas delinquere potest: análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Vol. n.º 76 (2010), p. 9; ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Penal Económico y de la Empresa 2011-2012*, Francis Lefebvre, 2011, p. 161.

porque incluía otros que, en esa perspectiva, parecían menos necesarios⁶⁴⁶, pero además por la doble limitación de contemplar escasos supuestos de imputación imprudente.

Ahora, en cuanto a los criterios de imputación de los entes morales, conviene señalar que en el primer inciso del citado artículo 31 bis se establecía que la persona jurídica podría ser responsable «de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho»; pero también cuando «los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso».

Lo dijimos al inicio, pero conviene recordarlo, dentro de las innovaciones de esta regulación fue que estableció un sistema de responsabilidad autónoma del ente permitiendo que se les pudiese sancionar aun cuando, habiéndose constatado que el delito en cuestión había sido cometido por alguna de las personas físicas relacionadas (apicales), aun cuando no se pudiese determinar cuál de ellas ejecutó la conducta. Por último, se determinó también ciertos supuestos que permitían excluir que circunstancias que afectasen a la culpabilidad de la persona física incidiesen en su responsabilidad, como que ciertas circunstancias personales de la persona física –su muerte o su rebeldía– no evitaría que se pudiese atribuir responsabilidad penal a la entidad.

Como se comprenderá, una modificación normativa de esta envergadura –que incluyó un nuevo sujeto activo dentro de la categoría penal– ha generado un fuerte debate en la doctrina española, que se extiende desde el tipo de imputación que habría

⁶⁴⁶ En todo caso, los supuestos en que se puede imputar a la persona jurídica no son marginales y, desde luego, son sustancialmente más amplios que los que contempla la legislación chilena. Así, solo a modo de ejemplo, ello puede acaecer por: la obtención o tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o trasplante de los mismos; la trata de seres humanos; los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores; los delitos contra la intimidad por descubrimiento y revelación de secretos; la estafa; la frustración de la ejecución; las insolvencias punibles; los daños informáticos; los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial y al mercado y a los consumidores; el blanqueo de capitales; la financiación ilegal de partidos políticos; los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social; delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo, los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente; los delitos relativos a la energía nuclear y las radiaciones ionizantes; los delitos de riesgo provocados por explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas y asfixiantes u otras materias, aparatos o artificios que puedan causar estragos; los delitos *dolosos* contra la salud pública; el tráfico de drogas; la falsificación de moneda y de tarjetas de crédito; el cohecho; el tráfico de influencias; la provocación al odio, discriminación o violencia y los delitos de colaboración con organización terrorista.

abrazado el legislador, hasta los presupuestos específicos de imputación del ente, respecto de lo cual sólo me parece relevante mostrar un esbozo, por dos razones, porque en algunos aspectos es muy circunscrito a la regulación española –y por lo tanto se pierde el carácter comparativo propuesto–, pero también porque no hay que perder de vista que el objetivo de la tesis no es analizar los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas adoptado por Chile, España e Italia, sino tan solo dar una descripción de ellos para luego revisar el rendimiento de la tesis propuesta.

Una parte de la doctrina, y quizás la mayoría, consideró que el sistema de responsabilidad del ente regulado en la LO 5/2010, al menos en el 31 bis 1., se representaba de mejor manera como un modelo de transferencia, en virtud del cual a la persona jurídica se le reprochaba por el injusto cometido por sus representantes, administradores o empleados. Con todo, como atenuación a un sistema puramente vicarial –aunque jurisprudencialmente hemos visto que eso no es tan así–, se exigía que el hecho injusto se hubiera realizado en nombre o por cuenta de la persona jurídica, y en su provecho⁶⁴⁷.

Esa fue, entre otras, también la posición de SILVA SÁNCHEZ, quien al efecto sostuvo que: «una lectura sin pre-comprensiones hermenéuticas del art. 31 bis 1. CP revela que el legislador español ha optado por el modelo de la transferencia o imputación. Así, hace responsables penalmente a las personas jurídicas –en primer lugar– de los delitos *cometidos* por personas físicas que ostenten en ellas la posición de representantes legales, administradores de derecho o administradores de hecho. Pero – en segundo lugar– también las hace responsables por los delitos cometidos por subordinados de los sujetos anteriores. La condición para tal segunda vía de atribución de responsabilidad es que la comisión del delito por los subordinados haya sido posible por no «haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso». Un control no ejercido por el superior jerárquico: «es decir, en todo caso, una conducta omitida por una *persona física* situada en la cúspide de la persona jurídica»⁶⁴⁸. Sin embargo, el autor matiza dicho carácter porque reconoce que

⁶⁴⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, en *InDret*, 1/2012, p. 14, con ulteriores referencias; ID. *Derecho penal Español. Parte general. En esquemas*, 3ª ed. revisada, Valencia, 2011, p. 132; ROBLES PLANAS, “Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP”, en *La Ley*, 15227/2011, pp 10 y ss.; RUEDA, *La Responsabilidad de las Personas Jurídicas*, cit. p. 227.

⁶⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., pp. 15 y ss.

una mirada holística de la modificación permite percibir que hay una serie de elementos que introducen incoherencias en el modelo de atribución, razón por la cual su posición en definitiva se acerca más a la mixta.

Pero, además de su redacción, otros aspectos también reforzaban la idea de transferencia, por ejemplo, en lo relacionado a la determinación de las penas aplicables a los entes, donde se contemplaban numerosos indicadores de dicho modelo de transferencia; el hecho de que el artículo 31 bis 2 *in fine* ordenaba a los jueces que fijasen las cuantías de las penas de multa impuestas a las personas jurídicas y a las físicas por los mismos hechos delictivos cuando «la suma resulte desproporcionada a la gravedad de aquéllos», lo que era «una nueva muestra más del modelo de transferencia, pues solo es comprensible si se asume que la persona física y jurídica responden por el mismo injusto, esto es, el hecho delictivo cometido por la persona física y transferido a la persona jurídica»⁶⁴⁹.

En dicho contexto se explica, entonces la Circular de la Fiscalía General del Estado, N° 1/2011, relativa a la responsabilidad de la persona jurídica a la luz de lo regulado en la LO 5/2010, y que expresamente se pronunció a favor de entender que dicha reforma había introducido un sistema vicarial o de transferencia de responsabilidad, según el cual «algunas personas físicas, no en todo caso, pero sí en determinadas circunstancias encarnan y constituyen el alter ego o el cerebro de la persona jurídica, de modo que se entiende que sus comportamientos son los de aquella, y desde esa perspectiva, la corporación debe responder por ellos»⁶⁵⁰. En concordancia con lo anterior, se señaló que «el objeto del proceso penal no lo constituye el juicio sobre la existencia o idoneidad de un código de autorregulación de la persona jurídica, sino la adecuación o inadecuación a la Ley penal de la conducta de las personas físicas a las que el precepto hace alusión»⁶⁵¹; y concluyó que «en los dos párrafos del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal se establece un mecanismo normativo de atribución de la responsabilidad por transferencia o de tipo vicarial, de modo que las personas jurídicas pueden resultar penalmente responsables de los hechos cometidos por

⁶⁴⁹ GALÁN MUÑOZ, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal*, cit p. 32.

⁶⁵⁰ Circular de la Fiscalía General del Estado, N° 1/2011, p. 33.

⁶⁵¹ Circular de la Fiscalía General del Estado, N° 1/2011, p. 49.

determinadas personas físicas siempre que concurren las específicas condiciones a las que se refiere el precepto aludido»⁶⁵².

En la otra vereda, una parte de la doctrina pretendió ver en la LO 5/2010 un avance hacia una regulación autónoma y propia autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que resultaba por lo demás consistente con el respeto del principio penal de culpabilidad. La interpretación sugerida por la Fiscalía General, y parte de la doctrina, vulneraría el principio de culpabilidad y de personalidad de la pena, al fundamentar la del ente en un hecho de conexión en el que ella no habría tomado parte: o sea, una forma de responsabilidad por el hecho ajeno. Además se estaría imputando responsabilidad al ente sin demostrar su dolo ni su imprudencia con respecto a los hechos que se le imputan, transformándola en una responsabilidad penal objetiva. Por otra parte, ahora respecto de las atenuantes, un argumento en favor de esta postura era la incomunicabilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad de la persona física que comete el delito⁶⁵³. Se criticó a la postura de la heteroresponsabilidad la afectación del principio de legalidad, en cuanto con ello se permitiría sancionar con infracción del *ne bis in idem*: dos sanciones a dos sujetos, que supuestamente estaban identificados, luego eran el mismo, por un único hecho o delito cometido⁶⁵⁴.

En el mismo sentido, apoyaría la postura de la autonomía de la responsabilidad del ente, el que la propia norma permitiera imputar a la persona jurídica, en supuestos en que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones apicales en la empresa, aun cuando la persona no haya sido individualizada o no se pueda seguir el procedimiento en su contra. Se trata, de una imputación independiente y diferente de la de persona natural, y que permite sancionar a la empresa sin que existiese responsabilidad individual alguna que transferir.

Similar argumento, se ha dicho, podía extraerse del artículo 31 bis. 4, literal d) del Código penal, que por primera vez consideraba la efectiva implantación de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos, aunque fuera como una circunstancia atenuante. El argumento es más o menos así: si la ley prevé una atenuante para la

⁶⁵² Circular de la Fiscalía General del Estado, N° 1/2011, p. 107 y s.

⁶⁵³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (Coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, 1/190.

⁶⁵⁴ GALÁN MUÑOZ, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal*, cit. p. 40.

empresa que, después de cometer delito, pero antes del juicio, diseña e implementa medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos (todo lo que es un *compliance programs*) lo lógico entonces es que ese esfuerzo por ser un *good corporate citizen* tenga un sentido se realice antes del delito, en cuyo caso debería servir como eximente de la responsabilidad del ente.

Por último, algunos autores defendieron la tesis que la LO 5/2010 había regulado un sistema mixto entre la *heterorresponsabilidad* y la *autorresponsabilidad*. Unos porque entendieron que, mientras el primero de los referidos modelos (el de heterorresponsabilidad) era el que predominaba con respecto a los delitos de los superiores, era el segundo (el de autorresponsabilidad) el que lo hacía en relación a ejecutados por los subordinados. Otros porque interpretaron que al responder la persona jurídica por el delito cometido por las referidas personas físicas y no por su propio defecto organizativo y ser difícil, además, de establecer una conexión causal entre éste y aquél, el referido defecto no podría configurar el injusto típico del que las entidades tendrían que responder, aunque sí que podría e incluso debería actuar como referente de fundamentación y delimitación de su culpabilidad, permitiendo así que el sistema se ajustase a las exigencias derivadas del principio de culpabilidad y de proporcionalidad⁶⁵⁵.

3.4. La era del compliance

Después de una acotada reforma con la dictación de la LO 7/2012⁶⁵⁶, de 27 de diciembre⁶⁵⁷, cuya finalidad fue incorporar como sujetos activos de imputación a los

⁶⁵⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto”, en *La Ley* 2464/2010, p. 12 y s.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos modernos*, cit. pp. 473 y ss.; GALÁN MUÑOZ, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal*, cit. p. 40; MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, cit. p. 630, para quienes «en el modelo español, la responsabilidad penal de la persona jurídica no se basa exclusivamente en su actuación social como tal (denominada responsabilidad propia o, en ocasiones, directa) sino que es responsable por los delitos cometidos por personas físicas que actúan en su ámbito y para beneficiarla. Sin embargo, siempre que se dé tal comportamiento individual, la responsabilidad de la persona jurídica es independiente porque se mantiene incluso aunque las personas físicas no resulten condenadas (art. 31 bis 3)». En contra DÍEZ RIPOLLÉS, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, en *InDret*, 1/2012, p. 18.

⁶⁵⁶ Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, consultable en www.boe.es.

⁶⁵⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit. p. 134.

sindicatos y a los partidos políticos, vino la modificación de la LO 1/2015⁶⁵⁸, la que sí importó un cambio realmente relevante en el sistema de imputación de las personas jurídicas en España, entre otras cosas porque, como lo indica ZUGALDÍA, viene a consolidar de manera firme la exigencia de responsabilidad criminal –propia– de las personas jurídicas, la que se concretiza en una culpabilidad entendida como quebrantamiento del debido control, vinculando su ausencia a un defecto de organización⁶⁵⁹.

Lo anterior se deja ver ya en el preámbulo de la ley, en que se señala que «la reforma lleva a cabo una *mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del ‘debido control’, *cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal*. Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica. Asimismo, se extiende el régimen de responsabilidad penal a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, a las que se podrán imponer las sanciones actualmente previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33 del Código Penal» (destacado agregado)⁶⁶⁰.

El legislador como se observa, decidió alejarse aún más del modelo de responsabilidad vicarial o de transferencia, y derechamente avanzó hacia un modelo de mayor autorresponsabilidad basado en la propia conducta y culpabilidad del ente,

⁶⁵⁸ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, consultable en www.boe.es.

⁶⁵⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, *España. La responsabilidad criminal*, cit. pp. 222 y ss.

⁶⁶⁰ Por eso resulta extraña la posición de la Fiscalía General en insistir en que se «mantiene el fundamento esencial de atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica de tipo vicarial o por representación en las letras a) y b) del art. 31 bis 1º», pues eso hay parece subsistir solo en la exigencia del hecho de conexión. Quizás por lo mismo la fiscalía luego agrega «no obstante, la reforma avanza en el reconocimiento de la responsabilidad autónoma de la persona jurídica por medio de la regulación de los programas de organización y gestión, a los que atribuye valor eximente bajo determinadas condiciones». *Vid.* Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, p. 58.

aunque siempre anclado –como me parece correcto– a la exigencia del hecho de conexión. De hecho, la reforma analizada en detalla es bastante menos modesta que lo que se expresa en el preámbulo, y de hecho se extiende en sus consecuencias a todo el modelo de responsabilidad de ente, que va desde las reglas de imputación de responsabilidad, pasando por las reglas de fijación de las penas que se les podrían aplicar hasta aquellas que fijan la consecuencia frente al incumplimiento del pago de las multas impuestas a las personas jurídicas.

En ese contexto, el cambio que aparece como más trascendente de la nueva normativa es la inclusión expresa –antes no se preveían expresamente– de *causas de exención de la responsabilidad penal* para las personas jurídicas, en aquellos supuestos en que antes de la comisión del delito por parte de un empleado, el ente cuente con un modelo de organización y gestión adecuado para prevenir delitos *de la naturaleza del que fue cometido*, o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. Pero no sólo eso, también quedará exenta de la responsabilidad la empresa por el delito cometido por su representante o administrador, si ella previamente había adoptado un modelo de organización y gestión, *ex* artículo 31 bis 5 del Código penal, y consigue probar: a) que 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; b) que los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención; y, c) que no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano. Con todo, si estas circunstancias se acreditan parcialmente, ellas serán igualmente valoradas para la atenuación de la pena.

Relacionado con lo anterior el apartado 3º del artículo 31 bis permite que las personas jurídicas consideradas de pequeñas dimensiones puedan dejar en manos de su órgano general de administración las funciones de supervisión que la condición 2º del artículo 31 inciso 2 obliga a otorgar a un órgano, diferente de aquel y con poderes autónomos de iniciativa o control o que tenga encomendada legalmente dicha tarea. Junta a ella, la regla dispuesta en el nuevo apartado 5º del artículo 31 bis, que determina y define los requisitos que habrán de cumplir precisamente los modelos de organización

y de gestión de los que habla el primero de los requisitos contenidos en el apartado 2º del mismo artículo⁶⁶¹.

No es extraño, entonces, que la modificación más destacada en la doctrina haya sido el explícito reconocimiento eximente a los modelos de organización y gestión (*compliance programs*). En ese sentido, no es de extrañar que buena parte de la preocupación dogmático penal española del último tiempo haya cambiado el giro desde las discusiones en torno al propio objeto (sujeto) de estudio –el ente, y su capacidad de acción, culpabilidad etc.– hacia la forma en que éste se autorregula para relacionarse y cumplir adecuadamente sus obligaciones sociales y comerciales, y con ello cumplir con las expectativas que se han depositado en él: y eso lo hace, en lo que acá interesa, a través de sus *Compliance Programs*.

La nueva redacción de del artículo 31 bis introduce la referencia expresa a la posible responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos por el grupo apical también cuando se aprecia un beneficio indirecto y no solo directo de dichas entidades. Por otra parte, la nueva normativa aumenta el número de delitos en los que se puede atribuir responsabilidad criminal al ente, y amplía el marco de personas jurídicas responsables criminalmente, incluyendo a las sociedades mercantiles estatales que ejerzan políticas públicas o presten servicios de interés económico general⁶⁶².

Recapitulando, para reagrupar lo ya dicho en los términos que nos interesa para la investigación, usaré y seguiré el excelente esquema de siete rasgos propuesto por DOPICO GÓMEZ–ALLER⁶⁶³: a) las personas jurídicas pueden ser investigadas, juzgadas y condenadas en un proceso penal por *ciertos delitos cometidos en su beneficio*, bajo

⁶⁶¹ A saber: «5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1º del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios».

⁶⁶² ZUGALDÍA ESPINAR, *España. La responsabilidad criminal*, cit. p. 237 y s.

⁶⁶³ DOPICO GÓMEZ–ALLER, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit. p. 134.

ciertas circunstancias; b) la atribución de responsabilidad penal únicamente corresponde respecto de aquéllos delitos en que el Código así lo dispone; c) existen penas de imposición obligatoria y otras de imposición facultativa, y para eso el Código tiene un catálogo de penas que va desde la multa (obligatoria), hasta la suspensión de actividades, la clausura de locales, la prohibición de realizar las actividades en cuyo ejercicio se cometió el delito, ciertas inhabilitaciones, la intervención judicial o, en casos extremos, la disolución; d) se establece un sistema de imputación de doble vía, la primera cuando el delito fue cometido por sus máximos responsables y, la segunda, cuando fue cometido por alguien bajo la autoridad de esos máximos responsables, debido a que dichos responsables no ejercieron el debido control, supervisión o vigilancia sobre la conducta de aquél. Los requisitos para atribuir responsabilidad a la persona jurídica –y, correlativamente, para eximirla de ella– son distintos por una y otra vía. Sin embargo, la regulación legal la responsabilidad penal de las personas jurídicas depende siempre en ambas vías de una conducta de los máximos dirigentes de la empresa: ya sea del delito cometido por ellos (1ª vía), ya sea del incumplimiento de sus deberes de control, supervisión o vigilancia (2ª vía). No cabría hablar de responsabilidad de la empresa por conductas que la dirección no fue capaz de controlar o evitar; e) el procedimiento en que se determina la responsabilidad de la persona jurídica es el mismo en el que se juzga a la persona física. No obstante, en ciertos casos se puede condenar a la persona jurídica aunque no sea posible condenar a la persona física que hubiese cometido el delito; f) el modelo busca incentivar la autoorganización de las personas jurídicas para que eviten que en su seno se intenten conseguir los objetivos sociales mediante la realización de actos delictivos. Por ello, si la persona jurídica cumplió suficientemente sus tareas de supervisión, vigilancia y control pero pese a ello una persona física a su servicio cometió el delito, la persona jurídica no será castigada; g) el defecto de organización (incumplimiento de las tareas de supervisión, vigilancia y control) cobra un papel central en el sistema, que se plasma de manera distinta en cada una de las dos vías de imputación de responsabilidad.

Ahora bien, desde el punto de vista procesal, la legislación española, a diferencia de la chilena y, como veremos, la italiana, guardó un inicial silencio –al momento de la reforma 5/2010– respecto de los aspectos adjetivos relacionados con la imputación penal del ente, algo difícil de entender, tratándose de un reforma que, a todas luces, parecía copernicana. Quizás el legislador pensó que la experiencia –escasa, como

vimos— de las consecuencias accesorias, era suficiente para las hacerse cargo de las dificultades procesales que podían surgir.

Así, para RENEDO ARENAL, tal omisión el supuso «un importante impedimento para que se produjera un cambio cultural, como el supuestamente pretendido, y se entiende que es en parte responsable de que se haya visto comprometida decisivamente la obtención de la finalidad que auspicia la reforma»⁶⁶⁴, cuestionando que, además, tal omisión finalmente viene a ser llenada de facto, y en una regulación infralegal y de facto, por la Fiscalía General, a través de sus circulares, o los propios jueces en sus resoluciones.

Tal omisión, como se sabe, se resolvió, en parte, mediante la dictación de la ley 37/2011, de 10 de octubre, que modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con las así llamadas *medidas de agilización procesal*. El legislador español, al igual que como lo hizo el chileno, siguiendo a la doctrina e incluso a la propia Fiscalía General⁶⁶⁵, optó por asimilar —en lo que corresponde— a la persona jurídica con la persona natural, reconociéndole los derechos constitucionales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española⁶⁶⁶.

Las dificultades que esta asimilación de la persona jurídica con la persona natural, para los efectos de los derechos fundamentales y las garantías fundamentales son mayores, y van desde el alcance del derecho a no autoincriminarse, pasando por la privacidad de los documentos y las comunicaciones, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, entre otros, todo lo cual es altamente complejo, en especial si se pretende: judicializar —y no solo investigar— en un mayor número los procesos en contra de las personas jurídicas y, no, como en Estados Unidos terminarlos tempranamente en una sede pseudo penal—administrativa; y hacerlo en un proceso que sea simultaneo a la

⁶⁶⁴ RENEDO ARENAL, “La imputación de la persona jurídica”, en Pérez-Cruz Martín (dir.); Neira Pena (coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Pamplona, 2017, P. 97 y s.

⁶⁶⁵ Fiscalía General del Estado, Circular 1/2011, p. 76.; GASCÓN INCHAUSTI, *Proceso penal y persona jurídica*, Marcial Pons, 2012, p. 66 y s.

⁶⁶⁶ A este respecto, por ejemplo, la doctrina ha señalado que «la responsabilidad jurídico penal de las personas jurídicas se debe plantear siempre con el respeto que sustenta el mayor principio del Derecho penal, el de la culpabilidad», y en ese contexto «las bases ideológicas del Derecho, los principios generales, no pueden ser forzadas en la nueva doctrina. La contradicción y defensa existirá en todo proceso, la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, el juez predeterminado (...) amparan a la persona jurídica de igual modo que la física, si conlleva obligaciones la nueva regulación mantiene los derechos como es normal». CARRETERO SÁNCHEZ, “El papel de los Principios Generales del Derecho en la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Diario la Ley*, 8751/2016, p. 2.

de persona natural, de modo que la prueba del ente, que en principio puede ser lícita, no lo sea respecto de la persona natural, generando ahí o un cuadro de impunidad o de criminalización –de la persona natural– con infracción de garantías. Todas cuestiones, en todo caso, que exceden esta investigación.

4. Italia.

La historia italiana, en materia de responsabilidad del ente, no es muy diferente a la española y la chilena. Con énfasis a partir del siglo XVIII se había consolidado fuertemente el brocardo *societas delinquere et punire non potest*⁶⁶⁷. Sin embargo, en los últimos cincuenta años parte de la doctrina penal italiana había comenzado a poner en entredicho aquel brocardo y a presentar alternativas teóricas y normativas para enfrentar la criminalidad empresarial⁶⁶⁸.

Pero ello no fue pacífico, pues también hubo un sector importante que se opuso tenazmente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Para justificar tal aserto, además de las tradicionales objeciones teóricas fundadas en la capacidad de acción y de culpabilidad, se argumentó que el artículo 27 de la Constitución italiana (que anuncia el principio de responsabilidad personal) era incompatible con un régimen penal del ente. Este artículo expresaría la dignidad constitucional del brocardo *societas delinquere non potest*, pues el adjetivo *personal* necesariamente implicaría la delimitación de la responsabilidad penal solamente a las personas físicas. A lo anterior había que agregar otro argumento constitucional que permitiría arribar a una conclusión similar, a saber: la exigencia sobre la función reeducativa de la pena⁶⁶⁹.

Y, como sucede muchas veces cuando las posiciones en torno a un tema son así de antagónicas, finalmente el brocardo *societas delinquere non potest* cedió, pero no al punto de poder afirmar hoy —sin al menos una justificación de por medio—, que en Italia rige el principio *societas delinquere et punire potest*. En efecto, el D.lgs. 231, que establece la responsabilidad *ex crimine* del ente, nominalmente aparece como un

⁶⁶⁷ Sobre el desarrollo histórico de la responsabilidad de la persona jurídica en Italia, de su aceptación inicial—en el derecho romano— a su negación, y una vez más a su “posible” aceptación, véase el trabajo de MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pp. 445 y ss.

⁶⁶⁸ MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit. pp. 445 y ss.; PALIERO, “La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica”, en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1993, pp. 1046 y ss.; ID., *Problemi e prospettive della responsabilità*, cit. pp. 1173 y ss. En especial en este último texto, PALIERO expone la necesidad de dejar atrás el brocardo *societas delinquere non potest* y avanzar hacia un sistema —aunque inicialmente administrativo— de sanción punitiva a las personas jurídicas.

⁶⁶⁹ BRICOLA, *Il costo del principio*, cit. pp. 651 y ss., quien para salvar el *costo* del principio constitucional de culpabilidad, sostuvo la tesis de que las personas jurídicas debían ser objeto de una medida de seguridad como la confiscación, en razón de su “peligrosidad objetiva”; ROMANO, “*Societas delinquere non potest* (Nel ricordo di Franco Bricola)”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, p. 1036.

sistema de *responsabilidad administrativa*, lo que en todo caso ha sido fuertemente criticado por la doctrina y, en parte, por la jurisprudencia.

Sin entrar todavía al debate sobre la naturaleza jurídica de la ley, es importante dejar en claro, como lo afirma PALIERO, que «la decisión del legislador de etiquetar la responsabilidad de las personas jurídicas como administrativa, sumado a la siempre lúcida crítica de parte de la doctrina por la *lectura moralizante* de la Constitución, y la propuesta de cambio por una lectura racional–pragmática, fueron todos insumos trascendentales para que se fuera avanzando con tranquilidad hacia un cambio de modelo penal o penal–administrativo»⁶⁷⁰.

El cambio decisivo en la legislación italiana se produjo, como adelantábamos, con la entrada en vigor del D.lgs. 231, publicado el 8 de junio de 2001, que introdujo un inédito paradigma de responsabilidad de las personas jurídicas y asociaciones por ciertos delitos⁶⁷¹. Debe destacarse que el decreto fue redactado *por el ejecutivo*, luego que el parlamento, en virtud de la Ley n. 300, del 2000, *delegara* la facultad legislativa para establecer «la disciplina de la *responsabilidad administrativa* de las personas jurídicas y de los entes sin personalidad jurídica»⁶⁷².

El D.lgs. italiano tiene una historia que, aunque con una década de anticipación, comparte diversas similitudes con la experiencia chilena y española, en especial en lo que dice relación con el *cumplimiento* de las obligaciones internacionales. De hecho, la *Relazione* del gobierno italiano, que acompaña el D.lgs. 231, reconoce expresamente estas obligaciones, destacando el compromiso que Italia había asumido en el ámbito europeo y que la obligaba a dar ejecución a ciertos instrumentos elaborados sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea: la Convención sobre la tutela financiera de la Comunidad europea, realizada en Bruselas el 26 de julio de 1995, su primer protocolo hecho en Dublín el 27 de septiembre de 1996, y la Convención relativa a la lucha contra la corrupción en la cual están involucrados funcionarios de la

⁶⁷⁰ PALIERO, “La responsabilità penale della persona giuridica nell’ordinamento italiano: profili sistematici”, en PALAZZO (a cura di) *Societas puniri potest*, Padova, 2003, p. 23.

⁶⁷¹ Cfr. PALIERO, *Dieci anni di ‘Corporate Liability’*, cit. pp. 5 y ss.

⁶⁷² De hecho, como la legislación italiana no reconoce explícitamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, algunos han optado por utilizar una etiqueta más neutra como aquella de “responsabilidad por ciertos delitos o responsabilidad ex crimine”. Sobre ello *vid.*, DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., p. 303; DE MAGLIE, *L’etica e il mercato*, cit., pp. 327 y ss.; PULITANÒ, “La responsabilità da reato degli enti. Problemi di inquadramento e di applicazione” en TRIMARCHI (a cura di), *Rappresentanza e responsabilità negli enti collettivi*, Milano, 2007, p. 263.

comunidad europea o de los estados miembros de la Unión europea, realizada en Bruselas el 26 de mayo de 1997. Capítulo aparte merece la obligación impuesta por la OCDE y su convención contra el cohecho a funcionarios extranjeros, expresamente reconocida en la *Relazione*, porque era el único de estos instrumentos que establecía una obligación de sancionar a las personas jurídicas, aunque —como lo sabemos— con un matiz relevante, que no exigía una responsabilidad penal⁶⁷³. Obviamente, como sucedió en Chile y en España, parte de la academia tuvo una mirada crítica a este cambio normativo, primero porque era una respuesta exagerada a un compromiso internacional que, al menos en papel, parecía exigir menos; y, segundo, porque el legislador italiano habría dejado afuera otras obligaciones internacionales que tenían similares exigencias: como el Protocolo de la convención relativa a la tutela de los intereses financiero de la comunidad europea⁶⁷⁴.

Con todo, y cómo lo veremos *infra*, a pesar de que el órgano delegado estableció finalmente una *responsabilidad administrativa* del ente, lo cierto es que la doctrina mayoritaria, y buena parte de la jurisprudencia, no se incomodan en denominarla un verdadero *tertium genus* o, en algunos casos, derechamente penal. Incluso hay quienes han propuesto una nueva categoría, de un *quartum genus*. Esto se explica al menos por tres razones. Primero, porque la propia ley se organiza normativa e institucionalmente de tal manera que hace difícil no considerar su naturaleza penal. Segundo, porque parte importante de la literatura penal italiana, al menos la más innovadora, venía desde hace tiempo sosteniendo la necesidad de superar el brocardo *societas delinquere non potest*. Y, por último, porque en buena parte el antecedente legislativo inspirador del D.lgs. 231 —el Proyecto Grosso⁶⁷⁵— ya incluía la idea que un ente pudiese ser considerado responsable —en sí mismo— por ciertos hechos penalmente relevantes⁶⁷⁶⁻⁶⁷⁷.

⁶⁷³ Sobre esto, véase la *Relazione* al D.lgs. del 8 giugno 2001, n. 231, en CADOPPI ET AL (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2010, pp. 9 y ss., aunque reconociendo también necesidades de política-criminal; DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., pp. 302 y ss.

⁶⁷⁴ Al respecto GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, Milano, 2006, p. 23; DELSIGNORE, *Sezione I, Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità amministrativa*, en CADOPPI, ET AL (A cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Utet Giuridica, 2010, p. 64.

⁶⁷⁵ Además del citado proyecto Grosso, se pueden identificar tres fuentes del D.lgs. 231. Desde un punto de vista de la normativa interna, un claro referente se observa en el D.lgs. 626 de 1994, en materia de seguridad e higiene del trabajo que, como nos recuerda DE SIMONE, ya atribuía al empleador el deber de organizar la seguridad en el desarrollo de la actividad de la empresa, deber que es del todo correspondiente a la adopción e implementación de los modelos de organización dispuestos en el sistema de responsabilidad de los entes morales por ciertos delitos. Desde la perspectiva comparada destaca la recepción de la aportación teórica de TIEDEMANN y su llamada teoría de la culpa por defecto de

Ahora bien, desde el punto de vista esquemático, el decreto – en algo que imitó el sistema chileno y no así el español–, resulta ser un verdadero *micro código*, en el cual es posible apreciar: una parte general que, entre otros temas, incluye los criterios de atribución de la responsabilidad del ente, las causas de exculpación y modificación de la responsabilidad y la entidad de la sanción junto a su mecanismo de determinación; y, una parte especial, donde el legislador ha ido agregando —con alguna excepción— cada delito que considera debe generar la responsabilidad del ente. El *micro código*, en todo caso, incluye además aspectos procesales que resultan esenciales en la persecución del ente.

Por último, en esta periodo de vigencia el D.lgs. ha tenido —según lo ha destacado la doctrina— un relevante impacto jurídico, económico y social, que lo ubica dentro de las reformas legales más importantes del último tiempo. En lo jurídico, pues el mundo académico —y en algún grado menor, aunque evolutivo, la jurisprudencia— se han volcado a su análisis, interpretación y aplicación⁶⁷⁸; en lo económico, porque hoy casi todas las empresas, grandes y medianas, tienen ya sus modelos de prevención del delito, pero además porque desde el inicio de la ley se han sucedido investigaciones y condenas a diversas empresas generando un conjeturable efecto disuasivo en el mundo económico empresarial; y, en lo social, porque a pesar de la difícil constatación empírica se ha dicho que ella ha favorecido la instalación en las empresas de la lógica del *good corporate citizen*. Como crítica se ha observado una aplicación desigual de la

organización, pero además la influencia del common law, en particular de Estados Unidos, por los llamados modelos de compliance programs. Vid., DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., pp. 309 y ss.

⁶⁷⁶ DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., p. 307.

⁶⁷⁷ Pero la influencia del citado proyecto no fue sólo de favorecimiento del cambio cultural, además influyó en algunas decisiones normativas, a saber: la decisión de mantener una conexión de la responsabilidad con el presupuesto de la comisión de un delito; la definición de los criterios objetivos y subjetivos de imputación; la configuración de una responsabilidad autónoma; la fijación de un sistema sancionador de tipo binario, marcadamente acentuado en clave preventivo y premial; la competencia al juez penal y, más en general, a la colocación en “ambiente penalístico” de la relativa disciplina. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., p. 307; MASSI, ‘*Veste formale*’ e ‘*corpo organizzativo*’” *nella definizione del soggetto responsabile per l’illecito da reato*, Napoli, 2012, p. 100.

⁶⁷⁸ Por lo mismo no es difícil comprender —aunque la ley se refiera a la responsabilidad “administrativa”— la recepción entusiasta con que la doctrina penal italiana recibió el mencionado D.lgs., y que se resume adecuadamente en el conjunto de expresiones recogidas por DE SIMONE. Se ha dicho de la nueva ley que es “una de las más importantes y profundas innovaciones de nuestro sistema sancionatorio” [ALESSANDRI], una “revolución copernicana” [MANNA], una “fuerte innovación sistemática” [PULITANÒ], una “etapa importante en el proceso de modernización del derecho penal” [DE MAGLIE], una “indudable ruptura del tabú” [MARINUCCI], un “punto de inflexión [...] en la instrumentalización punitiva en el campo de la criminalidad económica” [ALESSANDRI], una “piedra basilar en la lucha contra el corporate crime” [GAREGNANI] y, por último, del “tardío final de un dogma” [PERGALINI]. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., p. 304.

norma en el país, con una mayor presencia de procesos en las provincias y ciudades del norte (en primer lugar en Milán), mientras menos impacto ha tenido en el sur⁶⁷⁹.

4.1. Sobre la naturaleza de la responsabilidad por el delito. ¿Qué tipo de responsabilidad?

Uno de los aspectos más discutidos por la dogmática italiana, en relación al D.lgs. 231, es la *verdadera* naturaleza jurídica de este sistema de responsabilidad de los entes⁶⁸⁰. Esta discusión, que bien puede sonar baladí, por poner el acento en una cuestión de etiqueta, resulta fundamental para comprender la evolución del modelo y en particular la jurisprudencia que a su respecto se ha pronunciado. Así lo ha reconocido la propia doctrina italiana, pues en ella se esconde una precisa concepción y valoración del contenido final de una norma fundamental en el derecho penal italiano, a saber, el artículo 27 inciso 1° de la Constitución que, como vimos, regula el llamado *principio personalistico della responsabilità penale*⁶⁸¹. La preocupación por no traspasar el contenido mínimo de esta norma llevó al legislador, sea el delegante como el delegado, a etiquetar la responsabilidad de las personas jurídicas derivada del delito —en particular su ilícito y la sanción impuesta— como administrativa. Ello aunque, como queda de manifiesto en la *Relazione*, el ejecutivo tenía claro que la normativa fundante no era en lo absoluto un obstáculo insalvable para definir la responsabilidad del ente como *penal*, en la medida que el principio de culpabilidad fuese comprendido en su vertiente más normativa⁶⁸².

En ese sentido, como lo ha referido textualmente parte de la doctrina más reconocida en Italia, el mensaje que se transmitió con la ley fue de «menor gravedad y de

⁶⁷⁹ PALIERO, *Dieci anni di 'Corporate Liability'*, p. 6. En detalle de la historia, vid. SCOLETTA, “La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d. lgs. n. 231/2001”, en CANZIO; CERQUA, LUPARIA (a cura di) *Diritto penale delle società, Tomo primo*, Cedam, 2014, pp. 861 y ss.

⁶⁸⁰ Sobre esta discusión véase, a modo de referencia, DE MAGLIE, “In difesa della responsabilità penale delle persone giuridiche”, en *Legislazione penale*, 2003, p. 327 y ss.; DE VERO, “Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato” en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, pp. 1154 y ss.; ID, “reati societari nella dinamica evolutiva della responsabilità ex crimine degli enti collettivi” en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, pp. 305 y ss.; PALIERO, *Dieci anni di 'Corporate Liability'*, cit., pp. 15 y ss.

⁶⁸¹ Sobre el principio della personalità della pena Vid. CATTANEO, *Pena Diritto e dignità umana*, cit., pp. 306 y ss.; MARINUCCI; DOLCINI; GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., p. 708; respecto de la responsabilidad del ente, PRESUTTI; BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2013, p. 210.

⁶⁸² CADOPPI ET AL (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2010, p. 10.

menor reproche, respecto a la responsabilidad penal»⁶⁸³. Pero claro, ello tiene un inconveniente, que al no ser considerada una norma de carácter penal, además de las preocupaciones constitucionales sobre el principio de culpabilidad y de la finalidad de la pena, queda entregado al legislador —con ciertas salvaguardas menores— la decisión de mantener ciertas garantías del D.lgs., v.gr. la irretroactividad de la ley. Como dice ASTROLOGO, la definición legislativa puede fungir de mero indicio acerca de la naturaleza de la responsabilidad, pero, de seguro, la doctrina y la jurisprudencia tienen la obligación de preguntarse si la normativa introduce una responsabilidad penal, administrativa, *tertium genus* u otra. Y precisamente eso es lo que ha hecho la doctrina y la jurisprudencia italiana⁶⁸⁴.

Así las cosas, al día de hoy se pueden apreciar básicamente cinco posiciones sobre la naturaleza de la responsabilidad de los entes. Una que la considera *administrativa*, otra que la considera *penal*, otra que la considera un *tertium genus* y, en fin, una que no parece interesada en la discusión, por considerarla sólo una cuestión de etiqueta. A ello debe agregarse además la tesis propuesta por VINCIGUERRA, de un *quartum genus*, quien ha sostenido que en realidad no se trataría de ninguno de estos tipos de responsabilidad, sino que, en cambio, de una combinación de tres modelos de responsabilidad —civil extracontractual, penal y administrativo⁶⁸⁵.

Al parecer, la mayoría de la dogmática italiana considera hoy a la responsabilidad del ente, *contra legem*, como *penal*. Y aún más, parte de ella identifica como un verdadero fraude de etiqueta la denominación legal. En términos resumidos consideran que la sola etiqueta no es suficiente —ni menos coherente— para comprender y articular armónicamente la disciplina de que trata, y que el legislador habría intentado maquillar verdaderos delitos para mostrarlos como ilícitos administrativos. Ello, como ya lo advertimos, con el sólo propósito de superar los temores constitucionales.

⁶⁸³ Véase, DE MAGLIE, *In difesa della responsabilità penale*, cit., p. 350; PULITANÒ, “Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche”, en *Enciclopedia del Diritto, aggiornamenti*, 2002, p. 417; ID., “La responsabilità «da reato» degli enti: i criteri d'imputazione”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, pp. 954 y ss.

⁶⁸⁴ ASTROLOGO, “Concorso di persone e responsabilità della persona giuridica”, en *Indice Penale*, 2005, p. 1005. SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società*, cit., pp. 867 y ss.

⁶⁸⁵ VINCIGUERRA, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (D. lgs 231/2001)*, Padova, 2004, p. 190.

La etiqueta de *administrativa* no es suficiente para explicar la responsabilidad del ente porque la ley, en su conjunto, aborda y regula materias que escapan de lo meramente administrativo. Tampoco es coherente porque existe una clara discordancia entre el *nomis iuris* de la ley y la regulación de ciertos aspectos de la imputación y la indagación de la responsabilidad penal, a saber: el principio de legalidad, la regulación de la sucesión de leyes, los parámetros precisos de determinación de las sanciones pecuniarias, los criterios de selección de las sanciones interdictivas, etc. Son esos aspectos, se insiste, los que reivindicaban el carácter penal del D.lgs. Piénsese, por ejemplo, en el hecho que se trata de una responsabilidad que se origina a partir de la comisión de un delito, ilícito que debe ser en el interés o para la ventaja de la persona jurídica; o en el hecho que se pueda sancionar incluso las hipótesis tentadas —cuestión desconocida en el ámbito del derecho administrativo. Por último, se debe considerar también que la responsabilidad del ente es indagada por el Ministerio Público, en un procedimiento penal, respecto del cual tienen competencia los jueces penales —competencia, en todo caso, que se mantiene incluso en la hipótesis de «*autonomía*» de la responsabilidad del ente⁶⁸⁶.

En segundo lugar existe un grupo minoritario, aunque compuesto por destacados académicos, que consideran que el D.lgs. regula una verdadera responsabilidad *administrativa*⁶⁸⁷. Justifican su posición, principalmente, por la calificación que la ley le da a la responsabilidad del ente. Es la ley, sostienen, la que le otorga la naturaleza administrativa a la responsabilidad de las personas jurídicas, por ende, no puede el intérprete —no al menos si le motiva el respeto al legislador— modificar esta realidad

⁶⁸⁶ Entre los más destacados autores que apoyan esta tesis, DE VERO, *Struttura e natura giuridica*, cit., pp. 1154 y ss. —aunque con una mirada excepcional dentro de la dogmática italiana; DE SIMONE, *Personae giuridiche e responsabilità da reato*, cit., p. 80; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, parte generale, 6 ed., Bologna, 2009, p. 165; MANNA, “La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo all’insieme”, en *Rivista trimestrale di Diritto penale dell’economia*, Milano, 2002, pp. 517 y ss.; PADOVANI, “Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità ‘amministrativa’ delle persone giuridiche” en De FRANCESCO, (ed.), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia “punitiva”*. 2004, pp. 13 y ss.; PALIERO, “Il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, società delinquere (et puniri) potest”, en *Il corriere giuridico*, 2001, p. 845; ID., *La responsabilità penale della persona giuridica nell’ordinamento italiano*, cit., p. 19; PIERGALINI, *Societas delinquere et puniri non potest*, cit., p. 598, ID., “Societas delinquere et punire non potest” en *Questione giustizia*, Societas, 2002, p. 1103.

⁶⁸⁷ Véase, entre otros, MARINUCCI, ““Societas punire potest”: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, p. 1201, quien después muestra un cierto giro en su posición, en MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pp. 445 y ss; ROMANO, “La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali” en *Rivista delle società*, 2002, pp. 398 y ss.

determinando una naturaleza jurídica distinta, no prevista. Además de considerar la responsabilidad del ente como una responsabilidad penal, se corre el riesgo de un gradual y progresivo derrumbe cultural del ilícito y de las garantías penales.

Pero además, se dice, la ley regularía ciertas materias de un modo que expresaría inequívocamente el carácter administrativo y no penal de la responsabilidad del ente. En particular, como dice MARINUCCI, la regla de prescripción de la responsabilidad del ente, que no se asemeja en nada a la de la responsabilidad penal individual, sino que por el contrario es exactamente la misma que la de la responsabilidad administrativa; también la regulación respecto de las consecuencias de la modificación del ente (fusión, absorción, separación, etc.), que finalmente recuerda más a la atribución civil o administrativa, que propiamente a la penal —es más, una mirada penalista a estas soluciones pondría el acento crítico respecto a la vulneración del principio de personalidad de la pena. Por otra parte, y conforme lo describe con lucidez DE SIMONE, no parece coherente con un sistema de responsabilidad penal el hecho que el Decreto legislativo —en especial a partir de algunas modificaciones posteriores— permita en determinadas áreas de servicio (v.gr. la banca, las empresas aseguradoras o las sociedades de inversiones de capitales, todas personas jurídicas que se relacionan fuertemente con capitales de personas) que con posterioridad a la sanción penal una autoridad administrativa (*autorità di vigilanza*) pueda incidir sobre el contenido de la sentencia penal, mediante resoluciones administrativas que modifiquen sustancialmente la pena impuesta por el juez penal⁶⁸⁸. Por último, y desde un prisma procesal, porque si se reconociese la naturaleza penal de la responsabilidad del ente, entonces *debería considerarse inconstitucional* el artículo 58 del D.lgs. que autoriza al Ministerio Público, sin previa autorización judicial, a archivar las investigaciones en curso respecto de un ente (recuérdese que en materia penal en Italia sigue vigente el principio de legalidad procesal).

En tercer lugar se encuentra la posición asumida por el poder ejecutivo, manifestada en la *Relazione* del D.lgs. 231 —aunque discordante con el propio nombre otorgado a la ley—, que la califica como un *tertium genus*. Conforme lo dice el propio documento, la responsabilidad del D.lgs. «*conjuga las líneas esenciales del sistema penal y del administrativo, en el tentativo de adecuar las razones de la eficacia*

⁶⁸⁸ DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., p. 335.

preventiva con aquellas, todavía más ineludibles, de las máximas garantías» (p. 12). Se trata, como es fácil de percibir, de una solución de compromiso tendiente a ubicar a la responsabilidad de las personas jurídicas en un mundo intermedio entre el derecho penal y el derecho administrativo⁶⁸⁹.

Por último, existe un grupo que no ve un interés relevante en el debate —aunque suele acercarse a la respuesta del *tertium genus*—, y que prefiere ver el modelo de responsabilidad de las personas jurídicas, tanto en el ámbito sustantivo como adjetivo, como un conjunto de garantías de clara matriz penal. Es un sistema que, todo sumado, surge de la comisión de un ilícito penal (principio de legalidad), requiere de una culpabilidad del ente (que puede ser distinto según el artículo que se trate), tiene definido las sanciones y la forma de su determinación y, además, regula un conjunto de derechos procesales al ente que se asemeja al del proceso penal de la personas naturales. Todo ello en un contexto donde institucionalmente la responsabilidad penal debe ser investigada por el Ministerio Público y atribuida la responsabilidad por un juez penal. Por último, aún desde una perspectiva procesal, reconocen que no obstante se pueda considerar su naturaleza como administrativa, lo cierto es que hoy existen ciertas áreas vinculadas a la persecución penal —como por ejemplo la cooperación jurisdiccional con una autoridad extranjera—, donde el estado actual de la integración europea requiere de eficiencia para desarrollar estas investigaciones, y ello es más fácil en el contexto penal. En fin, independiente de la etiqueta se trataría de un modelo reforzado —casi a nivel penal— de la responsabilidad del ente⁶⁹⁰.

La jurisprudencia ha tenido en este debate una posición vacilante —y temporalmente oscilante— y de hecho es posible hoy encontrar jurisprudencia que considera que se trata de una naturaleza enteramente administrativa⁶⁹¹, otra que se

⁶⁸⁹ Véase, DELSIGNORE, *Sezione I*, cit. p. 72; DE MAGLIE, *In difesa della responsabilità penale*, cit., p. 326; AMODIO, “Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti” en DOLCINI; PALIERO, en *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol III, 2006, pp. 2691 y ss.

⁶⁹⁰ Véase PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa*; cit. p. 417, para quien esta discusión desvía la atención de los verdaderos problemas dogmáticos, a problemas de mera construcción del lenguaje de la ciencia jurídica; ALESSANDRI, “Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina”, en AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, pp. 48 y ss.; quien mantiene sus preocupaciones por la cuestión constitucional; PIERGALLINI, “L’apparato sanzionatorio”, en LATTANZI, *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, 2005, p. 231; DE SIMONE, “La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano, alcuni aspetti problematici”, en *Rivista trimestrale di Diritto penale dell’economia*, 2004, p. 659, estos dos últimos, como ya se ha visto, muy cercanos a la responsabilidad penal.

⁶⁹¹ Tribunal de Milano, Sección IV Penal, del 11.12.2006.

refiere a la posición del *tertium genus*⁶⁹² y, en fin, existe incluso jurisprudencia que —aun reconociendo la preocupación del legislador por la norma constitucional referida al principio de culpabilidad— pareciera reconocer la naturaleza sustancialmente penal de la responsabilidad⁶⁹³.

A pesar de lo dicho, todo pareciera indicar que en *concreto* la evolución jurisprudencial en torno al D.lgs., en especial como lo veremos *infra* respecto de los criterios objetivos y subjetivos de imputación, camina hacia un reconocimiento cada día más fuerte del carácter penal (o *para* penal) de la responsabilidad del ente, en particular limitando la llamada inversión de la carga probatoria del artículo 6 del D.lgs. Pero no nos adelantemos aún.

4.2. Responsabilidad de la persona jurídica conforme al Decreto legislativo n. 231.

En términos preliminares, podemos decir que el sistema italiano de la responsabilidad de la empresa está diseñado como un modelo de estructura compleja, *en principio*, con inspiración vicarial (o de la identificación orgánica), donde la responsabilidad de la persona jurídica (*sujeto calificado*, no cualquier ente) surge como consecuencia de un hecho típico (*delito de conexión*) cometido por una persona natural (en *relación funcional* con el ente) y siempre que se den ciertos criterios de atribución objetivos (*interés/ventaja, persona física con relación funcional*) y subjetivos (*identificación orgánica/culpa por defecto de organización*). Los artículos 5, 6 y 7 del D.lgs. son los que regulan en lo central todo este complejo diseño.

Por otra parte, la responsabilidad de las personas jurídicas se caracterizaría, en opinión de SIMONE, por ser *directa, autónoma y, eventualmente, concurrente* con aquella del autor (o de los autores) del delito. Además, reúne las características de *personal e intransmisible*, en la medida que su objetivo es sancionar directamente el patrimonio del ente, y no el de las personas naturales —socios o asociados⁶⁹⁴.

⁶⁹² Tribunal Milano, Sección II, 18 abril 2008; *Corte di Cassazione* Sección VI Penale, 18 febrero 2010 n. 27735. Al respecto, DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 18; DE VERO, *Struttura e natura giuridica*, cit., pp. 1165 y ss.

⁶⁹³ *Corte di Cassazione*, Sección II Penale, del 20.12.2005, n. 3615, aunque ella misma es ambivalente entre esta posición y la del *tertium genus*.

⁶⁹⁴ DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit. p. 343.

Es *directa*, en cuanto no es subordinada a alguna condición suspensiva y no es subsidiaria y alternativa respecto a aquella de la persona física pero, por sobre todo, porque efectivamente identifica a la empresa *como tal*: destinatario de la norma. Es *autónoma*, por su parte, porque no presupone la determinación de la responsabilidad —o sea, no exige la condena— de la persona física que ha cometido el delito. Es una responsabilidad, entonces, que tiende a escaparse de la tentación permanente de radicarla en términos de accesoriadad a la responsabilidad de la persona individual⁶⁹⁵.

4.2.1. *¿Qué entes pueden ser sancionados? El sujeto calificado.*

El artículo 1° del D.lgs. inicia afirmando que la normativa en análisis regula la responsabilidad de los *entes* por los delitos administrativos que derivan de un delito. Continúa, en el numeral segundo, prescribiendo que las disposiciones de este *micro código* se aplican a los entes *dotados de personalidad jurídica* y a *las sociedades y asociaciones incluso aquellas sin personalidad jurídica*. Por último, el numeral tercero, se encarga de indicar que quedan excluidos de la aplicación de esta ley: el Estado, los entes públicos territoriales, otros entes públicos no económicos, como también los entes que desarrollan funciones de relevancia constitucional⁶⁹⁶.

La ley, al indicar los *sujetos destinatarios*, evita utilizar la expresión persona jurídica y ello se explica, como lo expresa la misma *Relazione*, dado que la intención inequívoca del legislador fue no radicar exclusivamente la responsabilidad en las personas jurídicas, sino que también ampliarla a *sujetos privados* no dotados de personalidad jurídica, con el propósito declarado de evitar dejar zonas de impunidad (en esto, por ejemplo, el D.lgs. se separó del proyecto Grosso que, al igual que la Ley 20.393 chilena —con el agregado de las empresas del Estado—, *incluía únicamente a las personas jurídicas*). La propia *Relazione* justifica su decisión explicando que de haber mantenido únicamente la expresión persona jurídica ello hubiese significado, en muchos casos donde razones preventivo generales hubiesen justificado una sanción administrativa, una hermenéutica *más allá de su capacidad semántica*. Se trata, particularmente respecto de las asociaciones y sociedades, no de un sistema taxativo de clasificación de los destinatarios de la norma, sino que más bien de uno de

⁶⁹⁵ Cfr. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica*, cit., p. 18; en sentido crítico véase, ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit. p. 404 y ss.

⁶⁹⁶ SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società*, cit., p. 881.

inclusión/exclusión, donde el juez debe valorar, conforme a los criterios normativos, si una persona jurídica debe o no ser sancionado *administrativamente*. Ello, como se verá, ha generado no pocos problemas en la práctica italiana.

Por lo demás, este criterio no se mantuvo respecto a aquellos entes que «desarrollan funciones de relevancia constitucional» respecto de los cuales el legislador decidió excluirlos del ámbito de la ley. El poder ejecutivo, casi desligando su responsabilidad, reconoció que conforme a este criterio pueden excluirse los partidos políticos y los *board of statutory* (sindaco), pero expresó que en ello el D.lgs. no hizo sino reproducir *fielmente* la ley que delegó la potestad legislativa «dando así lugar a una *zona franca*, justificable solamente a la luz de las delicadas consecuencias que produciría el impacto, para estos sujetos, de las sanciones interdictivas previstas en la nueva ley»⁶⁹⁷.

Pese a lo anterior, no cabe duda que la legislación italiana se aplica a un conjunto bastante amplio de sujetos colectivos, entre los cuales entran: todas las sociedades, las asociaciones (reconocidas o no) y los entes públicos económicos. Como explica DELSIGNORE, la clasificación sugiere los siguientes requisitos que debe tener una empresa para ser considerada tal, a los efectos de la ley, a saber: a) un interés distinguible de aquel de la persona física, b) una organización, y c) un patrimonio reconocible⁶⁹⁸. El problema de esta clasificación es que, como ha tenido oportunidad de reconocerlo la doctrina italiana, incentiva una excesiva potencialidad expansiva de la ley, en cuanto permite que sean considerados *entes*, para los fines de la misma, incluso entidades que no presentan un mínimo nivel de complejidad organizativa y que sólo en apariencia trascienden a la persona del sujeto individual —como ha sucedido en el caso de la empresa individual, según se verá *infra*⁶⁹⁹. En suma, se ha reconocido que les es oponible la ley a los siguientes entes: a) sociedad por acciones; sociedad en comandita simple; sociedad de profesionales; sociedad cooperativa de responsabilidad limitada; entes colectivos internacionales, de hecho si tienen sede principal en el extranjero pero operan en Italia a través de una sociedad controlada, se les aplica el D.lgs. (*Giudice per*

⁶⁹⁷ *Relazione*, p. 11.

⁶⁹⁸ DELSIGNORE, STEFANO, *Sezione I*, cit., pp. 76 y ss.

⁶⁹⁹ *Vid.*, DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 33, quien en todo caso dice que la fórmula utilizada en la ley de “sociedades y asociaciones” deja clara la intención colectiva del legislador; PALIERO, “Bowling a Columbine: la Cassazione bersaglia i basic principles della corporate liability”, en *Le Società*, 2011, pp. 1078 y ss.

le indagini preliminari, 2004, caso Siemens); asociaciones temporales entre empresas individuales; sociedad de responsabilidad limitada; sociedad de responsabilidad limitada con socio único; sociedad con participación pública; sociedades privadas; holdings (Corte de Casación Sec. II, 27 septiembre 2016, n. 52316; Corte de Casación. Sec. V, 8 noviembre 2012, n. 4324).⁷⁰⁰.

En concreto, son dos los principales problemas que se han presentado en la aplicación de la ley. El primero surge de la aplicación o no del D.lgs. a las *empresas individuales* (que en Italia no tienen formalmente la calidad de personas jurídicas, pero que si desarrollan una actividad económica), que ha tenido un vuelco importante en la jurisprudencia. El segundo, en cambio, se ha puesto respecto a si deben considerarse como destinatarios de la ley los entes privados constituidos en forma de asociaciones no reconocidas, sin personalidad jurídica, que desarrollan una actividad *sin fines de lucro* (v.gr. Onlus, *Organizzazione non lucrativa di utilità sociale*).

Respecto de las *empresas individuales*, cabe indicar que estas se diferencian de las empresas individuales de responsabilidad limitada —que la jurisprudencia incluye en la ley— en cuanto constituyen emprendimientos individuales, reconocidos normativamente, pero con un menor nivel de requisitos y formalidades. Su característica es que no existen mayores diferencias, ni nominales ni patrimoniales, entre el sujeto individual y el ente.

Una primera sentencia de la *Corte di Cassazione*, decidida en el año 2004, había determinado excluir del ámbito de aplicación del D.lgs a las empresas individuales⁷⁰¹. En aquella decisión la *Corte* había esgrimido al menos tres argumentos para sostener esta postura, a saber: a) la historia legislativa —nacional e internacional— de los sistemas de responsabilidad *ex crimine* de los entes se caracteriza por abarcar únicamente a las *corporates*, término que inequívocamente evoca a sujetos metaindividuales; b) la *voluntas legis*, como se aprecia del análisis coherente del cuadro imputativo, presupone la *autonomía* del destinatario de la sanción del D.lgs. (el ente) de la persona física —argumento que venía ya subrayado en la *Relazione*; y, c) porque, como sostiene PALIERO, desde un punto de vista estrictamente inherente al *método hermenéutico*, «ninguna incorporación [...] de la empresa individual en el conjunto de

⁷⁰⁰ MARINUCCI; DOLCINI GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., p. 835.

⁷⁰¹ Sentencia *Corte di Cassazione*, Sección VI, 3 marzo 2004, n. 18941.

destinatarios de la responsabilidad sería legitimado al Estado: en primer lugar porque faltan los presupuestos jurídico-políticos y lógicos (por la total diversidad de las situaciones que vendrían homologadas *iussu iudicis*), como también porque una operación así, de pura *analogía juris*, contrastaría con los principios constitucionales de igualdad (por la irrazonable equiparación de sujetos diversos) y de reserva de *legge in re poenali* (tratándose de una analogía *in malam partem*)»⁷⁰².

Esta postura de la *Corte di Cassazione*, estable por más de un lustro, fue recientemente modificada por una resolución de la misma Corte pero distinta sección (Corte de Casación. sec. III, 15 diciembre 2010, n. 15657), teniendo en cuenta para ello los siguientes argumentos: a) una razón exegética, o sea, el propio Decreto legislativo no las excluye y a simple pareciera incluirlas porque o bien las considera personas jurídicas o entes económicos aunque no tengan dicha calidad; b) la empresa individual bien puede asimilarse a una persona jurídica en la cual viene a confundirse la persona del emprendedor, cual sujeto físico que ejercita una determinada actividad, y la empresa que es la que realiza *la actividad* desarrollada por el emprendedor persona física; y, c) argumento político criminal: dice la Corte que como muchas empresas individuales recurren a una organización compleja, sería irrazonable e incluso inconstitucional darles a ellas un trato privilegiado respecto al régimen sancionatorio del texto normativo⁷⁰³.

En cuanto a las *Onlus*, existe una sentencia del Tribunal de Milán que condenó a una asociación voluntaria de pública asistencia (sin fines de lucro) por el delito de estafa en perjuicio del Estado⁷⁰⁴. La doctrina ha sostenido críticamente —contra lo que uno podría apreciar de la legislación chilena y española— que resulta un contrasentido someter a estas organizaciones *sin fines de lucro* a todo un sistema de regulación cuasi-penal expresamente pensado y orientado a regular y sancionar las actividades económicas, en particular las empresariales. Pero, también, porque este tipo de entes no responden al patrón característico de los entes económicos, a saber, la orientación a

⁷⁰² Vid., PALIERO, *Bowling a Columbine*, cit., p. 1078.

⁷⁰³ Sobre la discusión generada por estas sentencias vid, PALIERO, *Bowling a Columbine*, cit., pp. 1078 y ss.; PALIERO, *Dieci anni di 'Corporate Liability'*, cit., pp. 23 y ss. MARINUCCI; DOLCINI GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., p. 835.

⁷⁰⁴ Sentencia Tribunal de Milano, Ufficio G.I.P, del 12 marzo de 2011.

veces obsesiva hacia el lucro y a la búsqueda de su maximización incondicionada, que por lo demás constituye el sello criminológico que motiva este tipo de regulaciones⁷⁰⁵.

4.2.2. Catálogo de delitos de los cuales surge una (eventual) responsabilidad del ente.

El D.lgs. 231 contempla un catálogo cerrado de delitos que permiten, si se dan todos los criterios de imputación, atribuir responsabilidad al ente. El catálogo italiano, como ocurrió también en Chile —y en menor medida en Italia—, incluía en su origen sólo un reducido número de delitos, lo que ya en su oportunidad fue criticado por parte de la doctrina debido a la desproporcionalidad: *por exceso*, dada la enorme complejidad del sistema y la escasa cantidad de delitos contemplados; pero también *por defecto*, por la omisión de otros delitos que —en la lógica funcional preventiva de la ley—, justificaban sobradamente una respuesta punitiva similar⁷⁰⁶. Sin perjuicio de ello, se debe destacar que ese catálogo se ha ido ampliando de manera sostenida.

En efecto, en el año 2001, cuando se aprobó el D.lgs. 231 se contemplaban como delitos presupuestos de la responsabilidad de la empresa —lo que era coincidente con las obligaciones internacionales del momento— únicamente dos categorías de delitos. El artículo 24 se refería a la indebida obtención de financiamiento estatal, estafa en perjuicio del Estado o de un ente público o para el conseguimiento de recursos públicos, y fraude informático en perjuicio del Estado o de un ente público; y el artículo 25, por su parte, a los delitos de extorsión y cohecho. Sólo unos meses después de su entrada en vigencia, el legislador comenzó ya a agregar y modificar los tipos penales de los cuales puede surgir la responsabilidad del ente, hasta llegar al catálogo actual, que es bastante abultado⁷⁰⁷.

⁷⁰⁵ PALIERO, *Dieci anni di 'Corporate Liability'*, cit., p. 10, quien, a pesar de mostrarse en general de acuerdo con el argumento crítico, en este caso en particular sostiene que la Onlus sólo aparentemente carecería de una finalidad de lucro, y ello justificaría la sentencia; CORSO, *Codice della responsabilità "da reato" degli enti annotato con la giurisprudenza*, Torino, 2015, p. 31.

⁷⁰⁶ Vid. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica*, cit., p. 23; GIUNTA, "La punizione degli enti collettivi: una novità attesa", en DE FRANCESCO, (ed.), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, Giappichelli editore, 2004, *passim*.

⁷⁰⁷ Éste, en términos resumidos, contempla las siguientes categorías de delitos: percepción indebida de financiamiento público, estafa en perjuicio del Estado o de un ente público o para el conseguimiento de recursos públicos, y fraude informático en perjuicio del Estado o de un ente público; delitos informáticos y tratamiento ilícito de datos; delitos de criminalidad organizada; concusión, inducción indebida a dar o prometer utilidad y cohecho; falsedad de moneda, en cartas de crédito público, en valores de estampillas y

Dentro del modelo del D.lgs. 231, conforme ya lo indicamos, el delito es uno de los primeros presupuestos para la atribución de la responsabilidad de la persona jurídica que, conforme a la literatura mayoritaria, debe ser comprendido como un hecho de conexión. Se trataría, entonces, de un único hecho histórico que forma parte de una doble calificación jurídica, esto es, por una parte permite atribuir responsabilidad a la persona natural y, por la otra, atribuir responsabilidad a la persona jurídica. Es más, tratándose de un delito cometido por un *sujeto apical* dentro del ente —artículo 6°, como se verá *infra*— ese hecho, propiamente en razón de la teoría de la identificación orgánica, incluiría el elemento subjetivo del ente, que sería exactamente igual al del sujeto apical. PALIERO, en cambio, sostiene que el delito —aunque tiene una naturaleza objetiva— toma especial relevancia también *subjetiva* para la empresa pues el delito presupuesto «viene colocado como riesgo típico de un modelo de responsabilidad cautelar–preventivo, o sea dentro del paradigma imprudente (culpa de organización)»⁷⁰⁸.

La posición de PALIERO pretende reducir, sobre todo en aquellos casos de delitos cometidos por un sujeto apical, el peso hermenéutico de la tesis tradicional de la identificación orgánica que, como veremos, viene complejizada en la legislación italiana con un cambio en la *carga de la prueba*. Aunque esta tesis tiene mayor fuerza y se explica mejor al momento de analizar los criterios subjetivos de atribución, no es baladí adelantar, como lo hace PALIERO, que ya, a nivel del injusto, la persona jurídica tiene la obligación de impedir tanto que la persona física cometa el delito, tanto como de evitar un interés o ventaja en el caso que lo haga.

Por último, hay una categoría de delitos (los delitos culposos) que merecen ser destacados en esta investigación, porque ellos presentan problemas con la *ratio legis* del

en instrumentos o señas de reconocimiento; delitos contra la industria y el comercio; delitos societarios; delitos con finalidad de terrorismo o de subversión del orden democrático; práctica de mutilación de los órganos genitales femeninos; delito contra la personalidad individual; abuso de mercado; homicidio culposos o lesiones graves o gravísimas cometidas con violación de las normas sobre la tutela de la salud y la seguridad del trabajo; receptación, lavado y autolavado o utilización de dinero, bienes o utilidad de proveniencia ilícita; Delitos en materia de violación del derecho de autor; Inducción a no prestar declaraciones o a prestar declaraciones falsas a la autoridad judicial; delitos ambientales; empleo de ciudadanos de países extranjeros con permiso de residencia (permanencia) irregular; delitos de xenofobia y racismo; delitos de estafa deportiva, ejercicio abusivo del juego o de apuestas y juegos de azar; delitos tributarios; y, delitos tentados. A este catálogo todavía cabe agregar algunos delitos consagrados fuera del Decreto legislativo 231. Un panorama completo en, MARINUCCI; DOLCINI GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., p. 830 y s; SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società*, cit., pag. 881.

⁷⁰⁸ Cfr. PALIERO, *Dieci anni di 'Corporate Liability'*, cit., pp. 12 y ss.

D.lgs. y con la forma de aplicación de los criterios de imputación. Me refiero, en particular, a los delitos imprudentes en materia del trabajo y medioambientales. Sin embargo, para seguir un análisis más sistemático, volveremos sobre esto cuando veamos los criterios de imputación.

4.2.3. Criterios de imputación del Decreto legislativo n. 231.

Antes de entrar al análisis particular de los criterios de imputación de la responsabilidad «administrativo/penal» del ente, bien vale la pena alertar al lector sobre la construcción bimembre que tiene el D.lgs. italiano, similar a la española (y algo más distante que la chilena). Si bien desde el plano *objetivo* exhibe un modelo de atribución unitario, desde el plano subjetivo, en cambio, presenta un modelo diferenciado que puede ser identificado en tres esquemas, a saber: a) delitos cometidos por el vértice del ente (artículo 6°), delitos cometidos por los subordinados (artículo 7°) y delitos cometidos autónomamente (artículo 8°, aunque esto último es más discutido en doctrina). Así, si bien todas las hipótesis de responsabilidad de la empresa —desde un plano objetivo— requieren que el delito sea cometido por un sujeto persona natural (con *relación funcional* al ente) y respecto del cual —del delito— el ente obtuvo algún *interés o provecho*, desde el plano subjetivo, en cambio, las exigencias cambian según se trate de una persona natural que se encuentra en el vértice de la empresa o de un subordinado. Todo ello con ciertos matices.

4.2.3.1. Criterios objetivos de imputación.

Los criterios objetivos de atribución de la responsabilidad del ente, el verdadero nexo causal, se encuentran regulados en el artículo 5° 1. del D.lgs, y son básicamente dos: (a) el *hecho de conexión* cometido por una persona física *funcionalmente relacionada* con la empresa (vértice o subordinado), y (b) que este delito haya sido cometido en el *interés* o para la *ventaja* del ente.

Respecto del primero de estos requisitos se debe explicitar, desde ya, que la legislación italiana consagró dos categorías distintas de personas físicas, siempre con *relación funcional con el ente*, que pueden cometer el *hecho de conexión* del cual deriva la responsabilidad de la persona jurídica. A saber, (a) personas que revisten funciones

de representación, de administración o de dirección del ente, o de una de sus unidades organizativas dotada de autonomía financiera y funcional, como también personas que ejercitan, incluso de hecho, la gestión y el control del ente; y, (b) personas subordinadas a la dirección o a la vigilancia de uno de los sujetos a que hace mención la letra a).

Ambas categorías fueron expresamente descritas por el legislador italiano de un modo abierto y elástico, en consideración a la heterogeneidad de las personas jurídicas, y de los procesos y formas de relacionarse entre éstas y las personas físicas. Ello influyó en una tipificación en clave objetivo–funcional, dándole relevancia al desarrollo del *rol* más que al aspecto *formal* del cargo revestido⁷⁰⁹.

En principio, y solo en principio, la identificación de la pertenencia de un sujeto a una u otra categoría importa —nada menos— que la determinación del criterio subjetivo de imputación que se le reprochará a la persona jurídica, conforme lo explicitan los artículos 6° y 7° del D.lgs (y ello implica también, en relación al artículo 6°, la inversión de la carga de la prueba, fijada por el legislador).

Los sujetos que se ubican en la letra (a) *supra* corresponden a quienes cumplen funciones en el vértice de la organización de la persona jurídica, tienen al interior del ente una «posición apical», y por ello la literatura italiana considera que —en principio, ligo que ha ido cambiando— expresen la voluntad de la persona jurídica en todas sus relaciones externas y las *elecciones políticas de la empresa*. No es otra cosa que la aplicación de la teoría de la identificación orgánica de la persona jurídica de cumplir formalmente con el principio de culpabilidad⁷¹⁰.

Los sujetos *apicales*, como propone SCOLETTA, se identifican mediante la referencia a tres funciones societarias:

a) Función de representación: se ejerce a través de la vía «orgánica» (o «institucional») por quienes desempeñan determinados roles en la organización empresarial, en especial funciones de gestión de la dirección: los administradores. También se habla de representación «voluntaria» (o «negociación») en relación con los poderes (de representación) que pueden atribuirse a determinadas entidades,

⁷⁰⁹ DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., p. 362.

⁷¹⁰ Vid., PALIERO, *Il d. lgs. 8 giugno 2001*, cit., p. 847; DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., p. 102.

estructuradas o no estructuradas en el organigrama de la empresa, mediante actos de negociación (general o especial).

b) Función administrativa: Se refiere a los miembros de los consejos de administración —asuntos apicales por excelencia— es decir, a los responsables de la gestión global de la empresa. Además de los «administradores» en sentido estricto, todas las entidades que desempeñan funciones de gestión y de gobierno de la entidad (por ejemplo, los miembros del consejo de administración), incluso si ejecutan sus funciones de hecho. Los administradores asalariados — es decir, que también están vinculados por un contrato de trabajo con la entidad— también se clasifican en esta categoría.

Función de dirección: la referencia es, en este caso, al papel de los «directores generales», que realizan tareas de gestión operativa (a veces, especialmente en estructuras organizativas complejas, incluso superiores a las de los propios administradores). Se incluyen en la categoría apical a quienes se desempeñan en funciones relacionadas con las «unidad organizativa con autonomía financiera y funcional», como es habitual en el caso de los directores/directivos de centros de producción, de centros de actividad secundaria, de filiales, que disponen efectivamente de poderes de gestión autónomos. Por otra parte, las funciones «formales» se equiparan expresamente a las «de hecho». En definitiva, el rol apical puede identificarse tanto en la recualificación concreta de funciones internas como en la valorización de poderes de heterodirección (ejercidos, por ejemplo, en el marco de una sociedad de cartera o de la sociedad matriz)⁷¹¹.

La segunda categoría de sujetos a que hace referencia el D.lgs (letra b, *supra*) incluye a las personas sometidas a la dirección y vigilancia de uno de los sujetos apicales (letra a, *supra*). La intención del legislador —más allá de ciertas obligaciones internacionales que pudieran haber sugerido esta elección— fue la de ampliar el espectro de sujetos que pudieran generar una responsabilidad en el ente, principalmente en razón de que, como bien lo había advertido la criminología económica, en las organizaciones complejas parte importante de los delitos cometidos en el ámbito empresarial son ejecutados por personas de posición intermedia. Como anuncia DE

⁷¹¹ Sobre estas tres funciones, en extenso, *vid.* SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società*, cit., pp. 894 y ss.

SIMONE, esa elección legislativa fue consciente para prevenir el fenómeno de la *irresponsabilidad organizativa* y evitar que la responsabilidad se diluya hacia abajo de la empresa, lo que implicaría garantizar a la sociedad amplios e injustificados espacios de impunidad.

Este es un punto que, como es obvio, ha sido ampliamente abordado por la doctrina italiana, principalmente porque en este caso —a diferencia de lo que sucede con la letra a) — no pareciera ser posible justificar la culpabilidad de la persona jurídica a partir del criterio de la identificación orgánica. En parte por lo mismo, entonces, el propio legislador italiano prescribió una exigencia adicional en la determinación de la responsabilidad del ente, a saber, la inobservancia de las obligaciones de dirección y vigilancia. En efecto, el artículo 7 del D.lgs. establece expresamente que el ente es responsable si «*la comisión del delito ha sido posible por la inobservancia de las obligaciones de dirección o vigilancia*».

Por otra parte, la ley no pareciera exigir, y así por lo demás lo ha determinado la doctrina, que la persona tenga una relación laboral con el ente, basta sencillamente que aquella tenga una posición de subordinación a la dirección y vigilancia de alguno de los sujetos apicales del ente. Configuran la responsabilidad de la empresa, entonces, no sólo los trabajadores de ella —que cumplan con el requisito de la subordinación— sino que también lo colaboradores externos, como los concesionarios de venta, los que tengan una franquicia, los representantes externos, etc. Lo importante, como lo ha destacado la doctrina, es que el sujeto tenga limitada —o pierda— parte de su autonomía en favor del ente. Esta interpretación extensiva ha sido acogida también por parte importante de la jurisprudencia⁷¹².

Respecto del contenido normativo de las expresiones *interés* y *ventaja* la doctrina se ha dividido⁷¹³. Por una parte existe una marcada mayoría en la doctrina que considera estos términos como equivalentes, sinónimos, *endiadi*, u orientados a un presupuesto mínimo y, por lo mismo, consideran el interés del ente en *sentido objetivo* con prescindencia de subjetivas representaciones o intenciones del sujeto individual⁷¹⁴. Siguiendo a DE SIMONE, el interés sería «el único criterio relevante, mientras la ventaja

⁷¹² DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., p. 369.

⁷¹³ MARINUCCI; DOLCINI; GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., p. 836 y s.

⁷¹⁴ DE MAGLIE, *In difesa della responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 332; PULITANÒ, *La responsabilità «da reato»*, cit., p. 425; DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli*, cit., p. 671.

sería algo más que una suerte de variable causal, que podría incluso darse concretamente, sin que, por si sola, se deba hipotizar una responsabilidad del ente». Lo anterior tendría sustento en un argumento de texto, el número 2 del artículo 5° del D.lgs., que exime al ente de la responsabilidad si la persona física actúa en el interés propio o de un tercero (y nada dice de la ventaja). El legislador, se dice, con ello habría aceptado una especie de fractura con el principio de la identificación orgánica, por lo que el hecho cometido, aun cuando realizado en ventaja de la sociedad, no se podría considerar como hecho del ente⁷¹⁵.

En cambio, siguiendo a la *Relazione*, parte de la jurisprudencia considera que existiría una diferencia considerable entre el interés y la ventaja, donde la primera se relaciona con la finalización subjetiva de la conducta, de valorar desde una perspectiva *ex ante*, mientras que la “ventaja”, por su parte, se trataría de un requisito marcadamente más objetivo, pudiendo ser obtenido por el ente incluso cuando la persona física no hubiese actuado en su interés —verificación que no puede sino hacerse *ex post*—⁷¹⁶.

A la última postura se le deben sumar otros dos argumentos, de tipo sistemáticos. Por una parte el artículo 12 del D.lgs, al referirse a la reducción de la sanción del ente, y en razón de la autonomía de ambos requisitos objetivos —que no necesariamente resultan intercambiables— permite una rebaja en la pena si el autor del delito ha cometido el hecho en el prevalente interés propio o de terceros y el ente no ha obtenido una ventaja *o ha recibido una ventaja mínima*. El segundo, en cambio, surge del tratamiento de la tentativa, porque mientras es evidente que en un delito consumado pueden existir tanto un interés como una ventaja, es difícil sostener que en uno tentado, en cambio, se pueda apreciar una ventaja⁷¹⁷. En el mismo sentido se ha pronunciado la *Corte di Cassazione* que ha sostenido que la expresión normativa, que individua el presupuesto de la responsabilidad administrativa del ente como consecuencia de la comisión de delitos en su interés o para su ventaja, no contiene una *endiadi*, porque los términos se refieren a conceptos jurídicamente diversos, pudiéndose distinguirse un *interés* por efecto de un enriquecimiento indebido, prefigurado y quizás no realizado

⁷¹⁵ DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., p. 375.

⁷¹⁶ Comparte en lo central la tesis GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi*, cit., p. 40.

⁷¹⁷ Cfr. VENEZIANI, “Art. 5. Responsabilità dell’ente”, en CADOPPI, ET AL. *Enti e responsabilità da reato*, Utet Giuridica, 2010, p. 107.

como consecuencia del ilícito, de una *ventaja* objetivamente conseguida con la comisión del delito, si bien no prospectada *ex ante*⁷¹⁸.

Por último, el interés y la ventaja deben ser apreciados en *concreto*, aunque no sean de carácter patrimonial. En especial la *Corte de Casación* ha sostenido que es necesario que el delito presupuesto haya sido cometido en el interés o para la ventaja del ente, interés o ventaja que deben ser verificados en concreto, en el sentido que la sociedad debe recibir *una potencial o efectiva utilidad*, aunque no necesariamente de carácter patrimonial, derivado de la comisión del delito⁷¹⁹.

De Vero, en todo caso, ha sostenido la tesis, todavía minoritaria —incluso en la jurisprudencia— según la cual la comisión del delito en el interés o para ventaja del ente representa un criterio de imputación del delito al ente no sólo sobre el plano objetivo, sino también subjetivo. A su juicio «el perseguimiento de una ventaja para el ente al que se pertenece, de parte del sujeto en posición apical, puede promover una suerte de traslado del dolo de éste en relación a la sociedad; por el contrario, la conducta de favorecimiento culposo del vértice respecto al delito del subordinado puede legítimamente sugerir el fundamento de una culpa en sentido estricto referida al ente como tal»⁷²⁰.

Dejando de lado esta discusión, conviene hacer mención, aunque sea sucintamente, del debate de la exigencia del interés o ventaja en presencia de un delito imprudente (piénsese en los delitos de homicidio imprudente en el ámbito de la seguridad del trabajo).

En términos resumidos, el principal problema se ha generado por la supuesta incompatibilidad entre los delitos imprudentes y los mecanismos imputativos de la responsabilidad del ente, tanto respecto del requisito objetivo del interés y ventaja como en cuanto a la posibilidad de excluir la responsabilidad del ente cuando el sujeto ha actuado en exclusivo interés propio o de un tercero. Estos criterios, se ha dicho, han sido pensados para relacionarse coherentemente sólo con los delitos de tipo doloso. La inclusión de delitos imprudentes, específicamente orientados al resultado, quiebra

⁷¹⁸ Vid., *Corte di Cassazione*, Sección II, 17 marzo, n. 13678.

⁷¹⁹ Vid., *Corte di Cassazione*, sección V, 17 de noviembre 2010, n. 24583.

⁷²⁰ DE VERO, *Struttura e natura giuridica*, cit., p. 1131.

irremediamente la íntima coherencia del sistema y pone graves problemas de tipicidad del paradigma imprudente del autor individual verso el destinatario—ente⁷²¹.

Una parte de la doctrina, en una mirada ontológica del interés y ventaja, niega radicalmente la compatibilidad entre estos presupuestos y los delitos imprudentes de resultado, por lo que sugiere la inaplicabilidad de los mismos (poniendo en problemas la justificación de ser sancionado por un hecho propio, *rectius* la identificación orgánica). No debe olvidarse, en todo caso, que la relación de interés o ventaja no es abstracta, sino que es en relación al delito, ergo, en los delitos imprudentes de resultado el interés y ventaja debería recaer en aquel resultado. No es posible pensar, por ejemplo tratándose del homicidio imprudente o de las lesiones imprudentes, que se pueda apreciar un interés (que supondría cierta voluntad) o ventaja del ente, en la muerte o lesión del trabajador.

Otra parte de la doctrina, en cambio, rechaza esa completa incompatibilidad —aunque no niega la complejidad sistemática de ella—y propone una solución argumentando que la relación entre el *interés/ventaja* y el *delito* es sobre la conducta del delito y no en el resultado. Así, por ejemplo, se ha dicho que lo relevante en estos delitos es sólo el criterio de ventaja económica, que perfectamente se puede valorar *ex post*, en el ahorro en los medios suficientes para evitar el resultado de lesión o muerte. También se ha sostenido que el interés del ente subsiste si se aprecia una culpa de organización, porque en ese caso el delito sería imputable al ente siempre que la estructura organizativa del mismo fuere inadecuada para la prevención de los delitos (imprudentes).

Desde una perspectiva *subjetiva* incluso los delitos imprudentes pueden ser cometidos en interés del ente, lo que ocurre en el caso en que un individuo actúa con culpa consciente, esto es, cuando, aun no queriendo el evento, es consciente de tener un comportamiento contrario a la norma de cautela, pero lo hace para procurar una ventaja del ente. Desde una perspectiva *objetiva* se ha dicho, en cambio, que el interés debe ser incluido como una *cualidad* que caracteriza la conducta en si idónea a producir un beneficio para el ente y por lo mismo no como dolo específico del autor del delito⁷²².

⁷²¹ PALIERO, *Dieci anni di 'Corporate Liability'*, cit., p. 12.

⁷²² Sobre todas estas posibilidades, y más, *vid*, EPIDENDIO; PFIFER, “La responsabilità degli per reati colposi”, en AA.VV., *D.lgs. 231*, 2011, p. 35 y ss.

4.2.3.2. *Los criterios de imputación subjetiva: los artículos 6 y 7 del Decreto legislativo n. 231.*

Si sobre todo lo escrito existen diversas, y a veces irreconciliables posiciones en la doctrina italiana, en los temas relativos a la imputación subjetiva y la culpabilidad del ente —el verdadero *nudo gordiano* de la responsabilidad corporativa— se aprecia hoy una diversidad de posiciones que no viene al caso en esta investigación reproducirlas todas. Me concentraré, por ello, en las posiciones que han recibido mayor acogida por la doctrina como por la jurisprudencia.

Como lo expresó GIUNTA, apenas entrada en vigor la normativa, los artículos 6 y 7 del D.lgs corresponden *al corazón de la ley*, constituyendo sin duda los criterios más importantes de imputación del delito al ente colectivo. Estos dos artículos giran en torno a la obligación del ente de adoptar *modelos organizativos y de gestión* idóneos para prevenir la comisión de delitos en su interés y en su ventaja, ya sea de parte de sujetos ubicados en una posición apical —art. 6, v.gr. — o subordinada —art. 7 v.grs. *medium managers*—⁷²³. La función de estos requisitos subjetivos es clara, y viene escrita en clave prevencionista, expresan el deseo del legislador en la evitabilidad del delito. Desde una perspectiva asociada a la culpabilidad son fundamentales porque de no haberse incluidos, la normativa se hubiese puesto en contraste con el principio de la prohibición de la responsabilidad por el hecho ajeno. En ese contexto, entonces, el de nexo de la imputación subjetiva de la responsabilidad de los entes gira fundamentalmente en torno al concepto —inexistente en la norma— de «culpa de organización»⁷²⁴.

⁷²³ GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi*, cit., p. 41.

⁷²⁴ PALIERO, “La società punita: del come, del perché, e del per cosa”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2008, pp. 1534 y ss.; ID., “Soggettivo e oggettivo nella colpa dell’ente: verso la creazione di una ‘gabella delicti’”, en *Società*, 2015, pp. 1285 y ss.; ID., “Dalla vicarious liability alla colpevolezza d’impresa: tendenze della responsabilità penale degli enti nel panorama giuridico europeo”, en CORSO; ZANETTI, *Studi in onore di Mario Pisani*, Vol. III, Piacenza, 2010, pp. 427 y ss.; SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società*, cit., pp. 909 y ss, PALIERO; PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., pp. 167 y ss.; PIERGALLINI, “Colpa di organizzazione e impresa”, en DONINI; ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, pp. 161 y ss; FIORELLA, “Dogmatica e responsabilità ex crimine delle persone giuridiche”, en *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, 2016, pp. 637 y ss.; FIORELLA; SELVAGGI, “Compliance programs e dominabilità aggregata del fatto. Verso una responsabilità da reato dell’ente compiutamente personale”, en *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, pp. 105 y ss.; MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo*, cit., pp. 195 y ss; MASSARO, “La colpa per l’organizzazione come possibile modello (anche) della responsabilità individuale”, en FIORELLA, GAITO, SALVINI (a cura di), *La responsabilità dell’ente da reato nel sistema*

Estos criterios, según lo indica la propia *Relazione* oficial, deberían reflejar, en términos normativos, la idea de la identificación orgánica, sobre la cual se funda —en especial cuando se trata de sujetos apicales— la responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica⁷²⁵. Dicho de otra manera, al menos respecto de los delitos cometidos por los sujetos apicales la teoría de la identificación —entendida *stricto sensu*, sumado al interés y ventaja— deberían ser suficientes para condenar al ente, pues el elemento subjetivo del delito se traspasaría desde el sujeto apical a la persona moral. Por eso se dice que el ente viene personificado en la persona apical. No sería necesario, desde el punto de vista subjetivo, nada más para condenarla. El problema es que en Italia eso no es así. El legislador, incluso en esta hipótesis, le dio especial relevancia al modelo de organización.

En efecto, como dice PALIERO, a la estructura vicarial (propia en los delitos cometidos por la persona apical) se le debe agregar un modelo adicional de imputación subjetiva de la responsabilidad del ente, criterio orientado al *canon de la culpabilidad*, que necesariamente no puede ser la del sujeto físico que se agrega al ente y que por lo mismo debe ser propia (reconocida en la culpa de organización). Pero ¿por qué?

Ello se explica porque el modelo italiano *siempre* le otorga amplia relevancia, sea para los delitos cometidos por el sujeto apical (art. 5 letra a) sea para los cometidos por los subordinados (art. 5 letra b), a los *modelli di organizzazione (compliance programs)*, que deben ser «idóneos para prevenir delitos de la especie de aquel que se ha verificado»⁷²⁶. Es cierto que para el caso de los delitos cometidos por un sujeto apical el legislador determinó: primero, una inversión del *onus probandi* obligando a la empresa a demostrar que el modelo de organización de la empresa era idóneo y eficiente en la prevención del delito, pero que el delito se habría cometido por circunstancias exógenas a su control; y, segundo, que se debía acreditar que el modelo había sido eludido fraudulentamente. Pero de ello no se sigue que si la empresa *logra probar*

generale degli illeciti e delle sanzioni anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli, Roma, 2018, pp. 93 y ss; SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società*, cit., pp. 894 y ss; DE MAGLIE, “Alla ricerca di un “Effective Compliance Program”: venticinque anni di esperienza Statunitense”, en *Criminalia*, 2016, p. 375.

⁷²⁵ Vid. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest*, cit., p. 582; ID., *Societas delinquere et punire non potest*, cit., p. 1098.

⁷²⁶ El modelo de prevención del delito se caracteriza por su polifuncionalidad eximente, relevante desde el punto de vista de la culpabilidad, y atenuante cuando se adopta *post delictum*.

ambas cosas entonces el modelo de organización no sirva como medio para eximir a la empresa de la pena.

En cambio, en el artículo 7°, que regula la hipótesis del delito cometido por un subordinado, el sistema de responsabilidad descansa en un modelo de atribución de la responsabilidad penal fundado a partir del presupuesto de un delito de concurso omisivo imprudente —el no evitar la comisión del delito— o de una participación imprudente, pero siempre la carga de demostrar lo contrario radicada en el Ministerio Público. En todo caso, es importante destacar que en ambas hipótesis, si se logra demostrar que el modelo de organización era idóneo para minimizar el riesgo-delito (aunque el delito en efecto se cometió), ello es suficiente para absolver a la empresa.

En conclusión, el modelo de organización cumple un rol relevante en ambos casos. ¿Cómo se explica eso? Mientras para una parte de la doctrina ello significaría que el modelo de organización se ubica fuera de la estructura del tipo del artículo 6 y funciona como una causal externa que impide la punibilidad del ente; para otros, en cambio, sería una demostración que la culpa de organización atraviesa y aúna ambos subsistemas, el que surge del delito cometido por una apical, como del delito cometido por un subordinado.

Una última advertencia, ambos artículos —el art. 6° y el 7°— junto con definir los criterios de imputación subjetiva describen también, aunque de una manera general y abstracta, los llamados “*modelli di organizzazione idonei a prevenire reati*”, o sea los *compliance programs*.

Primero, el artículo 6° del D.lgs. abre con una premisa que, en principio, suena demoledora. Prescribe que si el delito ha sido cometido por una persona física en posición apical, el ente no responde *únicamente* si él mismo prueba que: a) el órgano dirigente ha adoptado y eficazmente implementado, antes de la comisión del delito, un *compliance program* (incluyendo la incorporación de un órgano de vigilancia) idóneo a prevenir el delito como el verificado en la especie; b) la persona apical ha cometido el delito eludiendo fraudulentamente el *compliance program*.

Surgen, entonces, tres cuestiones a analizar respecto de este artículo. Primero, el criterio de imputación subjetiva que subyace a la norma en cuestión. Segundo, el significado de la inversión de la carga de la prueba que ahí se regula. Tercero, el sentido

de la expresión eludir fraudulentamente que se requiere para eximir de responsabilidad al ente.

En cuanto a la imputación subjetiva, la doctrina mayoritaria ha reconocido ahí una vinculación a la teoría de la identificación orgánica como modelo suficiente para salvar las eventuales impugnaciones que puedan esgrimirse en virtud del artículo 27 de la constitución: en efecto, ha dicho la doctrina, para respetar tal principio es suficiente la adopción del esquema de la teoría de la identificación, en base a la cual la culpabilidad de la persona jurídica coincide con la culpabilidad de la persona física apical que ha cometido el delito, siempre que ella actúe en interés o para la ventaja del ente. Por lo mismo, conforme a esta tesis, el elemento subjetivo sería equivalente al de la persona natural. Por ende el ente únicamente podría eximirse de responsabilidad si prueba que ella había implementado un *compliance program idoneo ex ante* y además que el delito fue cometido fraudulentamente por el sujeto apical. Esto sería, dice la doctrina, un reconocimiento del quiebre de la identificación orgánica.

En este punto, por ejemplo, la Sección IV de la *Corte de Casación* ha sostenido, con marcada influencia en la tesis de la identificación orgánica, que el ente responde alternativamente, a título de dolo o de culpa, según la naturaleza dolosa o imprudente que surja en abstracto de la figura del delito presupuesto cometido por el apical.

Otra parte de la doctrina, queriendo reforzar la idea de la culpabilidad por falta de organización y, al mismo tiempo, disminuir la relevancia de la teoría de la identificación, ha sostenido que lo más relevante en estos casos es la *inversión de la carga probatoria*, que sería únicamente una forma de obligar al ente de demostrar su adecuada organización, porque de lo contrario se transformaría en una prueba diabólica⁷²⁷.

Es difícil decirlo con certeza, pero al parecer la jurisprudencia estaría orientándose por esta segunda posición, y ha comenzado a complejizar respecto de la inversión de la carga de la prueba. Así, por ejemplo, existe jurisprudencia que sostiene que esa inversión de la carga probatoria es sólo una diversa repartición de la carga de alegación. Más aún, la jurisprudencia ha dicho que el artículo 6° no dispondría de una inversión total de la carga de la prueba, sino que sólo respecto de determinados

⁷²⁷ ORSINA, Il caso 'Rete Ferroviaria Italiana S.P.A.': un'esperienza positiva in tema di colpa di organizzazione", en *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo1/2017, p. 51.

requisitos (v. gr. la elusión fraudulenta). En este sentido, la Sección IV de la *Corte de Casación*, en una sentencia del 2010, cambia de criterio y exige, para la subsistencia del reproche a la persona jurídica, de una culpa de organización propia del ente. En este caso, además, la Corte exige al acusador, en contra de la lógica de la inversión de la carga probatoria, no sólo que pruebe la existencia del delito presupuesto, sino también los precisos canales que vinculan teleológicamente la acción de uno al interés del otro y, por lo tanto, los elementos indicativos de la culpa de organización.

Todavía queda un ejemplo más del debilitamiento de la teoría de la identificación orgánica (y por lo mismo del peso de la inversión de la carga de la prueba), y que se aprecia en una sentencia de otro Tribunal de Milano que ha sostenido, aún más radicalmente —aunque quizás más incorrectamente— que la adopción de un modelo idóneo de organización, y su eficaz implementación, no constituye elemento constitutivo de los criterios de imputación de la responsabilidad por el delito, sino que asume exclusivamente validez como eximente de un ilícito que estaría ya satisfecho en todos sus requisitos objetivos y subjetivos. En otras palabras, la culpa de organización se encontraría ubicada al externo del hecho típico del ente, y sería una forma de no punibilidad. Bastaría con que el ente demuestre que tenía un modelo idóneo implementado eficazmente para que la empresa no venga sancionada, sin darle mayor relevancia a la elusión fraudulenta de ese modelo.

Sin perjuicio de lo correcto o no de estas soluciones jurisprudenciales, me parece que muestran, como lo ha dicho PALIERO, un novedoso camino que ha ido tomando el D.lgs. 231, orientado hacia la culpa por la deficiente organización y, en parte, a la imputación por el hecho propio⁷²⁸.

El artículo 7° del D.lgs. se refiere a la responsabilidad del ente por los delitos cometidos por los subordinados. Se trata, como lo ha afirmado la doctrina italiana, de la regulación de un verdadero y clásico modelo imprudente. La responsabilidad de la persona jurídica surge por la falta de vigilancia o de control sobre su actividad riesgosa, y su participación —ha dicho la doctrina— resulta encuadrable o bien en el esquema de coparticipación imprudente o bien como una omisión imprudente por la falta de impedimento del hecho cometido por la persona física dependiente.

⁷²⁸ Sobre estos casos véase PALIERO, *Dieci anni di 'Corporate Liability'*, cit., pp. 18 y ss.

No obstante que la doctrina ha reflexionado en abundancia sobre este sub-tipo de responsabilidad, la jurisprudencia ha tenido escasas oportunidades de pronunciarse respecto de ella. Lo anterior, porque en un sistema que tiene un modelo de responsabilidad que se puede denominar —aunque con características parciales, como la inversión de la carga— como vicarial, la mayoría de las investigaciones realizadas por el acusador apuntan a los sujetos apicales. Sin embargo, y como lo vimos en el punto anterior, el hecho que los tribunales estén asignando cada vez menos valor a la teoría de la identificación y a la inversión de la carga de la prueba, permite suponer que en un futuro próximo el Ministerio Público debería cambiar su estrategia y fortalecer este tipo de persecuciones.

Bien se podría decir que la responsabilidad de la persona jurídica, conforme al artículo 7° del D.lgs. se funda sobre la base de tres elementos. Por una parte la individualización de un deber de diligencia de carácter general, que en la legislación italiana se manifiestan en la observancia de las obligaciones de dirección y vigilancia. En segundo lugar, la relación de la responsabilidad a la realización de un riesgo típico de la comisión de alguno de los delitos de los artículos 24 y 25 del D.lgs., cuya concretización se aprecia en el delito cometido por el subordinado. Por último, la previa especificación de las reglas cautelares, que se deben materializar en el modelo de organización⁷²⁹.

Otra característica del modelo italiano, compartida por el sistema chileno y español, es que se basa sobre reglas cautelares autonormadas. Es el propio ente, a través de su estructura apical y del Órgano de Vigilancia el que debe desarrollar y aplicar el *compliance program*, sin que la ley entregue muchos parámetros sobre cómo debe hacerlo. En este punto la Ley 20.393 es bastante más completa y detallada.

Uno de los aspectos más debatido en la doctrina ha sido el de la correcta interpretación de la expresión «si la comisión del delito ha sido posible debido al incumplimiento de las obligaciones de gestión o vigilancia» que aparece en el artículo 7° inciso primero del D. lgs. Una parte de la doctrina sostiene que debe existir un verdadero y propio nexo de causalidad entre la inobservancia de las obligaciones de dirección y vigilancia y la comisión del delito, que debe probarse usando el

⁷²⁹ Existe, eso sí, otra posición en la doctrina que sostiene lo contrario. Véase PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa*, cit., p. 960 y ss.; ID, *La responsabilità «da reato»*, cit., p. 431.

procedimiento del “agregado mental”, a saber, el juicio contrafáctico utilizado en el ámbito de la causalidad omisiva. Ello porque se trataría de una responsabilidad por un delito de omisión impropia (imprudente), fundado sobre la posición de garantía encaminada al impedimento del delito por parte de otra persona, cuya fuente normativa se encuentra en el artículo 7° del Decreto legislativo⁷³⁰.

Otra posición entiende, en cambio, que la fórmula utilizada por el artículo 7° del D.lgs, exige únicamente un nexo facilitador, y que esta solución se demostraría —a contrario de lo que se sostiene— del propio artículo 25 ter del D.lgs, que regula los delitos societarios. Este modelo de imputación, en todo caso abierto, reflejaría una figura de facilitación imprudente⁷³¹.

En todo caso, vale la pena decirlo, esta discusión no parece tener tanta importancia, pues lo relevante del sistema preventivo del *compliance program* es, como la ha dicho GIUNTA, la predeterminabilidad de un modelo que dé al ente adecuadas garantías de exención de la pena. A su juicio, el camino correcto a seguir no consiste en intentar demostrar si la adopción de un adecuado modelo habría evitado el delito de una persona física —cuestión que por lo demás no siempre va contar con el apoyo de las necesarias leyes de cobertura científica; sino que se requiere comprobar con suficientes márgenes de certeza, la morfología que el ente debe asumir para ser virtuoso. De modo que la responsabilidad del ente será excluida si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y eficazmente implementado un *compliance program* idóneo para prevenir delitos de la especie de aquel que se verificó.

Al terminar esta breve nota introductoria sobre el artículo 7° del Decreto legislativo 231 italiano, quisiera recalcar el hecho que si la regla cautelar que el ente se ha autoconstruido, o sea el *compliance program*, es adecuada según los estándares aceptados y ha sido efectivamente respetada, la responsabilidad culposa de la empresa no subsiste. En este caso, como debería suceder en nuestro Chile y España, la sociedad no será penada y será sancionado sólo el sujeto dependiente, según las reglas generales del Derecho penal.

4.2.4. Autonomía de la responsabilidad del ente.

⁷³⁰ Vid., entre otros, DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 676.

⁷³¹ Cfr., DE VERO, *I reati societari nella dinamica evolutiva*, cit., p. 729.

El artículo 8° prescribe que la responsabilidad del ente subsiste incluso cuando: a) el autor del hecho no ha sido identificado o no es imputable; o cuando b) el delito se extingue por una causa distinta a la amnistía. Esta figura de “autonomía” de la responsabilidad de la persona jurídica se incluyó expresamente —conforme lo anunciaba la *Relazione*— para evitar que el ente se oculte en un sujeto no punible o evite las sanciones en razón de la dificultad de individualizar personalmente al autor del delito⁷³². Sin embargo, ello no deja de tener complicaciones sistémicas y prácticas, en la medida en que de todas maneras deben acreditarse los elementos objetivos y subjetivos de imputación del ente, se debe además acreditar al menos los presupuestos mínimos de la responsabilidad de una persona individual (para saber si se debe aplicar el art. 6 o 7), sumado al hecho que en la investigación de estas hipótesis se quiebra el mandato legal del *simultaneus processus*.

Respecto de la primera hipótesis de la norma, la propia *Relazione* ya indicaba que la falta de identificación de la persona física que ha cometido el delito es un fenómeno típico en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y, por ello, su omisión —la falta de una autónoma responsabilidad— habría importado una grave laguna, capaz de afectar toda la *ratio* del D.lgs. Obviamente, como se imaginará, no es una elección que haya estado exenta de críticas.

Se ha criticado su difícil compatibilidad con el entero sistema creado por el D.lgs que, como sabemos, requiere para la imputación de la persona jurídica tanto la acreditación de los elementos objetivos como de los subjetivos *supra* mencionados, lo cual resultaría imposible —otra prueba diabólica⁷³³— si se desconoce el autor individual que habría cometido el delito⁷³⁴. En el mismo sentido, se ha dicho que el desconocimiento del sujeto individual haría imposible apreciar en esa persona el elemento subjetivo exigido para el reproche penal, ni menos apreciar la relación de ese elemento subjetivo con la conexión objetiva exigida para el reproche del ente, o sea, el interés y la ventaja⁷³⁵.

⁷³² GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi*, cit., p. 40.

⁷³³ MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo*, cit., p. 355.

⁷³⁴ PATRONO, “Verso la soggettività penale di società ed enti”, en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2002, pp. 183 y ss.

⁷³⁵ En contra, DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 657.

Hay autores, en todo caso, que ven en ella una forma de imputación que configura una responsabilidad no sólo autónoma sino hiperdirecta de la persona jurídica que no puede fundarse sino que sólo y principalmente en el requisito de la culpa de organización⁷³⁶. El modelo de imputación autónomo es ideal, por ejemplo, para enfrentar la criminalidad imprudente dentro de la empresa —donde muchas veces se dan hipótesis de división difusa del trabajo, problemas en la identificación de las responsabilidades de control, posiciones horizontales que dificultan el intercambio de información, etc.—, que obstaculizan la determinación de la persona física autora del delito, pero que igualmente permiten atribuir el resultado imprudente a la empresa y su déficit de organización.

En cuanto a la segunda hipótesis del numeral primero —letra a), *supra*—, lo primero que cabe observar es que el legislador italiano consideró procedente la responsabilidad del ente en casos que el sujeto individual fuese inimputable —sin considerar la propia acción imprudente del ente en la contratación y supervisión de esa persona. Valga decir que el legislador itálico, como lo expresa la *Relazione*, no mostró mucho interés en esta hipótesis, que consideró una cuestión meramente teórica. La doctrina italiana también la ha considerado irrelevante, sugiriendo que se trata de un caso «en el límite de lo surreal»⁷³⁷. Sin embargo, en aquellos casos en que pudiera darse esta hipótesis, la respuesta podría encontrarse en la misma responsabilidad del ente vía culpa de organización, en particular por la idoneidad del modelo de prevención de delitos. Si el ente hubiese podido evitar el delito cometido por una persona física inimputable por enfermedad mental —por ejemplo mediante procesos de selección de personal que consideren factores de aptitud mental— entonces la persona jurídica sería responsable. En cambio, si el *compliance program* incluía todos estos procedimientos, y además se efectuaban controles periódicos al personal, y así y todo no se pudo identificar la condición del sujeto —sin que pueda reprochársele al ente una imprudencia—, ni menos evitar el delito, entonces la persona jurídica no sería responsable. Esta respuesta es sólo a nivel teórico, porque la jurisprudencia no ha tenido todavía la posibilidad de pronunciarse sobre estos temas.

⁷³⁶ PALIERO, *Dieci anni di 'Corporate Liability'*, cit., p. 18.

⁷³⁷ Cfr. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica*, cit., p. 23.

Finalmente, contra todos los temores que una norma como esta puede generar, por la posibilidad de concentrar en esta vía la persecución penal desatendiendo la investigación de las personas naturales, lo cierto es que a casi de dos décadas de funcionamiento del D. lgs. 231 su aplicación, según he podido ver, ha sido muy escasa.

4.2.5. Las penas aplicables a los entes.

Las sanciones que se pueden imponer al ente son: a) la sanción pecuniaria, determinada según el modelo de cuotas – cuyo número determina el juez en función de la gravedad del hecho, el grado de responsabilidad de la entidad y la actividad ejercida para suprimir o mitigar las consecuencias del hecho o para evitar su reaparición, y cuyo importe dependerá de la situación económica y patrimonial de la entidad (art. 10 y 11); b) sanciones de inhabilidad temporal (ejercicio de la actividad; suspensión o revocación de las autorizaciones, licencias o concesiones; prohibición de negociar con la Administración Pública; exclusión de exenciones, financiamientos, contribuciones o revocación de las que ya fueron concedidas; prohibición de hacer publicidad de bienes o servicios) cuya elección por parte del juez debe realizarse sobre la base de los mismos criterios que regulan la determinación del número de cuotas de la pena pecuniaria (art. 14), siempre que se cumpla una de las condiciones siguientes (art. 13): reiteración del delito o beneficio importante de la entidad, cuando el delito haya sido cometido por una persona apical o por personas sometidas a la dirección de otra persona, cuando, en este último caso, la comisión del delito se haya determinado o facilitado por deficiencias organizativas graves; c) sanciones de inhabilidad definitiva (prohibición definitiva de la actividad, aplicable cuando el ente haya obtenido un beneficio significativo y haya sido condenada al menos tres veces, en los últimos siete años, a la prohibición temporal, o cuando la entidad o su unidad organizativa sea utilizada de forma permanente con el único o predominante objetivo de permitir o facilitar la comisión de los delitos imputables a la entidad; prohibición de negociar con la Administración Pública o prohibición de publicitar sus bienes o servicios, aplicable cuando el ente ya ha sido condenada a la misma sanción al menos tres veces en los últimos siete años) (art. 16); d) la confiscación del precio o del beneficio asociado al delito, que debe ser siempre dispuesto con la sentencia condenatoria, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe: cuando no sea posible determinar el beneficio o el precio, la confiscación recaerá en cantidades de dinero, bienes o servicios de valor equivalente al valor o el

beneficio, el comiso por equivalencia (art. 19); e) la publicación de la sentencia condenatoria, que el tribunal puede dictar cuando aplica a la persona jurídica una pena privativa de derechos (artículo 18)⁷³⁸.

⁷³⁸ MARINUCCI; DOLCINI; GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., p. 840 y s.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. N° XXXVII (2011).
- AFTALION, “Acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *La Ley*, Vol. n° 37 (1945).
- ALCÁCER, “El silencio de los coimputados”, en *Diario La Ley*, 2012.
- ALESSANDRI, “Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina”, en AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002.
- ALEXANDER, “The Supreme Court, Dr. Jekyll, and the Due Process of Proof”, en *The Supreme Court Review*, 1996.
- ALEXANDER; COHEN, “The Causes of Corporate Crime”, en BARKOW; BARKOW (ed.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to regulate corporate conduct*, New York, 2011.
- ALLEN; LAUDAN, “Deadly Dilemmas”, en *Texas Tech Law Review*, Vol. n° 41 (2008).
- ALLAN; PARDO, “Juridical Proof and the Best Explanation”, en *Law and Philosophy*, Vol. n° 27 (2009).
- ALLEN; PARDO, “The Problematic Value of Mathematical Models of Evidence”, en *The Journal of Legal Studies*, Vol. n° 36 (2007).
- ALLEN, “Los peligros de la investigación en derecho comparado”, en FERRER BELTRÁN; VÁZQUEZ, *Debatiendo con Taruffo*, Madrid, 2016.
- AÍSA MOREU, *El razonamiento inductivo en la ciencia y en la prueba judicial*, Zaragoza, 1997.
- AMODIO, “Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti” en DOLCINI; PALIERO, en *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol III, 2006.
- ANDERSON; SCHUM; TWINING, *Analysis of evidence*, 2° ed., Cambridge, 2005.
- ANDERSON; PILDES, “Expressive Theories of Law: A General Restatement”, en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. n° 148 (2000).
- ANDRÉS IBÁÑEZ, “Presunción de inocencia y prisión sin condena”, en ID. (Dir.) *Detención y prisión provisional*, Consejo General del Poder Judicial, 1996.

- ANÓNIMO, “Winship on Rough Waters: The Erosion of the Reasonable Doubt Standard”, en *Harvard Law Review*, Vol. n° 106 (1993).
- ANTONIKOVA, “Private Sector Corruption in International Trade: The Need for Heightened Reporting and a Private Right of Action in the Foreign Corrupt Practices Act”, en *Brigham Young University International Law & Management Review*, Vol. n° 11 (2015).
- ARROYO ZAPATERO; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 2007.
- ASTROLOGO, “Concorso di persone e responsabilità della persona giuridica”, en *Indice Penale*, 2005.
- ATRIA, *La forma del derecho*, Madrid, 2016.
- ARAYA NOVOA, *El control ex post de la calidad de los enunciados probatorios en materia penal en Chile. De la epistemología a la praxis*, tesis doctoral de la Universitat de Girona, 2016.
- ARMENTA DEU, *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, Madrid, 2009.
- ARTAZA VARELA, *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*, Madrid, 2013.
- ID., “Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal”, en *Política Criminal*, Vol. n° 8 (2013).
- ARTAZA; GALLEGUILLOS, “El deber de gestión del riesgo de corrupción en la empresa emanado de la ley 20393 de Chile: especial referencia a las exigencias de identificación y evaluación de riesgo”, en *Derecho PUCP*, Vol. n° 81 (2018).
- ASHWORTH, “Four Threats to the Presumption of Innocence”, en *International Journal of Evidence and Proof*, Vol. n° 10 (2006).
- BACIGALUPO SAGGESE, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998.
- BACIGALUPO SAGGESE, *Curso de Derecho penal económico. Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Madrid, 2005.
- BACIGALUPO, “Presunción de inocencia, «in dubio pro reo» y recurso de casación”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988.
- BAER, “Too vast to succeed”, en *Michigan Law Review*, Vol. n° 114 (2016).
- BAGNOLI, *Teoria della responsabilità*, Bologna., 2019.

- BAJO FERNÁNDEZ, “Vigencia de la RPPJ en el derecho sancionador español”, en BAJO FERNÁNDEZ; FEIJÓO SÁNCHEZ; GÓMEZ–JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, adaptada a la ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal*, Pamplona, 2012.
- BAJO FERNÁNDEZ; BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho Penal Económico*, Madrid, 2001.
- BALMACEDA; GUERRA, *Políticas de prevención de delitos en la empresa*, Santiago, 2014.
- BANACLOCHE PALAO, “Dilemas de la defensa, principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, Fiscalía General del Estado*, 2018.
- BARONA, “El juicio oral”, en MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional, Proceso Penal*, Valencia, 2001.
- BAZLEY, “Risk–Based Financial Regulation and Compliance Officer Liability”, en KRAMBIA–KAPARDIS (Ed), *Financial Compliance. Issues, Concerns and Future Directions*, Pelgrave, 2019.
- BEDECARRATZ SCHOLZ, “La indeterminación del criminal compliance y el principio de legalidad”, en *Política Criminal*, Vol. n° 13 (Julio 2018).
- ID., “Comentario a la SCA de Santiago de 11 de abril de 2014 (rol n° 376–2014) alcances de la presunción de inocencia para las personas jurídicas”, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Vol. n° 31 (2017).
- BEX; WALTON, “Burdens and Standards of Proof for Inference to the Best Explanation”, en *Centre for Research in Reasoning, Argumentation and Rhetoric*, University of Windsor.
- BIBAS, *The Machinery of Criminal Justice*, Oxford University of Press, 2012.
- BIGELOW, *The Works of Benjamin Franklin, Correspondence and Miscellaneous Writings*, New York, 1904.
- BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, 1 ed., Book IV of Public Wrongs, Oxford, 2016.
- BLACKSTONE, *Commentaries on The Laws of England*, Thomas Wait & Co., 1807.
- BLANCH NOUGUÉS, “Acerca de la responsabilidad penal de las civitates en derecho romano”, en D'IPPOLITO, *Scritti per Gennaro Franciosi*, Roma, 2007.
- BOCK, “Compliance y deberes de vigilancia en la empresa”, en KUHLEN; MONTIEL; ORTIZ DE URBINA GIMENO, (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid, 2013.

- BOFILL, “Estructuras de imputación y prevención de delitos al interior de la persona jurídica”, en WILENMANN (coord), Gobiernos corporativos. Aspectos esenciales de las reformas a su regulación, Abeledo Perrot, 2011.
- BOGHOSSIAN, El miedo al conocimiento contra el relativismo y el constructivismo, Alianza, 2009.
- BOLEA BARDÓN, “Causalidad hipotética e incertidumbre en la omisión”, en Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig, Montevideo – Buenos Aires, 2017.
- BOWLES; FAURE; GAROUPA, “The Scope of Criminal Law and Criminal Sanctions: an Economic View and Policy Implications”, en Journal of Law and Society, Vol. n° 35 (2008).
- BRANDOM, A Spirit of Trust. A Reading of Hegel’s Phenomenology, The Belknap Press of Harvard University Press, 2019.
- BRANTS, “The Vulnerability of Dutch Criminal Procedure to Wrongful Conviction”; en HUFF; KILLIAS, Wrongful Conviction. International Perspectives on Miscarriages of Justice, Temple University Press.
- BRAITHWAITE; PETTIT, No solo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo, Buenos Aires, 2015.
- BRAITHWAITE, Restorative Justice & Responsive Regulation, Oxford, 2002.
- BRICKEY, Corporate Criminal Liability, Illinois, 1984.
- BRICOLA, “Teoria generale del reato”, en Azara; Eula, Novissimo Digesto Italiano, 1957.
- ID., “Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell’attuale dimensione del fenómeno societario”, en Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1970.
- BUKY, “Corporate Criminal Liability: When does it makes sense?”, en American Criminal Law Review, Vol. n° 46 (2009).
- ID., “Corporate Ethos: a Standard for Imposing Corporate Criminal Liability”, en Minnesota Law Review, Vol. n° 75 (1991).
- BUELL, “Criminal Procedure within the firm”, en Stanford Law Review, vol. n° 59 (2007).
- BYAM, “The Economic Inefficiency of Corporate Criminal Liability”, en Journal of Criminal Law and Criminology.
- CAAMAÑO, La garantía constitucional de la inocencia, Sevilla, 2003.

- CALLEN, “Spotting a Preponderance of the Evidence in the Wild: Inference to the Best Explanation and Sufficiency of the Evidence”, en *Seton Hall Law Review*, Vol. n°48 (2018).
- CAMPBELL, “Criminal Labels, the European Convention on Human Rights and the Presumption of Innocence”, en *The Modern Law Review*, Vol. n° 76 (2013).
- CAMPS RUIZ ET AL, *Compendio de Derecho del trabajo. TL, Fuentes y relaciones colectivas*, 2° ed., Valencia, 2007.
- CANZIO, “Opinioni a confronto. Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell’oltre ogni ragionevole dubbio)”, en *Criminalia*, 2009.
- CANZIO, “L’oltre il ragionevole dubbio’ come regola probatoria e di giudizio nel processo penale”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2004.
- CARO, “La carga de la prueba frente al principio de presunción de inocencia en el estado colombiano”, en *Verba Iuris*, Vol. n° 29 (2013).
- CASTILLO, “Enjuiciando al proceso penal chileno desde el inocentrismo (algunos apuntes sobre la necesidad de tomarse en serio a los inocentes).” en *Política Criminal*, Vol. n°8 (2013).
- CATALANO, *Ragionevole dubbio e' logica della decisione alle radici del giusnaturalismo processuale*, Milano, 2016.
- CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Milano, 1990.
- CAVALLONE, “In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di michele taruffo)”, en *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. n° LXV (II serie, 2010).
- CEREZO MIR, *Derecho Penal. Parte General*, Montevideo – Buenos Aires, 2008.
- ID., *Obras completas, Tomo II, Otros Estudios*, Lima, 2006.
- CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Madrid, 2015.
- CHEH, “Civil Remedies to Control Crime: Legal Issues and Constitutional Challenges”, en *Crime Prevention Studies*, Vol. n° 9 (1998).
- CHIESA APONTE, *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Vol. II, Bogotá, 1995.
- CHIESA APONTE, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Vol. III, Bogotá, 1995.

- COCCO, “L’illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2005.
- COFFEE, “No soul to damn: No body to kick: An unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment”, en *Michigan Law Review*, Vol. n° 79 (1981).
- COLB, “Innocence, Privacy, and Targeting in Fourth Amendment Jurisprudence”, en *Columbia Law Review*, Vol. n° 96 (1996).
- COLEMAN; SHAPIRO, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, 2002.
- COLOMBO, “Toward a Nexus of Virtue”, en *Washington and Lee Law Review*, Vol. n° 3 (2012).
- CORBETA, “Sicurezza alimentare e rischio da ‘ignoto biotecnologico’: una tutela incompiuta (a proposito della disciplina degli alimenti e dei mangimi contenenti organismi geneticamente modificati–D.lgs. 21 marzo 2005, n. 70)”, en DOLCINI; PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, III, Parte speciale del Diritto Penale e legislazione speciale, diritto processuale penale, diritto, storia e società*, Giuffrè, 2006.
- CORDERO, *Procedura penale*, 8° ed., Milano, 2006.
- CORREA CASANOVA, *La tolerancia liberal. Una aproximación a la propuesta ética y política de John Rawls*, Santiago, 2013.
- CORSO, *Codice della responsabilità “da reato” degli enti annotato con la giurisprudenza*, Torino, 2015.
- COTTINGHAM in “Varieties of Retribution”, *Philosophical Quarterly*, (1979).
- COUSIÑO MAC-IVER, *Derecho penal chileno. Parte general*, T.I, 1975.
- CROVINI, *Risk Management in Small and Medium Enterprises*, Abingdon, 2019.
- CUADRADO RUIZ, “¿Hacia la erradicación del principio "societas delinquere non potest"?", en MUÑOZ CONDE (Dir.), *Problemas Actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la profesora Dra. Maria del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008.
- CUMIZ; DEI VECCHI, “Estándares de prueba y ponderación de derechos en la Corte Penal Internacional”, en *InDret*, 2019.
- DAMAŠKA, “Epistemology and legal regulation of proof”, en *Law, Probability and Risk*, Vol. n° 2 (2003).

- ID., “Truth in Adjudication”, en *Hastings Law Journal*, vol. n° 49 (1998).
- ID., “Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study” en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. N° 121 (1973).
- DAN-COHEN, *Normative Subjects. Self and Collectivity in Morality and Law*, Oxford, 2016.
- ID., “Sanctioning Corporations”, en *Journal of Law and Policy*, Vol. n° 19 (2011).
- DANNECKER, “Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista Penal* N° 7.
- DAVID, “The Correspondence Theory of Truth” en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2013.
- DE DIEGO, *Manual de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, 5° ed., Buenos Aires, 2002.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI; PÉREZ MACHÍO, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las directrices comunitarias y su implementación por los Estados”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI (Dir.); DE LA MATA (Coord.), *Responsabilidad Penal de las personas jurídicas*, Madrid, 2013.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI; PÉREZ MACHÍO, “Hacia un Derecho Penal de las personas jurídicas: el derecho español”, en URQUIZO OLAECHEA et. al. (Cords.), *Dogmática penal de Derecho Penal Económico y Política Criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann*. Vol. I, Lima, 2011.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad civil”, en A.A.V.V., *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos In memoriam*, 2001.
- DE LA FUENTE HONRUBIA, *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código penal*, Valladolid, 2004.
- DE LAGASNERIE, *Judge & Punish. The Penal State on Trial*, Stanford University Press, 2018.
- DE MAGLIE, *L'etica e il mercato la responsabilità penale delle società*, Milano, 2002.
- ID., “Alla ricerca di un “Effective Compliance Program”: venticinque anni di esperienza Statunitense”, en *Criminalia*, 2016.
- ID., “Country report: Italy”, en GOBERT; PASCAL (Ed.), *European Developments in Corporate Criminal Liability*, Abingdon, 2011.

- ID., “In difesa della responsabilità penale delle persone giuridiche”, en *Legislazione penale*, 2003
- ID., “Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell’impresa crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1995.
- DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Edizioni ETS, 2012.
- ID. “Societas e responsabilità da reato. Note dogmatiche e comparatistiche”, en *Studi in Onore di Mario Romano*, Napoli, 2011.
- ID., “Persone Giuridiche, Responsabilità Penale e Principi Costituzionali”, en *Criminalia*, Edizioni ETS, 2010.
- ID., “La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano, alcuni aspetti problematici”, en *Rivista trimestrale di Diritto penale dell’economia*, 2004.
- DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, en GROSSO; PADOVANI; PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale, Parte generale*, vol. IV, Milano, 2008.
- ID., “reati societari nella dinamica evolutiva della responsabilità ex crimine degli enti collettivi” en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003.
- ID., “Struttura e natura giuridica dell’illecito di ente collettivo dipendente da reato” en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001.
- DELSIGNORE, Sezione I, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità amministrativa*, en CADOPPI, ET AL (A cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Utet Giuridica, 2010.
- DERY, “The Atrophying of the Reasonable Doubt Standard: The United States Supreme Court’s Missed Opportunity in *Victor v. Nebraska* And its Implications in the Courtroom”, en *Dickinson Law Review*, Vol. n° 99 (1995).
- DEWEY, “The Historical Background of Corporate Legal Personality”, *Yale Law Journal*, Vol. n° 35 (1926).
- DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, en LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, 2a ed., Milano, 2010.
- DIAMANTIS, “Clockwork Corporations: A Character Theory of Corporate Punishment”, en *Iowa Law Review*, Vol. n° 103, (2018).
- ID., “Corporate Criminal Minds”, en *Notre Dame Law Review*, Vol. 91 (2016).
- DIAMANTIS; LAUFER, “Prosecution and Punishment of Corporate Criminality”, en *Annual Review of Law and Social Science*, 2019.

- DÍEZ RIPOLLÉS, *Política criminal y Derecho Penal*, Valencia, 2004.
- DÍEZ RIPOLLÉS, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, en *InDret*, 1/2012.
- DOLINKO, “Three Mistakes of Retributivism”, en *UCLA Law Review*, Vol. n° 39 (1992).
- DOPICO GÓMEZ–ALLER, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en de la MATA BARRANCO; DOPICO GÓMEZ–ALLER; LASCURAÍN SÁNCHEZ; NIETO MARTÍN, *Derecho Penal Económico y de la empresa*, Madrid, 2018.
- ID., en ORTIZ DE URBINA GIMENO (Coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, 1/190.
- DRESSLER, *Understanding Criminal Procedure*, 2° Ed., Nueva Jersey, Inc. 1998.
- DRIPSS, “The Constitutional Status of the Reasonable Doubt Rule”, en *California Law Review*, Vol. n° 75, 2016.
- DUFF, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Hart, 2007.
- ID., “A Criminal Law We Can Call Our Own?”, en *Northwestern University Law Review*, Vol. 111 (2017).
- ID., “Civic Punishment”, en DZUR; LOADER; SPARKS, *Democratic Theory and Mass Incarceration*, Oxford, 2016.
- ID., “Who Must Presume Whom to Be Innocent of What?”, en *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, Vol. n° 42 (2013).
- ID., “Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment”, en *Crime and Justice*, Vol. n° 20 (1996).
- DUFF; GREEN, *Philosophical Foundations of Criminal Law Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford, 2011.
- DUFF et al., *The Trial on Trial, Volume III, Towards a Normative Theory of The Criminal Trial*, Oxford, 2007.
- DUFF ET. AL., *The Trial on Trial, Vol. I, Truth and Due Process*, Oxford, 2004.
- DWORKIN, *Justicia para erizos*, México, 2014.
- ID. *Los derechos en serio*, Madrid, 1993.
- ID., *A Matter of Principle*, Cambridge, 1985.

- ECHARRI CASI, Sanciones a Personas Jurídicas en el Proceso Penal: Las Consecuencias Accesorias, Pamplona, 2003.
- EPIDENDIO; PFIFER, “La responsabilitá degli per reati colposi, en AA.VV., D.lgs. 231, 2011.
- EPPS, “The Consequences of Error In Criminal Justice”, en Harvard Law Review, Vol. n° 128 (2015).
- FARALDO, “¿Es la multa una sanción apropiada para las personas jurídicas?”, en PÉREZ–CRUZ MARTÍN (Ed.); NEIRA PENA (Coord.), Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas, Pamplona, 2017.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, “Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas y empresas en el Derecho penal español y el Derecho penal peruano”, en GARCÍA CAVERO (Coord), La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes, ARA, 2002.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Retribución y prevención general, Montevideo – Buenos Aires, 2007.
- ID., “Bases para un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas a la española”, en La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje Al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, Fiscalía General Del Estado, Madrid, 2018.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, “Réplica a Javier Cigüela”, InDret, (2016).
- ID., “Las consecuencias jurídicas del delito”, en BAJO FERNÁNDEZ; FEIJÓO SÁNCHEZ; GÓMEZ–JARA DÍEZ, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, adaptada a la ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, Pamplona, 2012.
- ID., Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del Derecho penal contra las empresas, Pamplona, 2002.
- FEINBERG, “The Classic Debate”, en FEINBERG; COLEMAN, Philosophy of Law, 7º ed., Belmont, 2004.
- FERNÁNDEZ CASTEJÓN, Individualización de la responsabilidad penal por la actividad empresarial en EE.UU. ¿Un modelo para el Derecho penal español?, Barcelona, 2017.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Prueba y presunción de inocencia, Madrid, 2005.
- FERRAJOLI, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, 1995.

- FERRAJOLI, Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia, Madrid, 2013.
- FERRER BELTRÁN, Motivación y racionalidad de la prueba, Lima, 2016.
- ID., “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana”, en ACCATINO (Coord.), Formación y valoración de la prueba en el proceso penal, Santiago, 2010.
- ID., La valoración racional de la prueba, Madrid, 2007.
- ID., Prueba y verdad en el derecho, Madrid, 2002.
- FERRER BELTRÁN; GASCÓN ABELLÁN; GONZÁLEZ LAGIER; TARUFFO, Estudios Sobre la Prueba, Universidad Nacional Autónoma de México, D.F., 2006.
- FIANDACA, Sul bene giuridico, un consuntivo critico, Torino, 2014.
- FIANDACA/MUSCO, Diritto penale, parte generale, 6 ed., Bologna, 2009.
- FIDELBO, “La valutazione del giudice penale sull’idoneità del modello organizzativo”, Le Società D.Lgs.231: 10 anni di esperienze, 2011.
- FIORELLA, “Dogmatica e responsabilità ex crimine delle persone giuridiche”, en Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia, 2016.
- FIORELLA; SELVAGGI, “Compliance programs e dominabilità aggregata del fatto. Verso una responsabilità da reato dell’ente compiutamente personale”, en Diritto Penale Contemporaneo, 2014
- FISHER, “Conviction Without Conviction”, en Minnesota Law Review, Vol. N° 96 (2012).
- FISSE; BRAITHWAITE, “The Allocation of responsibility for Corporate Crime: Individualism, Collectivism and Accountability”, en Sydney Law Review, Vol. n° 11 (1988).
- FITZGERALD, Criminal Law and Punishment, Oxford, 1962.
- FLETCHER, Gramática del Derecho penal, Buenos Aires, 2008.
- ID., “Two Kinds of Legal Rules: A Comparative Study of Burden-of-Persuasion Practices in Criminal Cases”, en The Yale Law Journal, Vol. n° 77 (1967).
- FLEW, “The Justification of Punishment”, en The Journal of the Royal Institute of Philosophy, Vol. n° 29 (1954).

- FORTESCUE, *De Laudibus Legum Anglic. The Translation into English*, Cambridge, 1825.
- FORTI, “Uno sguardo ai ‘piani nobili’ del D.lgs. n. 231/2001”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2012.
- FRANKENA, *Ethics*, 2º ed., New Jersey, 1973.
- FRIEDLAND, “Searching for Truth in the Criminal Justice System”, en *Criminal Law Quarterly*, Vol. 60 (2014).
- FRIEDMAN, “In defense of Corporate Criminal Liability”, en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. nº 23 (2000).
- FRISCH, “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa — Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo” en MIR PUG; LUZÓN PEÑA, (eds.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1996.
- GALÁN MUÑOZ, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Valencia, 2017.
- ID., “¿Societas delinquere nec punire potest? Algunas consideraciones críticas sobre el artículo 31.2 CP”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Vol. nº 18, 2006.
- GARBERÍ LLOBREGAT (Coord.) *Código Penal. Interpretación jurisprudencial y legislación complementaria*, Barcelona, 1999.
- GARCÍA, “La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos”, en QUINTERO; MORALES, *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001.
- GARCÍA ARÁN, “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en CEREZO MIR ET. AL. *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torio López*, Granada, 1999.
- GARCÍA DE LA HUERTA, “Relectura ‘política’ de la cuestión de la técnica”, en SABROVSKY, *La técnica en Heidegger. T. 2*, UDP, 2007.
- GARLAND, *Punishment and Welfare. A history of penal strategies*, Aldershot, 1985.
- GAROFALI, “Dalla non considerazione di colpevolezza ex art. 27, comma 2, cost. alla regola dell'oltre il ragionevole dubbio” en www.Treccani.it, 2010.

- GASCÓN, Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba, 3º ed., Madrid, 2010.
- GASCÓN INCHAUSTI, Proceso penal y persona jurídica, Marcial Pons, 2012.
- GALLIGAN, Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures, Oxford, 2012.
- ID., Rights, Procedures, and Costs, Oxford, 1997.
- GERAGHTY, “Corporate Criminal Liability”, en American Law Review, 2002.
- GILCHRIST, “Condemnation without Basis: An Expressive Failure of Corporate Prosecutions”, en Hastings Law Journal, Vol. nº 64 (2013).
- GIUNTA, “La punizione degli enti collettivi: una novità attesa”, en DE FRANCESCO, (ed.), La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia “punitiva”, Torino, 2004.
- GOENA VIVES, Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica, Madrid, 2017.
- GÓMEZ–JARA DÍEZ, Fundamentos Modernos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Montevideo – Buenos Aires, 2010.
- ID., La culpabilidad penal de la empresa, Madrid, 2005.
- ID., “Corporate Criminal Liability in the Twenty–First Century: Are all Corporations equally capable of wrongdoing?”, en Stetson Law Review, Vol. nº 41 (2011).
- ID., “El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial”, en ID. El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial, Navarra, 2006.
- ID., “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BAJO FERNÁNDEZ; FEIJÓO SÁNCHEZ; GÓMEZ–JARA DÍEZ, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, Pamplona, 2012.
- ID., “La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en ARROYO JIMÉNEZ; NIETO MARTÍN, Autorregulación y sanciones, Valladolid, 2008.
- ID., “La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?, InDret, 2008.
- ID., “El nuevo art. 31.2 del Código Penal: cuestiones de ‘lege lata’ y de ‘lege ferenda’”, en La Ley, 13 septiembre 2006.

ID, "Corporate criminal liability: algunas cuestiones sobre la responsabilidad penal corporativa en los EE.UU.", en GARCÍA CAVERO (Coord), La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes, Lima, 2002.

GRACIA MARTÍN; BOLDOVA PASAMAR; ALASTUY DOBÓN, Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo CP español, Valencia, 1996.

GRACIA MARTÍN, "Sobre la naturaleza jurídica de las llamadas consecuencias accesorias para personas jurídicas en el Código Penal español", en URQUIZO ET. AL. (Coords.), Dogmática penal de Derecho Penal Económico y Política Criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann, Vol. I, Lima, 2011.

GRANDE, "Dances of Criminal Justice: Thoughts on Systemic Differences and the Search for the Truth", en JACKSON; LANGER; TILLERS (Eds.) Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context. Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška, Oxford, 2008.

GUERRINI, La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura, Milano, 2006.

GÜNTHER, "Responsibility to Protect and Preventive Justice", en ASHWORTH Andrew; ZEDNER; TOMLIN, Prevention and the Limits of the criminal Law, Oxford, 2013.

HARDING, Criminal Enterprise. Individuals, organisations and criminal responsibility, Cullompton, 2007.

HARLOW, "Corporate Criminal Liability for Homicide: A Statutory Framework", en Duke Law Journal, Vol. n° 61 (2011).

HART, Punishment and Responsibility, Oxford, 1968.

ID., "Murder and the Principles of Punishment: England and the United States", en Northwestern University Law Review, vol. 52 (1957).

ID., The Aims of the Criminal Law, en Law and Contemporary Problems, vol. n° 23 (1958).

HASSEMER; MUÑOZ CONDE, Introducción a la Criminología y al Derecho penal, Sevilla, 1989.

ID., "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en BUSTOS RAMÍREZ (Dir.), Pena y Estado, Santiago, 1995.

HASNAS, "The Centenary of a Mistake: One Hundred Years of Corporate Criminal Liability", en American Criminal Law Review, Vol n° 46 (2009).

HATCHARD, Criminalizing Corruption: the global initiatives, en BOISTER; CURRIE (Eds.), Handbook of Transnational Criminal Law, Abingdon, 2015.

- Hawkins, Compliance Strategy, Prosecution Policy and Aunt Sally. A comment on Pearce and Tombs, en *British Journal of Criminology*, vol. 30 (1990).
- HEINE, “Modelos de responsabilidad jurídico–penal originaria de la empresa”, en GÓMEZ–JARA DÍEZ (Ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*, Navarra, 2006.
- HENKEL, *Introducción a la filosofía del derecho*, Montevideo – Buenos Aires, 2014.
- HENNING, “Be Careful What You Wish For: Thoughts on a Compliance Defense under the Foreign Corrupt Practices Act”, en *Ohio State Law Journal*, Vol. n° 73 (2012).
- HERNÁNDEZ BASUALTO, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, en *Política Criminal*, Vol. n°5, (2010).
- ID., “Procedencia de una ‘eximente o defensa de cumplimiento’ de las personas jurídicas en el derecho administrativo sancionador chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. N° 45 (2018).
- ID. “Chile. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y reforma penal integral en Chile”, en ZUGALDÍA ESPINAR; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (Dir.), *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en latinoamérica y en España*, Pamplona, 2015.
- ID., “Desafíos de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, Vol. n° 16 (2012).
- HO, *A Philosophy of Evidence Law, Justice in the Search for Truth*, Oxford, 2008.
- ID., “The Presumption of Innocence as a Human Right”, en Roberts; Hunter (Eds.) *Criminal Evidence and Human Rights. Reimagining Common Law Procedural Traditions*, Oxford, 2012.
- ID., “Liberalism and the Criminal Trial”, en *Sydney Law Review*, Vol. n° 32 (2010).
- ID., “Justice in the Pursuit of Truth: a moral Defense of the Similar Facts Rule”, en *Common Law World Review*, vol. n° 35 (2006).
- HOBBS, “The Firm: Organizational Logic and Criminal Culture on a Shifting Terrain”, en *The British Journal of Criminology*, Vol. n° 41 (2001)
- HOLMES; SUNSTEIN, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, 2011.
- HOLLAND; CHAMBERLIN, “Statutory Criminal Presumptions: Proof beyond a Reasonable Doubt?”, en *Valparaiso University Law Review*, Vol. n° 7 (1973).
- HONDERICH, *The Supposed Justifications Revisited*, London, 2006.

- HOROWITZ, “Reasonable Doubt Instructions. Commonsense Justice and Standard of Proof”, en *Psychology, Public Policy, and Law*, Vol. n° 3 (1997).
- HRUSCHKA, “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”, en SÁNCHEZ–OSTIZ (Ed.), *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Pamplona, 2005.
- HUSAK, “Why Criminal Law: A Question of Content?”, en *Criminal Law and Philosophy*, vol. N° 2 (2008).
- HYLTON; KHANNA, “A Public Choice Theory of Criminal Procedure”, en *Supreme Court Economic Review*, vol. n° 15 (2007).
- IGARTÚA SALAVERRÍA, “¿Es preciso probar la inocencia en la revisión penal?”, en *Diario La Ley*, Dic. 2010.
- ILLUMINATI, *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, Bologna, 1979.
- ISAACS, “Corporate Agency and Corporate Wrongdoing”, en *New Criminal Law Review*, 2013.
- JACKMAN, *The Compliance Revolution. How Compliance Needs to Change to Survive*, Singapore, 2015.
- JAKOBS, *¿Ciencia del Derecho: técnica o humanística?*, Bogota, 2001.
- JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, Pamplona, 1996.
- JEFFRIES; STEPHAN, “Defenses, Presumptions, and Burden of Proof in the Criminal Law”, en *The Yale Law Journal*, Vol. n° 88 (1979).
- JORDAN, “The Adequate Procedures Defense under the UK Bribery Act: A British Idea for the Foreign Corrupt Practices Act”, en *Stanford Journal of Law, Business & Finance*, Vol. n° 17 (2011).
- JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal, parte General*, 5° ed., renovada y ampliada, Granada, 2002.
- JESCHECK, “Principles of German Criminal Procedure in Comparison with American law”, en *Virginia Law Review*, Vol. n° 56 (1970).
- JOSEPHSON, “On the Proof Dynamics of Inference to the Best Explanation”, en *Cardozo Law Review*, Vol. n° 22 (2001).
- KADISH, “Methodology and Criteria in Due Process Adjudication—A Survey and Criticism”, en *The Yale Law Journal*, Vol. n° 66 (1957).

- KAHAN, “What do Alternative Sanctions Mean?”, en *The University of Chicago Law Review*, Vol. n° 63 (1996).
- KHANNA, “Corporate Criminal Liability: What Purpose Does It Serve?”, en *Harvard Law Review*, Vol. n° 109 (1996).
- KESSLER, “A Comparative Analysis of Prosecution in Germany and the United Kingdom. Searching for Truth or Getting a Conviction?”, ambos en HUFF; KILLIAS, *Wrongful Conviction. International Perspectives on Miscarriages of Justice*, Temple University Press.
- KITAI, “Protecting the Guilty”, en *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. n° 6 (2003).
- KLUG, *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho*, segunda reimpression, México, 2002.
- KOEHLER, “Revisiting a Foreign Corrupt Practices Act Compliance Defense”, en *Wisconsin Law Review*, Vol. 2012.
- KOLBER, “Punishment and Moral Risk”, en *University of Illinois Law Review*, 2018.
- KORN, “¿Qué es erróneo en una interpretación moral de la filosofía política de Kant?”, en ORMEÑO; VATTER, *Forzados a ser libres. Kant y la teoría republicana del derecho*, México, 2017.
- KRAMBIA–KAPARDIS (Ed.), *Financial Compliance. Issues, Concerns and Future Directions*, Palgrave, 2019.
- KREINER RAMIREZ, “The Science Fiction of Corporate Criminal Liability: Containing the Machine through the Corporate Death Penalty”, en *Arizona Law Review*, Vol. n° 47 (2005).
- KRISHNAMURTHI; REIDY; STEPHAN, “Bad Romance: The Uncertain Promise of Modeling Legal Standards of Proof with the Inference to the Best Explanation”, en *The Review of Litigation*, Vol. n° 31 (2102).
- KUNSEMÜLLER LOEBENFELDER, *Derecho penal y política criminal*, 2° Ed. ampliada y actualizada, Pamplona, 2018.
- LAMPE, *La dogmática jurídico–penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Lima.
- LAMPE, *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas*, Bogotá, 2008.
- LANGBEIN, “Historical Foundations of the Law of Evidence: The View from the Ryder Sources”, *Columbia Law Review*, Vol. n° 96 (1996).
- ID., *The origins of adversary criminal trial*, Oxford, 2005.

- LARROUCAU TORRES, “Hacia un estándar de prueba civil”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. n° 39 (2012).
- LASCURAÍN, “Compliance, debido control y unos refrescos”, en ARROYO ZAPATERO; NIETO MARTÍN (Eds.), *El Derecho Penal Económico en la era compliance*, Valencia, 2013.
- LAUDAN, *The Law's Flaws. Rethinking Trials and Errors?*, Milton Keynes, 2016.
- ID., “Strange bedfellows: inference to the best explanation and the criminal standard of proof”, en *International Journal of Evidence and Proof*, Vol. n° 11 (2007).
- ID., *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, 2006.
- ID., “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Vol. n° 28 (2005).
- ID., “Is Reasonable Doubt Reasonable?”, en *Legal Theory*, Vol. n° 9 (2003).
- ID., “The Presumption of Innocence: Material or Probatory?”, en *Legal Theory*, Vol. N° 11 (2005).
- ID., “The Rules of Trial. Political Morality, and the Costs of Error: Or, is Proof Beyond a reasonable Doubt Doing More Harm than Good”, en GREEN; LEITER (Edit), *Oxford Studies in Philosophy of Law: Volume 1*, Oxford.
- LAUFER, “Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance”, en *Vanderbilt Law Review*, Vol. n° 52 (1999).
- LAUFER, “The Rhetoric of Innocence”, en *Washington Law Review*, Vol n° 70 (1995).
- LEDDA; GHINI, “Gestione del rischio di violazioni attinenti la normativa di salute e sicurezza sul lavoro, anche alla luce delle recenti linee guida confindustria”, en *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Vol. n° 3 (2008).
- LESCH, *El concepto de delito. Las ideas fundamentales de una revisión funcional*, Madrid, 2016.
- LETELIER, “Garantías penales y sanciones administrativas”, en *Política Criminal*, Vol. N° 12 (2017).
- LEVY, “A Principled Approach to the Standard of Proof for Affirmative Defenses in Criminal Trials”, en *American Journal of Criminal Law*, Vol. n° 40 (2013).
- LIPPKE, “Punishing the Guilty, not Punishing the Innocent”, en BROOKS (Ed.), *Law and Legal Theory*, Brill, 2014.

- ID., “The Prosecutor and the Presumption of Innocence” en *Criminal Law and Philosophy*, 2013.
- ID., “Justifying the proof structure of criminal trials”, en *The International Journal of Evidence and Proof*, Vol. n° 17 (2013).
- LIST; PETTIT, Group Agency. *The Possibility, Design, and Status of Corporate Agents*, Oxford, 2011.
- LOEWY, “Taking Reasonable Doubt Seriously”, en *Chicago–Kent Law Review*, Vol N° 85 (2010).
- López Ortega, “El proceso penal como sistema de garantías (IV). La presunción de inocencia como elemento estructurador del proceso penal acusatorio”, en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, “2013) Año XXXIV.
- LUCAS, *Responsibility*, Oxford, 1993.
- LUNA, “The Models of Criminal Procedure”, en *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. n° 2 (1999).
- LUNGHINI, “Problemi probatori e Diritto penale sostanziale. Un'introduzione”, en DOLCINI; PALIERO (A cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*. Vol. I. Teoria del Diritto penale, Criminologia e Politica criminale, Milano, 2006.
- LUZÓN PEÑA, “Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales”, en DE TOLEDO Y UBIETO (Coord.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2003.
- LYNCH, *True to Life. Why Truth Matters*, Cambridge, 2005.
- Llambías, *Tratado de Derecho civil. Parte general. T. II*, 17° ed., Buenos Aires, 1997.
- LLUCH, “La dosis de prueba: entre el common law y el civil law”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Vol. n° 35 (2012).
- MABBOTT, “Punishment”, en *Mind*, LXVIII (1939).
- MAIHOFER, *Estado de Derecho y Dignidad Humana*, Montevideo – Buenos Aires, 2008.
- MANNA, “La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo all'insieme”, en *Rivista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, Milano, 2002.
- MAÑALICH RAFFO, “Beccaria: la pena como exclusión”, en KINDHÄUSER; MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Montevideo – Buenos Aires–, 2011.

- ID., “Organización delictiva: bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno”. En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. n° 38 (2011).
- ID., “Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva”, en *InDret*, 2015.
- MASSARO, “La colpa per l’organizzazione come possibile modello (anche) della responsabilità individuale”, en FIORELLA, GAITO, SALVINI (a cura di), *La responsabilità dell’ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni anche in una comparazione con i sistemi sudamericani*. In memoria di Giuliano Vassalli, Roma, 2018.
- MASSI, ‘Veste formale’ e ‘corpo organizzativo’” nella definizione del soggetto responsabile per l’illecito da reato, Napoli, 2012.
- MARINUCCI, “La Responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico–dogmatico”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2007.
- ID., “‘Societas punire potest’: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002.
- MARINUCCI; DOLCINI; GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 7° ed., Milano, 2018.
- MARINUCCI; DOLCINI, “Derecho Penal «mínimo» y nuevas formas de criminalidad”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2° Época, núm. 9 (2002).
- MARTINEZ–BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*. 4ª ed., Valencia, 2014.
- MATURANA BAEZA, “En busca de la Sana Crítica”, en BENFELD; LARROUCAU, *La Sana Crítica bajo sospecha*, Valparaíso, 2018.
- MATUS ACUÑA, “La certificación de los programas de cumplimiento”, en ARROYO ZAPATERO; NIETO MARTÍN (Dirs.), *El Derecho penal económico en la era del compliance*, Valencia, 2013.
- AURACH, *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires, 1962.
- MCCLOSKEY, “A non–utilitarian approach to punishment” en *Inquiry: An Interdisciplinary Journal of Philosophy*, Vol. n° 8 (1965).
- MEDWED, “Innocentrism”, en *University of Illinois Law Review*, 2008.
- METZ, “How to reconcile Liberal Politics with Retributive Punishment”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. n° 27 (2007).

- MEEKS, “Corporate and white-collar crime enforcement: Should regulation and rehabilitation spell an end to corporate criminal liability?”, en *Columbia Journal of Law and Social Problems*, vol. n° 40 (2006).
- MICELI, “Optimal Prosecution of Defendants whose Guilt is Uncertain”, en *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. n° 6 (1990).
- MIDÓN, “La carga de la prueba”, ID. (Coord.), *Tratado de la prueba*, Buenos Aires, 2007.
- MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, Barcelona, 2011.
- ID., *Bases Constitucionales del Derecho Penal*, Madrid, 2011.
- ID., *Derecho Penal. Parte General*. 9ª edición, Barcelona, 2010.
- ID., “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004.
- ID., “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en DE TOLEDO Y UBIETO (Coord.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2003.
- MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1997.
- MOLINA, “Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)”, en *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, T. LIII, 2000.
- MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018..
- ID., “The Nature of Corporate Liability for Criminal Offences: Theoretical Models and EU Member State Laws”, en FIORELLA (Ed.) *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. Vol. II. Towards a Common Model in the European Union*, Napoli, 2012.
- ID., *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012.
- MONTALENTI, “Corporate governance, sistema dei controlli e procedure anticiclaggio”, en AA.VV. *Riciclaggio e corruzione: prevenzione e controllo tra fonti interne e internazionali*, Milano, 2013.
- MONTANARI, “La normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali. I rapporti dell’Unione europea, del Working Group on bribery dell’OCSE e del GRECO concernenti il nostro Paese”, en *Diritto Penale Contemporaneo*.

- MONTAÑÉS PARDO, *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Pamplona, 1999.
- MONTEIRO SANSON, “Fundamentos da responsabilidade penal das pessoas jurídicas”, citado en ALVARADO MARTÍNEZ, “La problemática de las personas jurídicas en la tutela penal del ambiente”, en ONTIVEROS ALONSO (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Valencia, 2014.
- MOORE, “Justifying Retributivism”, en *Israel Law Review*, (1993), vol. n° 27.
- MOORE, “Victims and Retribution: A reply to Professor Fletcher”, en *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3 (1999).
- MOORE, “The moral worth of retribution”, en SHOEMAN (ed.), *Responsibility, Character, and the Emotions. New Essays in Moral Psychology*, Cambridge, 1987.
- MORAL GARCÍA, “Regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español”, en en PÉREZ-CRUZ MARTÍN (Ed.); NEIRA PENA (Coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Pamplona, 2017.
- MUCCIARELLI, “Le sanzioni interdittive temporanee nel D.lgs. n. 231/2001”, en DOLCINI; PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006.
- MUNGAN, “The Scope of Criminal Law”, en *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, Oxford, 2014.
- MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*. 8° ed., Valencia, 2010.
- MULRINE, “Reasonable Doubt: How in the World Is It Defined?”, en *American University International Law Review*, Vol. N° 12 (1997).
- MÜSSIG, *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica del bien jurídico hacia el sistema*, Bogotá, 2001.
- NANCE, “Civility and the Burden of Proof”, en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. N° 17 (1994).
- NARINE, “Whistleblowers and Rogues: An Urgent Call for an Affirmative Defense to Corporate Criminal Liability”, en *Catholic University Law Review*, Vol n° 62 (2012).
- NAVAS MONDACA; JAAR LABARCA, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena”, en *Política Criminal* Vol. n° 13 (2018).
- NEIRA PENA, “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, en *Política Criminal*, Vol. n° 11 (2016).

- ID., “La persona jurídica como nuevo sujeto pasivo del proceso penal en los ordenamientos chileno y español”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Vol. n° 21 (2014).
- NEUMANN, “The 'Deserved' Punishment” en SIMESTER; BOIS–PEDAIN (Eds.) *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch*, Oxford, 2014.
- NEWBURN, *Criminology*, Abingdon, 3° ed, 2017.
- NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008.
- ID., “¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?”, en *Revista penal*, Vol. n° 19 (2007).
- NIEVA FENOLL, “La razón de ser de la presunción de inocencia”, en *InDret*, 1/2016.
- NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, Milano, 1974.
- Nozick, *Anarquía, Estado y utopía*, segunda reimpresión argentina, 1991.
- NOVOA ZEGERS, “Algunos alcances dogmáticos sobre la responsabilidad penal de las personas”, en AA.VV, *La Ciencia Penal en la Universidad de Chile*, Santiago, 2013.
- ORTIZ DE URBINA, “Política criminal contra la corrupción: una reflexión desde la teoría de la pena (o viceversa)”, en MIR PUIG; CORCOY BIDASOLO (Dirs.), GOMEZ MARTÍN (Coord.), *Garantías Constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid, 2012.
- ID., *Penal Económico y de la Empresa 2011–2012*, Francis Lefebvre, 2011.
- ID., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un análisis económico”, en *Consejo general del Poder Judicial, Justicia y Economía*, n° 49 (2009).
- PACKER, “Two Models of the Criminal Process”, en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. n° 113 (1964).
- PADOVANI, “Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità ‘amministrativa’ delle persone giuridiche” en De FRANCESCO, (ed.), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia “punitiva”*. 200.
- PALAZZO, *Societas Puniri Potest, La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2003.
- PALIERO, “The Definition of Administrative Sanctions, General Report”, en OSWALD (ed.) *Administrative Sanctions in the European Union*, Cambridge, 2013.

- ID., “Soggettivo e oggettivo nella colpa dell’ente: verso la creazione di una ‘gabella delicti’, en *Società*, 2015.
- ID., Dieci anni di “corporate liability” nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell’evoluzione della legislazione e della prassi, en AA.VV., D.Lgs. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi, en *Le Soc.*, 2011.
- ID., “Bowling a Columbine: la Cassazione bersaglia i basic principles della corporate liability”, en *Le Società*, 2011.
- ID., “Dalla vicarious liability alla colpevolezza d’impresa: tendenze della responsabilità penale degli enti nel panorama giuridico europeo”, en CORSO; ZANETTI, *Studi in onore di Mario Pisani*, Vol. III, Piacenza, 2010.
- ID., “La società punita: del come, del perché, e del per cosa”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2008.
- ID., “Il «ragionevole dubbio» diventa criterio”, en *Guida al Diritto*, Vol. n° 10 (2006).
- ID., “La responsabilità penale della persona giuridica nell’ordinamento italiano: profili sistematici”, en PALAZZO (ed.) *Societas puniri potest*, Padova, 2003.
- ID., “La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione”, en ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002.
- ID., “Il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest”, en *Il corriere giuridico*, 2001.
- ID., “Problemi e prospettive della responsabilità penale dell’ente nell’ordinamento italiano”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Economico*, 1996.
- ID., “La sanción administrativa como medida moderna en la lucha contra la criminalidad económica”, en VV.AA. *Hacia un Derecho Penal Economico Europeo*, Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado, 1995.
- ID., “La sanzione amministrativa come moderno strumento de lotta alla criminalità economica”, en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1993.
- PALIERO; PIERGALLINI, “La Colpa di Organizzazione” en *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, www.rivista231.it.
- PATRONO, “Verso la soggettività penale di società ed enti”, en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2002.
- PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell’imputato*, 2° ed., Torino, 2009.

- PARDO, “The Paradoxes of Legal Proof: a Critical Guide”, en Boston University Law Review, Vol. 99 (2019).
- PARKER, “The Challenge of Empirical Research on Business Compliance in Regulatory Capitalism”, en Annual Review of Law and Social Science, Vol. n° 5, (2009).
- PEÑA GONZÁLEZ, “Rawls: equilibrio reflexivo, constructivismo y razón pública. El problema de la realidad y la justificación en filosofía política”, en John Rawls. Estudios en su memoria, Universidad de Valparaíso (Chile), 2002.
- PEÑA, Ideas de perfil. Ensayos, Hueders, 2015.
- PEREZ MACHÍO, “Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI (Dir); DE LA MATA (Coord.), Responsabilidad Penal de las personas jurídicas, Pamplona, 2013.
- PÉREZ, “Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas”, en DE LA CUESTA (Dir.); DE LA MATA (Coord.), Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Pamplona, 2013.
- PETTIT, Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno, Barcelona, 1999.
- PIERGALLINI, “Colpa di organizzazione e impresa”, en DONINI; ORLANDI (a cura di), Reato colposo e modelli di responsabilità, Bologna, 2013.
- ID., “La regola dell’ ‘oltre ragionevole dubbio’ al banco di prova di un ordinamento di civil law”, en Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 2007.
- ID., “L’apparato sanzionatorio”, en LATTANZI, Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, 2005.
- ID., “Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma”, en Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’economia, 2002.
- ID., “Societas delinquere et punire non potest” en Questione giustizia, Societas, 2002.
- ID., “Il decreto legislativo di depenalizzazione dei reati minori n. 507 del 1999: lineamenti, problemi e prospettive”, en Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 2000.
- PIÑA ROCHEFORT, Modelos de prevención de delitos en la empresa, Santiago, 2012.
- PINTORE, El derecho sin verdad, Madrid, 2006.
- PISANI, “Cesare Beccaria e il Principio di Umanità”, en Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 2011.

- PLESSIS; VAROTTIL; VELDMAN (Ed.), *Globalisation of Corporate Social Responsibility and its Impact on Corporate Governance*, Switzerland, 2018.
- PRESUTTI; BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2013.
- POLLMAN, “Reconceiving Corporate Personhood”, en *Utah Law Review*, Vol. n° 4 (2011).
- POSNER, *Economic Analysis of Law*, 2° ed, 1977.
- PULITANÒ, “La responsabilità da reato degli enti. Problemi di inquadramento e di applicazione” en TRIMARCHI (a cura di), *Rappresentanza e responsabilità negli enti collettivi*, Milano, 2007.
- ID., “La responsabilità «da reato» degli enti: i criteri d’imputazione”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002.
- ID., “Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche”, en *Enciclopedia del Diritto*, aggiornamenti, 2002.
- ID., “Politica criminale”, en MARINUCCI; DOLCINI, *Diritto Penale in Trasformazione*, Milano, 1985.
- QUINTERO, “Los confines de la inducción: de la responsabilidad penal a la responsabilidad moral”, en DÍEZ RIPOLLÉS, et. al. (Eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002.
- RAMON RIBAS, “La respuesta del Derecho Penal moderno al delito: del Derecho Penal de doble vía ¿al Derecho Penal de cinco vías?, en FARALDO (Dir.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Valencia, 2004.
- RAWLS, *El liberalismo político*, Barcelona, 1996.
- ID., “Two Concepts of Rules”, en *Philosophical Review*, Vol. n° 64 (1955).
- REIMAN; DEN HAAG, “On the Common Saying that it is Better that Ten Guilty Persons Escape than that one Innocent Suffer. Pro and Con” en *Social Philosophy & Policy*, Vol. n° 7 (1990).
- RENEDO ARENAL, “La imputación de la persona jurídica”, en Pérez–Cruz Martín (Dir.); Neira Pena (coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Pamplona, 2017
- RENZO, “Responsibility and Answerability in the Criminal Law” en DUFF (ed), *The Constitution of the Criminal Law*, Oxford, 2013.

- REZAEE, *Corporate Governance Post–Sarbanes– Oxley. Regulations, Requirements, and Integrated Processes*, New Jersey, 2007.
- RISINGER, “Tragic Consequences of Deadly Dilemmas: A Response to Allen and Laudan”, en *Seton Hall Law Review*, Vol. n° 40 (2010).
- RIVERA, *Instituciones de Derecho civil. Parte general, T.II*, Buenos Aires, 3° ed., 2004.
- RIVERA MORALES, *La prueba: un análisis racional y practico*, Madrid, 2011.
- RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione. Circolarità ed innovazione dei modelli sanzionatori*, Napoli, 2009.
- ROBERTS, “Taking the Burden of Proof Seriously”, en *Criminal Law Review*, Vol. n° 1995.
- ROBINSON, “The Practice of Restorative Justice: The Virtues of Restorative Process, the Vices of ‘Restorative Justice’”, en *Utah Law Review*, 2003.
- ROBINSON, “The Criminal–Civil Distinction and the Utility of Desert”, en *Boston University Law Review*, vol. n° 76 (1996).
- ROBLES PLANAS, “Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP”, en *La Ley*, 15227/2011
- ID., “¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos”, en *InDret.*, vol. N° 2/2006 (2006).
- RODRÍGUEZ, “El criminal compliance como fundamento de imputación penal corporativa”, en *Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal, Repercusiones Penales en los negocios*, Pamplona, 2017.
- ROMANO, “La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico”, en *Criminalia*, Vol. 2011.
- ROMANO, “La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali” en *Rivista Rivista delle società*, 2002.
- ID., “Societas delinquere non potest (Nel ricordo di Franco Bricola)”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995.
- ROMERO ARIAS, *La presunción de inocencia: estudio de algunas de las consecuencias de la constitucionalización de este derecho fundamental*, Pamplona, 1985.
- ROSEN–ZVI; FISHER, “Overcoming Procedural Boundaries”, en *Virginia Law Review*, vol. n° 94 (2008).

- ROSS, "La finalidad del castigo", en Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Gioja, Buenos Aires, 1976.
- ROXIN; ARZT; TIEDEMANN, Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal, Buenos Aires, 1989.
- ROXIN, Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, 2000.
- RUEDA, "La Responsabilidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Penal Español", en PIETH; IVORY (Eds.), Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk, Dordrecht, 2011.
- SALBU, "Mitigating the Harshness of FCPA Enforcement Through a Qualifying Good-Faith Compliance Defense", en American Business Law Journal Vol. n° 55 (2018).
- SÁNCHEZ-OSTIZ, Fundamentos de Política criminal. Un retomo a los principios, Madrid, 2012.
- ID., La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación, Barcelona, 2014.
- ID., Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo, Montevideo – Buenos Aires, 2008.
- SANTNER, "Los milagros ocurren: Benjamin, Rosenzweig, Freud y la materia del prójimo", en ZIZEK; SANTNER; REINHARD (Ed.) El prójimo. Tres indagaciones en teología política, Buenos Aires, 2010.
- SCANLON, What We Owe to Each Other, Harvard University Press, 1998.
- SCHEDLER, Can Retributivists Support Legal Punishment, The Monist, Vol. n° 63 (1980).
- SCOLETTA, "La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d. lgs. n. 231/2001", en CANZIO; CERQUA, LUPARIA (a cura di) Diritto penale delle società, Tomo primo, Cedam, 2014.
- SEELMANN, "Punibilidad de la empresa: causas, paradojas y consecuencias", en GARCÍA CAVERO (Coord.), La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes, Lima, 2002.
- SELVAGGI, "Ex crimine liability of legal persons in UE. An overview of substantive criminal law", en FIORELLA, (Ed), Corporate Criminal Liability and compliance programs. Towards a common model in the European Union, Vol. II, Napoli, 2012.
- SELZNICK, A Humanist Science. Values and Ideals in Social Inquiry, California, 2008.

SEPINWALL, “Guilty by Proxy: Expanding the Boundaries of Responsibility in the Face of Corporate Crime”, en *Hastings Law Journal*, Vol. n° 63.

SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona, 2018.

ID., “Yates Memorandum”, en *InDret*, Vol. n° 4, 2015.

ID., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho Español”, en ID. (Dir); MONTANER FERNÁNDEZ (Coord.), *Criminalidad de empresa y compliance prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, 2013.

ID., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español”, en *Comunicaciones en Propiedad Industrial y derecho de la competencia*, 2012.

ID., “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto”, en *La Ley* 2464/2010.

ID., “La evolución ideológica de la discusión sobre la ‘responsabilidad penal’ de las personas jurídicas” en *Derecho penal y Criminología*, *Revista del Instituto de Ciencias penales y criminológicas*, Vol. n° 29 (2008).

ID., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales. Reimpresión de la segunda edición*, Montevideo – Buenos Aires, 2006.

ID., “¿Quién debe responder de los ilícitos medioambientales? Sujetos y criterios de imputación de responsabilidad por ilícitos medioambientales”, en *Incidencia medioambiental y derecho sancionador*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2006.

ID., “¿Quién debe responder de los ilícitos medioambientales? Sujetos y criterios de imputación de responsabilidad por ilícitos medioambientales”, en *Incidencia medioambiental y derecho sancionador*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2006.

ID., “La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas”, en *InDret*, 2/2006.

ID., “El actuar en lugar de otro en el Código Penal español”, en GARCÍA CAVERO (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Órganos y representantes*, Lima, 2002.

ID., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal”, en *Derecho Penal Económico. Manuales de Formación Continuada*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

ID., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.

SILVA SÁNCHEZ; ORTIZ DE URBINA GIMENO, “El art. 31.2 del Código penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?”, en *InDret* 2/2006.

- SIMON, “More Problems With Criminal Trials: The Limited Effectiveness of Legal Mechanisms”, en *Law and Contemporary Problems*, Vol. 75 (2012).
- SHAPIRO, ‘Beyond Reasonable Doubt’ and ‘Probable Cause’: Historical Perspectives on the Anglo–American Law of Evidence, California, 1991.
- SHEALY, “A Reasonable Doubt about ‘Reasonable Doubt’”, en *Oklahoma Law Review*, Vol. n° 65, (2013).
- SHÜNEMANN, “La responsabilidad penal de las empresas: para una necesaria síntesis entre dogmática y política criminal”, en ONTIVEROS ALONSO (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Valencia, 2014.
- ID., “Las prescripciones sobre la autoría en la ley boliviana sobre la base de las modificaciones al Código Penal del 10 de marzo de 1997 y sus consecuencias para la responsabilidad de los órganos de las empresas. ¿un modelo para Latinoamérica?”, en ID., *Obras*, T. II, Buenos Aires, 2009.
- ID., “The Sarbanes–Oxley Act of 2002: A German Perspective”, en *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. n° 8 (2004).
- ID., “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, en *Hacia un Derecho Penal Económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, 1995.
- STEIKER, “Punishment and Procedure: Punishment Theory and the Criminal–Civil Procedural Divide”, en *Georgia Law Journal*, vol. n° 85 (1997).
- STEIN, *Foundations of Evidence Law*, Oxford, 2005.
- ID., “Constitutional Evidence Law”, en *Vanderbilt Law Review*, Vol. n° 61 (2008).
- STELLA; GALAVOTTI, “L’oltre il ragionevole dubbio’ come standard probatorio. Le infondate divagazioni dell’epistemologo Laudan”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2005.
- STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, 3° ed., Milano, 2003.
- ID., *Il giudice corpuscolariano, la cultura delle prove*, Milano, 2005.
- ID., “Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio–basse nella successione di eventi”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2002.
- ID., “Criminalità d’impresa: lotta di sumo e lotta di judo”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Economico*, 1998.

- STEWART, “Concern and Respect in Procedural Law”, en WALUCHOW; SCIARAFFA, *The Legacy of Ronald Dworkin*, Oxford, 2016.
- STRAWSON, *Freedom and Resentment*, London, 2008.
- STUNTZ, “Substance, Process, and the Civil–Criminal Line”, en *Journal of Contemporary legal Issues*, vol. n° 7 (1996).
- SOLAN, “Refocusing the Burden of Proof in Criminal Cases: Some Doubt About Reasonable Doubt”, en *Texas Law Review*, Vol. N° 78 (1999).
- SOTO DÍAZ, “La responsabilidad de las personas jurídicas en Chile”, en PÉREZ–CRUZ MARTÍN (Ed.); NEIRA PENA (Coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Pamplona, 2017.
- SOTOMAYOR, *My Beloved World*, New York, 2013.
- SULLIVAN, “Expressing Corporate Guilt”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. n° 15 (1995).
- SUNSTEIN, “On the Expressive Function of Law”, en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. n° 144.
- TARUFFO, *La prueba de los hechos*, 4° ed., Madrid, 2011.
- ID., “La Verità nel processo”, en FORTI et al. «Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del proceso, Napoli, 2014.
- ID., *Proceso y Decisión. Lecciones mexicanas de Derecho Procesal*, Madrid, 2012.
- ID., *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Madrid, 2010.
- ID., “Contro la Veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone”, en *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. n° LXV, Settembre–Ottobre (2010).
- ID., “Opinioni a confronto fatto, prova e verità (alla luce del principio dell’oltre ogni ragionevole dubbio)”, en *Criminalia*, 2009.
- ID., “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, en ID. *La Prueba, Artículos y Conferencias*, Santiago. 2009.
- ID., *La Prueba*, Madrid, 2008.
- ID., “Tres observaciones sobre ‘por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar’, de Larry Laudan”, en *Doxa*, Vol. n° 28 (2005).
- ID., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002.

- ID., “Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba”, en ID., *La Prueba, Artículos y Conferencias*, Metropolitana.
- THAYER, *A Preliminary Treatise of Evidence at the Common Law*, Boston, 1898.
- THAGARD, “Why Wasn't O.J Convicted? Emotional Coherence in Legal Inference”, en *Cognition & Emotion*, Vol. n° 17 (2003).
- TIEDEMANN, “La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Vol. n° 1995.
- TRIBE, “An Ounce of Detention: Preventive Justice in the World of John Mitchell”, en *Virginia Law Review*, Vol. n° 56 (1970).
- TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010.
- TWINING, *Rethinking Evidence, Exploratory Essays*, Cambridge, 2006.
- ID., “Evidence and Legal Theory”, en *The Modern Law Review*, Vol. n° 47 (1984).
- UBERTIS, “Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)”, en *Argomenti di procedura penale*, III, Milano, 2011.
- UBERTIS, *Argomenti di Procedura penale*, III, Milano, 2011.
- UNDERWOOD, “The Thumb on the Scales of Justice: Burdens of Persuasion in Criminal Cases”, en *Yale Law Journal*, Vol. n° 86 (1977).
- VALENZUELA SALDÍAS, *Hechos, Pena y Proceso. Ensayo sobre racionalidad y prueba en el derecho procesal penal chileno*, Santiago, 2017.
- VAN WEEZEL, “Contra la responsabilità penal de las personas jurídicas”, en *Política Criminal*, Vol. n° 5, (2010).
- VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012.
- VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, 1993.
- VENEZIANI, “Art. 5. Responsabilità dell'ente”, en CADOPPI, ET AL. *Enti e responsabilità da reato*, Utet Giuridica, 2010.
- VERA SÁNCHEZ, “¿Por qué es importante que la Corte Penal Internacional condene más allá de toda duda razonable?”, en *ACDI*, Vol. n° 11 (2018).
- VIGANÒ, *Responsabilità da reato degli enti. I problemi sul tappeto a dieci anni dal D.lgs. n. 231/2001*, en *enciclopedia Treccani*, 2012.

- VINCIGUERRA, La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (D. lgs 231/2001), Padova, 2004.
- VOLK, "Diritto penale ed economia", en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'economia*, 1998.
- VOLOKH, "n Guilty Men", en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. n° 146 (1997).
- WAGNER, "Mortal Democracy: When Corporations Bribe", en *New York University Journal of Law & Business*, Vol. n° 13 (2016).
- WALEN, "Proof Beyond a Reasonable Doubt: A Balanced Retributive Account", en *Louisiana Law Review*, Vol. n° 76 (2015).
- WALSH; PYRICH, "Corporate Compliance Programs As A Defense To Criminal Liability: Can A Corporation Save Its Soul?", en *Rutgers Law Review*, Vol. n° 47 (1995).
- WALTON, *Burden of Proof, Presumption and Argumentation*, Cambridge, 2014.
- WARD, "Improperly Obtained Evidence and the Epistemic Conception of the Trial", en *The Journal of Criminal Law*, Vol. n° 81.
- WATSON, *Agency and Answerability Selected Essays*, Oxford, 2004.
- WEIGEND, "There is Only One Presumption of Innocence", en *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, Vol. n° 42 (2013).
- WEISSMANN, "A New Approach to Corporate Criminal Liability", en *American Criminal Law Review*, Vol. n. 44 (2007).
- WELLS, *Corporations and Criminal Responsibility*, 2° ed., Oxford, 2001.
- ID., "Corporate Criminal Liability in England and Wales: Past, Present, and Future", en PIETH; IVORY (ED), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, London, 2011.
- ID. "Containing corporate crime Civil or criminal controls?", en Gobert; Pascal (Ed.), *European Developments in Corporate Criminal Liability*, London, 2011.
- WHITMAN, *The Origins of Reasonable Doubt, Theological Roots of the Criminal Trial*, New Haven, 2008.
- ID, "The Origins of 'Reasonable Doubt'", en *Faculty Scholarship Series*, 2005.
- YACOBUCCI, *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Buenos Aires, 2002.

ZACCARIA, “Il principio della colpevolezza ‘al di là di ogni ragionevole dubbio’, en *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto*, Anno III.

ZAIERT, *Punishment and Retribution*, Ashgate, 2006.

ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, 2018.

ZUGALDÍA, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones presupuestos sustantivos y procesales*, Valencia, 2008.

Id., “España. 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 ZUGALDÍA ESPINAR; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (Dir.), *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en latinoamérica y en España*, Pamplona, 2015.

ZUGALDÍA ESPINAR, «Societas delinquere potest: análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Vol. n °76 (2010).

Id., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (Requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal)”, en QUINTERO; MORALES (Coords.), en *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001.

Id., “Las penas previstas en el art. 129 del CP para las personas jurídicas”, en *Poder Judicial*, Vol. n° 46 (1997).

Id., “Delitos contra el medio ambiente y reponsabilidad criminal de las personas jurídicas”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997.

Id., “Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad en las personas jurídicas”, en *La responsabilidad penal de las sociedades. Actuación en nombre de otro, Responsabilidad de los Consejos de administración, Responsabilidad de los subordinados*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1994.

Id., “Conveniencia político–criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional ‘societas delinquere non potest’”, *Revista Cuadernos de Política Criminal*, Vol n° 11 (1980).

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Pamplona, 2° ed., 2003.

Id., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Principales problemas de imputación”, en GARCÍA GARCÍA (Dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y derecho comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, 2007.

ID, Política Criminal, Coruña, 2001.

Relazione al D.lgs. del 8 giugno 2001, n. 231, en CADOPPI ET AL (a cura di), Enti e responsabilità da reato, Milano, 2010.

Pricewaterhousecoopers, State of Compliance Study 2016 – Laying a Strategic Foundation for Strong Compliance Risk Management (2016), descargable <https://www.pwc.se/sv/pdf-reports/state-of-compliance-study-2016.pdf>