

UNA PERSPECTIVA MERCANTIL EN LA INTERPRETACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

María Fernanda JUPPET EWING*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El problema de la adjudicación de responsabilidad en ilícitos generados al interior de una empresa.* III. *El problema de la generación de responsabilidad colectiva en las empresas.* IV. *El dilema de la generación de decisiones al interior de una persona jurídica.* V. *La responsabilidad penal de los agentes directivos de la empresa.* VI. *Cuestionamientos a la propuesta de modificación normativa antes planteada.* VII. *Por qué resulta necesario abordar la aplicación de la responsabilidad criminal de corporaciones.* VIII. *Conclusión.* IX. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Resulta posible constatar, tanto en Chile como en el derecho comparado, la disminución paulatina que ha sufrido la protección a la responsabilidad limitada de las empresas en décadas pasadas. Lo anterior se presenta como resultado a la conducta de ciertos agentes de mercado, quienes han abusado claramente de esta institución en los últimos tiempos.

En la búsqueda de una limitación de responsabilidad respecto de los acreedores potenciales de una empresa, o sus acreedores futuros, hemos pasado desde una separación casi absoluta a la división entre los activos de una sociedad y los de sus dueños, hasta una duda razonable sobre el modelo tras ser testigos del abuso de esta institución en bullados casos nacionales e internacionales.

* Abogada. Magíster en derecho de la empresa, Universidad del Desarrollo. *Master Mades* en administración de empresas de Economía social, Universidad de Valencia. *LLM in Law, University of California*, Berkeley. Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad UNIACC. Profesora de derecho económico en la Universidad del Desarrollo y Derecho Comercial en la Universidad Autónoma de Chile.

Tras escándalos internacionales como Enron, y particularmente de casos chilenos tales como “el caso Chispas”, “la colusión de las Farmacias” o “La Polar”, la necesidad de mantener la limitación de responsabilidad respecto de titulares de derechos y directivos principales de una sociedad se desdibuja, dando paso a la aplicación de doctrinas extranjeras y dictación de nuevas normas, que tienden a desconocer la institución de la separación patrimonial existente entre las sociedades y los socios que las componen, más allá de la responsabilidad penal e infraccional ya consagradas en nuestro ordenamiento jurídico.

Es así como la realidad nos obliga a interpretar la normativa de tal manera que tales resultados dañosos no queden impunes, aun cuando nuestra legislación no los sancione expresamente. Para el derecho anglosajón lo anterior no presenta mayores dificultades, dado que las cortes superiores de justicia tienen la facultad de generar un nuevo precedente basados en estímulos diversos a los analizados con anterioridad. Para los tribunales de justicia en países de derecho continental, por otra parte, es un verdadero desafío interpretar el sistema jurídico de una forma tal que privilegie la equidad en sus resoluciones antes que una legislación incompleta respecto de este fenómeno.

Dentro de los resultados perniciosos que pueden generarse a raíz del abuso de la limitación de responsabilidad en las deudas e indemnizaciones respecto de los acreedores de la empresa podemos destacar los siguientes:

En primer lugar, algunos agentes económicos han utilizado sus sociedades como herramienta para confiar crímenes debajo del protector de la responsabilidad limitada. Como es el caso en ilícitos tales como el por ejemplo el lavado de dinero y estafa.

Y en segundo lugar, para evitar el pago de indemnizaciones correspondientes a los resultados negativos de la conducta de las empresas, originados como resultado de la aplicación del uso de los protocolos internos de una organización bajo estándares regulares como una respuesta natural a un problema, generando, en consecuencia, peligros para el medio ambiente o accidentes de trabajo, no como un resultado de sus dueños o encargados, sino que como resultado de la aplicación de respuestas estandarizadas aplicados para un caso diverso a aquel por el cual fueron concebidas.¹

¹ Gómez-Jara Díez, Carlos, “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, Madrid, artículos RECPC 08-05, 2006, p. 23, <http://criminet.ugr.es/recpc>.

El mal uso del velo corporativo como limitación de responsabilidad ha sido ampliamente estudiado por la doctrina comparada, dado el público reconocimiento de que el mal uso de la figura corporativa ha corrompido en casos sus propósitos, convirtiéndose en instrumentos generadores de fraude y daños, como es posible observar en ejemplos tales como acuerdos colusorios que afectan a consumidores, daños ambientales producidos por errores en el proceso de toma de decisiones de una empresa, etcétera.

Los errores en la generación de decisiones empresariales, en cambio, han sido menos estudiados por el derecho, enfocándonos sólo a las consecuencias de los actos dañosos, pero ignoran la gestación de las decisiones, y, por tanto, desestiman la determinación de la responsabilidad de los intervinientes en la acción cuestionada.

Es en virtud de la falta de análisis jurídico sobre esta segunda gestión que convierte el estudio de esta temática en forma urgente. Dado que al momento de perseguir a los individuos responsables por los ilícitos cometidos no resulta posible llegar a verdaderas convicciones de culpabilidad por falta de actuaciones individuales tras la revisión de los hechos, escondiéndose tras la responsabilidad de la persona jurídica utilizada como frente para las operaciones cuestionables. Siguiendo esta línea argumental, es dable indicar que la exacerbación del principio de limitación de responsabilidad de las personas jurídicas se ha convertido en un culto indignante a la impunidad, en el entendimiento de los fundamentos básicos del derecho comercial, comprendiendo la necesidad de los entes societarios como instituciones generadoras de riqueza, en vez de muros de impunidad para las personas naturales contenidas dentro de la organización.

En Chile, este ilícito se encuentra plenamente regulado a través de la Ley de Responsabilidad Penal de las Empresas, núm. 20.396. Existen una serie de normas jurídicas orientadas a perseguir la responsabilidad de los individuos que en forma consciente han sido parte de un delito o ilícito corporativo. Con todo, esta legislación resulta insuficiente, dado que no estudia en profundidad la persecución individual o incluso colectiva, en casos en los cuales la mala aplicación de políticas corporativas, protocolos entre departamentos, o la aplicación de respuestas automáticas a los problemas generalmente dentro de la corporación, son la base para una acción.

Este problema llega a ser aún más trascendental cuando las consecuencias de los procesos corporativos internos podrían dar lugar en un mal hacia los terceros, generados por la corporación, pero a su formación imposible sostener un solo agente responsable de su personal. Aún más, según la vista moderna de la responsabilidad corporativa, las acciones confiadas por un

miembro de la corporación dentro del alcance de sus facultades podrían ser la fuente de responsabilidad por esa organización.²

El derecho chileno ha tratado algunos de estos casos en forma aislada, mediante la disolución de ciertas personas jurídicas que pervierten su sentido en determinadas actuaciones; por ejemplo, asociaciones de consumidores que hayan presentado dos o más acciones consideradas como temerarias, corporaciones y fundaciones que hayan pervertido su misión, o personas jurídicas que han quebrantado en reiteradas oportunidades las normas de defensa de la competencia.

II. EL PROBLEMA DE LA ADJUDICACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN ILÍCITOS GENERADOS AL INTERIOR DE UNA EMPRESA

La solución que ha tomado el derecho hasta este momento es sancionar algunas de estas conductas, claramente tipificadas desde un doble punto de vista.

En primer lugar, aplicando sanciones pecuniarias a la corporación, acentuadas hasta llegar a su punto máximo con la promulgación de la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Y, en segundo lugar, con sanciones a sus directivos principales basadas en el deber de cuidado que dichos agentes deben observar en el cumplimiento de sus funciones.

Lo anterior puede sonar razonable desde una perspectiva legalista basada en un derecho comercial tradicional, e incluso estático. Pero debemos comprender que en la realidad las personas jurídicas no generan su voluntad basadas en las decisiones de un solo individuo, quien, tras un proceso de razonamiento clásico, define sus acciones a seguir. Muy por el contrario, la regla general es que las personas jurídicas respondan a ciertos estímulos de acuerdo con respuestas previamente confeccionadas para situaciones análogas, de manera maquinal, y sin la participación necesaria de instrucciones directas de gerentes generales, administradores, o incluso, directores de departamento.

² Weissmann, Andrew y Newman, David, "Rethinking criminal corporate liability", *Indiana Law Journal*, vol. 82, Issue 2, enero 2007, http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1355&context=ilj&seiredir=1&referer=http%3A%2F%2Fscholar.google.cl%2Fscholar_url%3Fhl%3Des%26q%3Dhttp%3A%2F%2Fwww.repository.law.indiana.edu%2Fcgi%2Fviewcontent.cgi%253Farticle%253D1355%2526context%253Dilj%26sa%3DX%26scisig%3DAAGBfm3cL8Q0FagCizuoHkBSU4WUj3kdLA%26oi%3Dscolar%26ei%3DPYqOU5C1MIqhkQfp44HQDg%26ved%3D0CC0QgAMoADAA#search=%22http%3A%2F%2Fwww.repository.law.indiana.edu%2Fcgi%2Fviewcontent.cgi%3Farticle%3D1355%26context%3Dilj%22

III. EL PROBLEMA DE LA GENERACIÓN DE RESPONSABILIDAD COLECTIVA EN LAS EMPRESAS

Si es que deseamos comprender este problema desde el punto de vista de la gestación de estas decisiones, necesitamos entender su origen en la teoría organizacional de la administración empresarial y no en las normas que intentan regular los resultados dañosos de este tipo de procesos desconociendo los pilares de la gestación decisional cuestionable.

Cuando intentamos repasar los pasos en la generación de la toma de la decisión que generó los resultados dañosos, por regla general no encontraremos la voluntad de un individuo como causa del daño generado, sino que una respuesta predeterminada por la empresa ante un estímulo diverso genera resultados dañosos. Para comprender esta propuesta resulta necesario explicar algunas particularidades sobre el proceso de toma de decisiones en las empresas.

IV. EL DILEMA DE LA GENERACIÓN DE DECISIONES AL INTERIOR DE UNA PERSONA JURÍDICA

Desde el punto de vista del derecho, tendemos a asumir que las decisiones de las personas jurídicas son producidas de manera similar a las decisiones de las personas naturales. De tal manera, legislamos, analizamos y dictaminamos sobre las consecuencias de sus actos partiendo desde la premisa de que las decisiones de una organización son indivisibles, al igual que las emanadas de un individuo de la especie humana. Esta premisa es errónea.

Como bien nos instruye el derecho civil, debemos entender las palabras de una ciencia o arte desde el significado que le es dado por dicha ciencia o arte; de la misma forma, los procesos deberán ser comprendidos desde la inteligencia de los estudiosos de dicho problema. En este caso, desde la perspectiva de la administración de empresas.

En tal sentido, las decisiones de las empresas son programadas de acuerdo con una secuencia lógica de actuaciones menores, todas las cuales pueden desencadenar en un resultado ilícito, o, al menos, dañoso para terceros. Es así como las actividades de las empresas son programadas en virtud de una secuenciación de actos, entendiendo por “secuenciar” “el proceso de decidir en qué orden (o secuencia) se llevarán a cabo las actividades”.³

³ Amaru, Antonio, *Fundamentos de administración. Teoría general y proceso administrativo*, México, Pearson, 2009, p. 201.

Las decisiones dentro de una empresa pueden clasificarse en decisiones programadas y no programadas. Por la primera entendemos “aquella que se aplica a problemas estructurados o rutinarios”,⁴ de tal manera que la organización ha generado una respuesta automática que se aplica como protocolo de actuación cada vez que la entidad se ve enfrentada ante un estímulo considerado análogo por el factor de comercio que encabeza el departamento sometido a dicho estímulo.

La decisión no programada, por su parte, “se aplica a situaciones no estructuradas, novedosas y vagamente definidas de naturaleza no concurrente”.⁵ En esta ocasión el factor de comercio que está a cargo de la operación ha sido capaz de identificar un estímulo distinto, que se ubica fuera de los protocolos esperados de su actividad, y actúa en concordancia con dicho conocimiento.

El problema surge cuando un individuo aplica una decisión programada a un estímulo distinto a aquel que generó la creación de dicha respuesta; por ejemplo, en una obra en la cual se construye un edificio las normas de seguridad impuestas por el departamento de prevención de riesgos toman en consideración las condiciones que les han sido informadas sobre los riesgos, y sus propios cálculos. Pero si es que las circunstancias cambian, por ejemplo, se ha considerado que la obra se realizará en verano, pero por razones del cambio climático comienza a llover en pleno febrero, y a causa del agua (que no fue considerada en los cálculos por ser una anomalía) se genera un accidente al aplicar el protocolo proyectado de prevención. ¿Será el gerente general responsable personalmente por el error?

V. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS AGENTES DIRECTIVOS DE LA EMPRESA

Hasta ahora ha indicado la doctrina que asumir la responsabilidad de los agentes directivos de una sociedad en virtud del deber de diligencia o cuidado es suficiente, entendiendo que tal carga implica una supervisión estrecha de los actos de sus subordinados. Pero en estos casos tal cuidado resulta rayar en el absurdo, dado que para cumplir con dichos parámetros sería necesaria una supervigilancia total de la ejecución de los protocolos de la compañía por cada uno de los trabajadores de la misma, lo cual excede con creces las funciones de la alta gerencia.

⁴ Koontz, Harold y Wehrich, Heinz, *Administración: una perspectiva global*, 12a. ed., México, MacGraw-Hill, 2004, p. 199.

⁵ *Idem.*

El deber de cuidado se limita a la formulación de las decisiones en términos adecuados, en ningún caso a la supervisión total de los casos para los cuales los procedimientos de la empresa serán utilizados; dicha calificación corresponde al factor de comercio encargado del departamento específico enfrentado a la implementación de la decisión.

En tal sentido, vengo en sostener que se hace necesaria la creación de un sistema estructurado de normas que asegure la responsabilidad de los agentes encargados de la dirección empresarial, más allá del simple deber de cuidado, dado que enfrentados ante el caso concreto, la obligación abstracta implica una gran dificultad de prueba en sede criminal debido a la ausencia de dolo o culpa de los gerentes en el tipo de ilícitos que llaman nuestra atención.

Dicho sistema normativo debiera cubrir la diligencia aplicada por los agentes directivos de la sociedad, incluso fomentando la aplicación de doctrinas extranjeras llamadas a terminar con el muro de limitación de responsabilidad de los dueños de las empresas, tales como la perforación del velo corporativo o la doctrina *ultra vires*, del derecho anglosajón.⁶

En la primera se permite accionar directamente contra los dueños de una empresa, cuando se dan ciertas circunstancias, como el haber confundido los patrimonios de los dueños y de la sociedad, o los actos desarrollados por la empresa en contravención a la separación patrimonial han aprovechado al dueño generando un enriquecimiento sin causa. En el caso del derecho chileno, podemos observar un reconocimiento tácito a esta doctrina en los casos de quiebre de la limitación de responsabilidad respecto de los dueños de una empresa individual de responsabilidad limitada, donde se permite acceder judicialmente al patrimonio del titular de la empresa individual cuando sea posible probar que le ha aprovechado la transacción dañosa en forma personal, aprovechándose del manto de protección que le presta la persona jurídica para defraudar a los acreedores.

La doctrina *ultra vires*, por su parte, permite a los tribunales de justicia poner término a la personalidad jurídica de una organización cuando es posible probar que dicha sociedad se ha instrumentalizado para quebrantar la normativa vigente.

Por otra parte, siguiendo a Mansdöfer, es posible configurar la causa criminal y la convicción para esta clase de males, incluso sin reconocimiento

⁶ Reyes Villamizar, Francisco, *Derecho societario en Estados Unidos. Introducción comparada*, 3a. ed., Bogotá, Legis, 1999, p. 164.

de actividad del agente responsable.⁷ En los últimos años se han aplicado en el derecho comparado instituciones tales como la adjudicación de daños punitivos o reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, alcanzando un nuevo criterio de generación de responsabilidad: las empresas se entienden unidas hacia su comunidad por una relación jurídica profunda, basada en un velo intangible de responsabilidad invisible, la cual surge a la luz por el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas.

Este deber de responsabilidad social se convierte en la contrapartida al derecho a emprender, y obliga a consorcios multinacionales a actuar no sólo en forma ética, sino a hacerse responsables por resultados dañosos generados en los territorios en los que se ubican sus fábricas, incluso cuando las consecuencias se han originado en accidentes no imputables a la organización.

VI. CUESTIONAMIENTOS A LA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN NORMATIVA ANTES PLANTEADA

Desde un punto de vista tradicional, existen varios argumentos que podrían discutir la propuesta antes planteada, basados en los estándares clásicos de una investigación no interdisciplinaria generada desde la perspectiva unidireccional del derecho.

En primer lugar, es bien sabido que las corporaciones son las personas jurídicas que carecen de una voluntad respecto de sus propios actos, los cuales no suelen ser más que la consecuencia de las decisiones tomadas por personas naturales involucradas en la organización. Pero en aquellos casos en los cuales es la gerencia la que ha utilizado la figura de la persona jurídica para un propósito criminal, debe ser la que descubre la responsabilidad entera de cualquier infracción de la ley, o de cualesquiera consecuencias del ilícito.

Lo anterior, si bien es correcto desde el punto de vista de la teoría tradicional de imputación de responsabilidad en el derecho, no soluciona el problema en el cual la sociedad misma es utilizada por sus directivos como herramienta para la comisión de actos fraudulentos.

Una solución hacia este problema podría ser procesar únicamente a los miembros de la gerencia de la empresa formalizada penalmente; pero si miramos más cercano al problema, no se logrará erradicar el problema mediante esta acción, puesto que el otro miembro de la organización cri-

⁷ Mansdörfer, Marco, “Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas de grupo”, *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, abril de 2007, p. 7, www.indret.com.

minal puede comenzar a funcionar el mismo negocio, continuando con las actividades ilícitas.

Por ejemplo, en el caso del incumplimiento reiterado de ilícitos de libre competencia, es posible sancionar a la organización con multas, incluso reiterativas. Pero el Decreto Ley 211, de Defensa de la Libre Competencia, que reconoce la instrumentalización de la que pueden ser objeto los entes societarios, autoriza la disolución de las sociedades que reiteradamente hayan sido utilizadas en los ilícitos que sanciona.

Si podemos interpretar la ley en otros casos, considerando a la organización, no como el individuo generador del daño, sino como la herramienta utilizada para la comisión de la infracción, podría ser posible utilizar la doctrina *ultra vires*, para poner fin al instrumento mismo, sin importar las acciones jurídicas contra los individuos detenidos obligados para la actividad criminal o los resultados dañosos.

En segundo lugar, es posible sostener que una corporación no se puede considerar responsable por actos desarrollados por un solo empleado aplicando la lógica de un estándar individual de responsabilidad.

En mi opinión, este argumento no es válido, en atención a la infinidad de casos en el derecho nacional y comparado en los cuales la empresa es llamada a indemnizar los perjuicios causados por actuaciones individuales dentro de su organización. Se considera que la sociedad es llamada a indemnizar los perjuicios generados por sus dependientes basados en la responsabilidad de haber contratado a individuos que han generado un resultado dañoso, puesto que están bajo alcance de la vigilancia de la gerencia corporativa.

En tercer término, y según una visión conservadora del derecho penal, no puede haber un castigo predeterminado para un agente que no ha realizado una conducta con dolo o culpa; es decir, al menos con el potencial conocimiento de los daños que pudieran generarse, desestimando dichos riesgos y perseverando en la conducta que produce los resultados dañosos. O al menos, ignorancia de las consecuencias de sus actos debiendo conocerlas.

Está claro, bajo principios tradicionales del derecho penal, cuando un ente colectivo produce un mal, la responsabilidad criminal es reducida a los individuos que participaron en el hecho injusto. En estos casos la aplicación de esta lógica no es posible, dado que todos los individuos participaron en pequeñas decisiones que aisladamente no podrían detonar la aplicación de la normativa criminal, pero que puestos en su conjunto han dado origen a un accidente del trabajo con resultado de lesiones, por ejemplo.

Bajo estas condiciones, ninguno de los individuos tiene plena conciencia de haber creado las circunstancias idóneas para el resultado dañoso sin mediar culpa ni dolo, pero la suma de todas las acciones de los participantes

genera el resultado adverso. Por ejemplo, un procedimiento mal elaborado de la gestión de desechos podría terminar para arriba en un peligro para el medio ambiente, originado por una reducción de personal definida por el departamento de recursos humanos sin información adecuada solicitada a la gerencia de operaciones. Lo anterior genera un ilícito que acarreará la responsabilidad de la sociedad, pero aun cuando los daños producidos califiquen como suficientes para ser categorizables como crimen, esta negligencia no originará un hecho punible, por no haberse cometido con dolo.

Este problema ha sido resuelto en el derecho norteamericano mediante la aplicación de la responsabilidad extracontractual en materia de daños punitivos, tras la aplicación de los parámetros de causalidad “NESS” cada vez que una empresa ha participado, aunque sea en parte para la generación de una consecuencia dañina a terceros, es considerada responsable por el porcentaje de daños punitivos que el tribunal asigne respecto del caso concreto. Es decir, si dos empresas participaron en un derramamiento de desechos hacia un lago en un cincuenta por ciento, cada una de ellas estará obligada a pagar la mitad de los daños que el tribunal determine.

De tal manera, la intencionalidad de las sociedades involucradas, como así la autosuficiencia de sus actos para la generación del daño, son irrelevantes. Sólo importa la reparación a terceros a través de los tribunales de justicia, como pilar del sistema.

El problema surge cuando estamos enfrentados a la responsabilidad individual o colectiva de las personas naturales involucradas en estos ilícitos, dado que nos encontramos con una voluntad o participación incompleta para la persecución del ilícito.

Los actores no han actuado concertadamente para la generación del resultado dañoso, sino que cada uno ha aplicado las respuestas programadas por la compañía para estímulos previamente revisados en la proyección de dichas respuestas, errando en el diagnóstico de la nueva situación. O, como en el caso de varias empresas que confluyen en el origen de un desastre medioambiental, desconociendo la actuación de otros actores relevantes en el mismo ámbito territorial.

Sin la participación de todos los actores involucrados, el resultado probablemente no se hubiera llevado a cabo, pero no contamos con un acto voluntario que busque dichas consecuencias. Este cuestionamiento tiende a solucionarse mediante la aplicación de las normas de responsabilidad criminal por omisión, identificando a la gerencia media o superior como responsable por la falta de cuidado en el resultado de la actividad económica. Pero este tipo de acciones tienen dificultades prácticas de prosperar en definitiva, porque los hechos tienden a constatar que las exigencias al deber de cuida-

do en estos casos, a menos que la negligencia haya sido evidente, excede el cuidado que el derecho exige a una persona razonable.

Si aplicáramos un principio absoluto de responsabilidad de los intervinientes en el acto cuyas consecuencias dañosas debemos investigar, caeríamos en el absurdo de que la gerencia sería responsable por cada uno de los efectos generados por las acciones de la organización, y que cada empleado pudiera ser considerado responsable por negligencia basado en actuaciones contenidas dentro de la esfera de sus atribuciones que hubieren desembocado en un acto dañoso grave. Por ejemplo, generando responsabilidad criminal en contra de todos los capataces que, en su turno de vigilancia ocurriera un accidente laboral con resultado de lesión o muerte.

La participación individual en el acto ilícito ayudará solamente a identificar la participación de los agentes en los hechos, pero, a su vez, es el enfoque con el que estos casos se investigan, privilegiando la búsqueda de responsabilidades individuales antes que errores en la aplicación de protocolos internos.

De acuerdo con los principios imperantes en nuestra legislación hoy, no es posible encontrar responsabilidad criminal respecto de un agente que produce el daño como el resultado de la aplicación de un proceso interno de la organización.

VII. POR QUÉ RESULTA NECESARIO ABORDAR LA APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DE CORPORACIONES

Es necesario comprender que dentro de la importancia que se asigna en nuestro sistema económico a las empresas éstas han concentrado grandes niveles de influencia en los siglos pasados, influencia que implica ventajas y desventajas para la sociedad en la que se encuentran insertas.

Una de las desventajas que destaca claramente en este punto es la potencialidad de convertir a la organización en un riesgo para el público en general, en la búsqueda de una generación de riqueza más allá de los puntos de sustentabilidad recomendados por los especialistas.⁸

Este trabajo busca minimizar dicho riesgo desincentivando a directivos y gerentes de las empresas a ignorar riesgos ciertos o potenciales con miras a una ganancia rápida, de tal manera que se vean alentados a tomar precauciones que prevengan una perversión al interior de la persona jurídica.

⁸ Mansdörfer, Marco, *op. cit.*, nota 7, p. 7.

Asimismo, evita la instrumentalización de la persona jurídica para la comisión de ilícitos corporativos.

Siguiendo a Mansdörfer, es necesario exigir de un individuo un comportamiento que, por un lado, haga posible asegurar las ventajas del trabajo colectivo, y, por otro lado, prevenga los riesgos dentro de las acciones colectivas.⁹

En la ubicación de la responsabilidad por actuaciones colectivas al interior de la empresa, tendemos a encontrar el problema del bien común; ningún individuo asume responsabilidad personal por la actuación ni por el origen de la decisión dañosa.

Otro punto a considerar, en mi opinión, es el absurdo de intentar congelar el derecho penal corporativo en el tiempo, restringiendo las consecuencias a actuaciones antijurídicas a los actores individuales, y no a las entidades que han servido de marco para las actuaciones ilícitas. Debemos incorporar el conocimiento de otras áreas cercanas al derecho para desarrollar y apoyar la determinación de la responsabilidad de las empresas.

Dentro de estas ideas, se ha planteado que las organizaciones generan sus propias respuestas a estímulos externos, y que éstas podrían ser el origen de ilícitos y daños, por sí mismas, sin la intervención de un individuo particular, o aún peor, pudieran ser utilizadas por los individuos para blindar su propia responsabilidad.

Es posible en principio identificar dos maneras de implicar a una sociedad en una conducta dañosa. Primero, como instrumento para el crimen; es decir, una simple herramienta, que opera como un elemento facilitador del daño.

Y, en segundo lugar, como el agente principal del ilícito, cuando el daño es resultado de sus procesos administrativos internos. Bajo este parámetro, no resulta posible aplicar los principios entregados por el derecho comercial para analizar las actuaciones de la organización, sino que debemos utilizar los estudios de la administración de empresas como herramienta complementaria a fin de dilucidar los hechos que generaron las consecuencias investigadas.

En tal sentido, será posible determinar qué errores en la transmisión de la información entre departamentos de la organización, o estímulos diversos a los planteados en los protocolos internos de la entidad, han sido las causas directas para el ilícito que estamos investigando, el que fue el resultado natural que viene a reemplazar al deseado y previsto por los individuos pertenecientes a la entidad.

⁹ *Ibidem*, p. 10.

Este problema ha sido resuelto por la legislación australiana, que ha optado por la promulgación de leyes que imponen multas a corporaciones bajo el concepto de “mala conducta corporativa”, como manera de solucionar este problema.¹⁰ Es así como se genera un incentivo económico claro para invertir sumas mayores en prevención de errores procedimentales internos, con la finalidad de evitar el pago de multas millonarias a beneficio fiscal.

1. *La corporación como instrumento para el crimen*

Ésta es la hipótesis que ha sido considerada por el derecho chileno a través de la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (20.393), que se enfoca principalmente a los delitos de lavado de dinero, estafa y corrupción.

En este caso la entidad se ha convertido en una herramienta facilitadora del ilícito, y el germen de corrupción es parte de la entidad, fijándose en sus procedimientos internos, convirtiéndose en su verdadera misión. Los individuos partícipes en las conductas ilícitas resultan indiferentes en su gran mayoría para las acciones de la organización, dado que al ser atrapados son fácilmente reemplazados por la dirección de la operación.

Lo anterior explica el enfoque internacional para la lucha en contra de este tipo de estrategias criminales, imponiendo a través de tratados internacionales, formas globales de combate para coordinar a los gobiernos locales contra estas organizaciones criminales. Buscando como meta la eliminación del soborno, del terrorismo, del lavado de dinero y de la corrupción, en instrumentos tales como la Convención sobre el Soborno de Lucha de Funcionarios Extranjeros en Transacciones de Negocio Internacionales,¹¹ la Convención contra la Corrupción,¹² la Convención de la OCDE de la Nación Unida contra el Crimen Organizado Transnacional, suscrito en Nueva York el 2000.¹³

Este tipo de ilícitos se han regulado especialmente en ciertas legislaciones nacionales, como es el caso de la normativa federal norteamericana, la cual impone que si las utilidades de un crimen realizado por un miembro de una empresa benefician a la entidad, aunque sea en forma parcial, la em-

¹⁰ Hill, Jennifer, “Corporate criminal liability in Australia: An evolving corporate governance technique”, *Journal Business of Law*, Vanderbilt Law School, Series 03-10, 2003, p. 5. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=429220

¹¹ Véase <http://www.oecd.org/dataoecd/4/18/38028044.pdf>.

¹² Véase http://treaties.un.org/doc/source/RecentTexts/Corruption_E.pdf.

¹³ Véase <http://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume//20XVIII/XVIII-12.en.pdf>.

presa es responsable por dicho ilícito.¹⁴ Uno de los casos de común ocurrencia en la generación de este tipo de responsabilidad está dado por la política de sobornar a oficiales gubernamentales de países en vías de desarrollo para la adjudicación de licitaciones públicas.¹⁵

2. *La corporación como proceso defectuoso que genera mala conducta corporativa*

Es una realidad que resulta imposible el analizar la generación de la voluntad de las personas jurídicas bajo los mismos parámetros de las personas naturales, entendiendo que debemos realizar este estudio desde un enfoque interdisciplinario con la administración de empresas.

Desde este acercamiento al problema, podemos generar incentivos legales que incorporando la consideración de esta realidad lleven a las empresas a mejorar sustancialmente el proceso de origen de respuestas programadas, con el establecimiento de controles reales en la organización que prevengan resultados dañosos, probablemente a través de la imposición de multas a beneficio fiscal que impliquen un castigo efectivo promoviendo la prevención de consecuencias no deseadas por la autoridad.

En lugar de la relación de actos aplicada en la actualidad, en la que los departamentos de la empresa utilizan procedimientos preexistentes, basados en los protocolos originados en virtud de hechos diversos como respuesta para un nuevo problema, dando origen a una nueva consecuencia, que puede ser un ilícito.

Si seguimos el estándar tradicional de la responsabilidad criminal que permitiremos que la corporación ponga distancia entre el mal y los resultados de ese acto ilegal, usando agentes empoderados del deber fiduciario de cuidado como escudos entre la empresa y el Estado. Solución que en mi opinión es incorrecta. Es verdad que la gerencia general debe ser responsabilizada por sus acciones u omisiones, pero no para proteger a la persona jurídica de su falta de cuidado.

Cuando el resultado ilícito es una consecuencia directa de una carencia del control dentro de la corporación en sí mismo, corresponde la aplicación de las normas del deber de cuidado de los gerentes o directivos principales. Se les garantiza a las empresas la libertad de desarrollar actividades empresariales, en el entendido de que ellas participan en la sociedad como generadoras de bienestar. Con todo, estos problemas de información cuestionan el

¹⁴ Véase <http://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume/Chapter/XVIII-12.en.pdf>

¹⁵ Weismann, Andrew y Newman, David, *op. cit.*, nota 2, p. 2.

uso de dicha libertad, obligando a las entidades gubernamentales a generar mecanismos de control que prevengan resultados dañosos, como los antes indicados.¹⁶

VIII. CONCLUSIÓN

Si bien es cierto que es difícil abordar la dimensión del problema en el enfoque tradicional del análisis de la determinación de la responsabilidad de las personas jurídicas, es interesante intentar plantear el grado de madurez que las organizaciones han desarrollado durante las décadas pasadas, particularmente en el proceso de generación de procedimientos en la toma de decisiones.

Es la intervención de dicho proceso, mediante la creación de incentivos para un mayor cuidado en su origen y aplicación, a través de las gerencias, como se podría satisfacer el principio de autonomía e independencia empresarial, por una parte, y cautelar el bienestar general, por la otra.

Sin embargo, resulta necesario que los especialistas del derecho penal revisen las inquietudes planteadas en este trabajo al evaluar la responsabilidad de los empleados que actúan en situaciones dañosas sin dolo o culpa aparente.

Para la doctrina alemana y española, es necesario establecer la responsabilidad de los agentes de la organización como incentivo necesario para disuadir en profundidad a las empresas, con la finalidad de prevenir resultados dañosos. Para autores estadounidenses, es preferible usar el criterio jurisdiccional mediante la imposición de daños punitivos a favor de los particulares afectados cuando los resultados se hayan originado, antes de forzar responsabilidades individuales.

En mi opinión, el sistema australiano pudiera ser más compatible con nuestra visión sancionatoria en lo referente a la organización misma. Ya se ha probado que la imposición de multas es preferida por el Congreso Nacional. Otras opciones que se pueden explorar como sanciones alternativas son la disolución de las personas jurídicas, la descalificación de contratos gubernamentales, la publicidad adversa, la libertad condicional corporativa y daños punitivos.¹⁷

Respecto de los agentes individuales involucrados, resultaría interesante explorar una legislación que analice la responsabilidad penal de los factores de comercio con una visión más pormenorizada del deber de cuidado antes

¹⁶ Mansdörfer, Marco, *op. cit.*, nota 7, p. 5.

¹⁷ Hill, Jennifer, *op. cit.*, nota 10, p. 6.

que la aplicación de normas generales que no fueron diseñadas para este tipo de conflictos.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- AMARU MAXIMIANO, Antonio César, *Fundamentos de administración. Teoría general y proceso administrativo*, México, Pearson, 2009.
- GÓMEZ-JARA Díez, Carlos, “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, Santiago, artículos RECPC 08-05 de 2006, <http://criminol.ugr.es/recpc>.
- GREEN, Christopher, “Punishing corporations: The Food-Chain Schizophrenia in Punitive Damages and Criminal Law”, *Nebraska Law Review*, vol. 84, Issue 1, enero 2008. [Http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1016&context=nlr](http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1016&context=nlr)
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas”, *La Ley*, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, Buenos Aires, núm. 40, 2009.
- HILL, Jennifer, “Corporate criminal liability in Australia: An evolving corporate governance technique”, *Journal Business of law*, Vanderbilt Law School, Series 03-10, 2003. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=429220
- KOONTZ, Harold y WEHRICH, Heinz, *Administración: una perspectiva global*, 12a. ed., México, McGraw-Hill, 2004.
- MANSDÖRFER, Marco, “Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas de grupo”, *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, abril de 2007, www.indret.com.
- REYES VILLAMIZAR, Francisco, *Derecho societario en Estados Unidos. Introducción comparada*, 3a. ed., Bogotá, Legis, 1999.
- WEISSMANN, Andrew y NEWMAN, David, “Rethinking criminal corporate liability”, *Indiana Law Journal*, USA, volume 82, Issue 2, enero 2007, http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1355&context=ilj&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fscholar.google.cl%2Fscholar_url%3Fhl%3Des%26q%3Dhttp%3A%2F%2Fwww.repository.law.indiana.edu%2Fcgi%2Fviewcontent.cgi%253Farticle%253D1355%2526context%253Dilj%26sa%3DX%26scisig%3DAAGBfm3cL8Q0FAgCizuoHkBSU4WUj3kdLA%26oi%3Dscholarr%26ei%3DPYqOUcC1MIqhkQfp44HQDg%26ved%3D0

CC0QgAMoADAA#search=%22http%3A%2F%2Fwww.repository.law.indiana.edu%2Fcgi%2Fviewcontent.cgi%3Farticle%3D1355%26context%3Dilj%22

WRIGHT, Richard, "Once more into the Bramble Bush: Duty, Causal Contribution, and the extent of legal responsibility". *Vanderbilt Law Review*, vol. 54, núm. 3, enero 2001, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=254875