

Actualidad penal: una vez más sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica

Rebeca Elizabeth Contreras López*

Los temas actuales del derecho penal se insertan en escenarios globales y complejos. La referencia a la responsabilidad penal de la persona jurídica no podía ser la excepción, se trata de un tema que pone en entredicho los paradigmas tradicionales de la dogmática penal y en el que la autora nos muestra diferentes posibilidades de solución...

En 1997 asistí a unos cursos de Derecho penal en la Universidad de Salamanca, España; fue ahí donde surgió la idea de realizar un estudio acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Llamó mi atención la negativa rotunda a discutir la posibilidad de que la persona jurídica fuera penalmente responsable, *no podía ser sujeto activo del delito (punto)*. Por ese entonces, España estrenaba un Código penal en el que se establecen consecuencias accesorias para las personas colectivas. Ahora, en los años de 2002-2003, he sido acogida por la Universidad de Granada, España y me encuentro con un panorama diferente, el tema es de una actualidad indiscutible, no sólo por la recomendación de la Unión Europea R(88) 18, sino por la necesidad político criminal de punir a las personas jurídicas(Contreras:2000a:93).

La Universidad de Alicante organizó, el 7 y 8 de noviembre del 2002, unas jornadas para discutir este tema, a la que asistieron importantes juristas como: la profesora Silvina Bacigalupo, los profesores Zugaldía y Jäkobs, entre otros. La discusión sigue siendo la que he planteado en su momento: responsabilizar (o no) penalmente a la persona jurídica; lo interesante es que España y Alemania están presentes en la discusión. Una discusión que tiene diversas vertientes: por un lado, elaborar toda una dogmática penal exclusiva para las personas jurídicas (ese derecho penal de dos velocidades de que habla Silva), y, por otro lado, fortalecer la responsabilidad administrativa de las mismas. El punto de acuerdo es que no podemos sustraernos a la necesidad de plantear soluciones en este debate.

Es indiscutible que el principio *societas delinquere non potest*, hoy, más que nunca, está en entredicho. La necesidad político criminal es evidente, la ola generalizada de delitos económicos y societarios a nivel mundial, es uno de los mayores motores en esta discusión**.

* Investigadora de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, es además investigadora nacional. Actualmente realiza un postdoctorado en la Universidad de Granada, España. Autora del libro: *La persona jurídica a la luz del Derecho penal (un estudio de la responsabilidad penal colectiva)*, Universidad de Xalapa, México, 2000, 169 p.

** El Instituto Max Planck de Friburgo realizó un estudio que arrojó como resultado que el 80% de los delitos cometidos en los últimos tiempos en Alemania se realizaron en el seno de una empresa. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, p.79.

Silvina Bacigalupo parte de una hipótesis por demás interesante y es que se pregunta por la naturaleza del sujeto que puede ser punible en el derecho penal. Afirma que no se trata tanto de establecer si los conceptos dogmáticos del delito son aplicables a la persona jurídica; sino más bien analizar si la persona jurídica es *sujeto de derecho penal*, indica:

...El círculo vicioso de la argumentación tradicional es claro: las categorías de la acción y la culpabilidad se elaboran adecuadas a un sujeto individual; luego, se excluye todo otro sujeto posible porque esas categorías no le son aplicables. (...) se trata de analizar, ante todo, cómo está concebido el sujeto y lo que el mundo exterior significa para ese sujeto, así como cuándo la configuración del mundo exterior puede ser relacionada (imputada) con el mismo. (Bacigalupo:1998:32)

Se apoya en las ideas de Jäkobs y Luhmann, entre otros, para realizar su análisis. Y siguiendo a Zugaldía afirma que “la reinterpretación de la idea del sujeto conlleva la necesidad de revisar los conceptos tradicionales de acción (como comportamiento humano), de culpabilidad (como juicio biopsicológico) y de pena (como castigo retributivo de la culpabilidad)” (Bacigalupo:1998:35). Afirma que, *sujeto* no es el que produce el resultado, sino aquél que sea competente, es decir, quien tenga el *deber de*. Así, apuesta por la reformulación del concepto de sujeto en el Derecho penal para incorporar a la persona jurídica como sujeto responsable penalmente.

La profesora Bacigalupo señala que los conceptos prejurídicos de que parte el Derecho penal (hombre, derecho, sociedad y pena) ya no son suficientes para las explicaciones dogmáticas del delito. Ello conlleva que las categorías de acción, culpabilidad y pena sólo giren en torno al sujeto individual. Por tanto, la conclusión que propone es:

...que el paradigma jurídico penal basado en la idea del individuo como punto de partida de las explicaciones dogmáticas ha ingresado en una fase de cambio y se encuentra en una profunda crisis por no permitir explicar ni dar solución a las numerosas situaciones a las que el Derecho penal se debe enfrentar, como lo es la imputación de injustos por personas jurídicas. Estamos entrando muy probablemente en un paradigma en el que el punto de partida lo constituye antes la idea de sociedad, que la de individuo. (Bacigalupo:1998:354).

Apoyándose en el modelo de Luhmann afirma que se da un reemplazo de la razón práctica por la razón comunicativa, introduce una estructura funcional constituida por sistemas de comunicación, que modifica la idea de acción individual por formas de imputación dentro de sistemas autorreferentes y autoproductivos. El nuevo paradigma concibe a la sociedad, ya no como un conjunto de acciones específicas, sino sobre la base del suceso universal de la comunicación. Ahora, el sujeto es “el sujeto del sistema y sus

comunicaciones con el mundo circundante”. El progreso de la sociedad implica la diferenciación en distintos sistemas sociales, entre los cuales se encuentra el derecho. “Evidentemente, la sociedad presupone a los hombres y a las acciones humanas, pero éstos no son parte de la sociedad”, son sistemas autorreferentes, independientes. Los hombres no son parte de la sociedad, pertenecen a su entorno. (Bacigalupo:1998: 361-362)

En esta línea, Jakobs propone un funcionalismo jurídico, en el cual el Derecho penal se orienta a garantizar la identidad normativa; lo importante es la identidad de la sociedad reflejada en las normas y, no en la protección de los bienes jurídicos. (Contreras:2000b:204 p.)

Esto implica que el delito sólo se puede explicar desde un punto de vista comunicativo. El delito es una comunicación falsa. Un sujeto comunica una norma que en realidad no existe. Esta comunicación falsa es la que se debe imputar al sujeto competente. Ello conlleva, a su vez, que la función del Derecho penal sea el mantenimiento de la confianza en la norma. Desde este punto de vista, con la teoría de los sistemas comunicativos la pena ya no es un mal, porque lo que en definitiva pretende es dejar claro cuál es el contenido de la norma. (Bacigalupo:1998:362)

Bacigalupo sostiene que el sujeto del derecho penal debe ampliarse para dar cabida a la persona jurídica, sin por ello renunciar a los principios garantistas del Derecho penal, sino más bien para adecuarse a las nuevas condiciones de imputación del sistema complejo que conforma a la sociedad.

De nada sirve seguir persistiendo en el mantenimiento de viejos dogmas, si éstos no permiten ofrecer una solución a los conflictos sociales que el Derecho penal debe resolver en nuestra sociedad. (...) la ampliación de la idea del sujeto y el respeto de los principios del Estado de Derecho exigen también que se deba reconocer a la persona jurídica la titularidad de aquellos Derechos fundamentales que por su esencia puede ostentar... (Bacigalupo:1998:364).

En su tratado de Derecho penal, Roxin afirma que la “...acción es una conducta humana significativa en el mundo exterior, que es dominada o al menos dominable por la voluntad. Por tanto, no son acciones en sentido jurídico los efectos producidos por fuerzas naturales o por animales, pero tampoco los actos de una persona jurídica...” (Roxin: 1997:194). Es decir, el concepto de acción es un elemento límite en la teoría del delito, ya que de antemano excluye todo aquello que no es susceptible de enjuiciamiento jurídico penal como sucesos causados por animales o actos de personas jurídicas. Pese a todo, el propio Roxin ha planteado la necesidad de elaborar reglas especiales de imputación del hecho a la persona jurídica. (Zugaldía: 2002:432).

Por su parte, el profesor Zugaldía defiende la posibilidad de ampliar el ámbito de los sujetos del Derecho penal a las personas jurídicas, ya que ello constituye una necesidad político criminal de combate contra la delincuencia organizada en el ámbito del derecho penal económico. Afirma, por ejemplo, que la aplicación de penas a las personas jurídicas exige determinados criterios objetivos de imputación; como por ejemplo demostrar que “la persona física ha actuado en el seno de la persona jurídica y dentro de su marco estatuario,

que la acción de la persona física aparece en el contexto social como de la persona jurídica, que la persona física ha actuado en nombre e interés de la persona jurídica” (Zugaldía:2002:435).

Entre los autores que se inclinan a aceptar esta responsabilidad, se agrupan dos vertientes: por un lado, la posición de Jakobs, que afirma que las categorías dogmáticas del delito son igualmente válidas para personas físicas y jurídicas. La otra, más extendida, es aquella que establece la necesidad de crear categorías jurídicas *exclusivas* para personas jurídicas.

En esta línea se ha afirmado la capacidad de acción de las personas jurídicas en cuanto destinatarias de las normas jurídicas y capaces de producir los efectos exigidos por dichas normas; de ello se deduce, al mismo tiempo, que pueden ser autoras de una infracción, esto es, que pueden realizar <acciones> (contratos, adopción de acuerdos, etc.) que <se expresan> a través de las acciones de sus órganos y representantes, pero que son –al mismo tiempo– <acciones de la persona jurídica>. Paralelamente se ha afirmado la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas. No se trata de la culpabilidad bio-psicológica del órgano, sino una culpabilidad (orientada a categorías sociales y jurídicas) y que muy bien podría denominarse <culpabilidad por defecto de organización>. Desde este punto de vista, la persona jurídica se convierte en culpable cuando omite la adopción de las medidas de precaución que le son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad relativa al hecho de la empresa. (Zugaldía:2002:436).

Un hecho innegable es que cada vez más legislaciones aceptan la existencia de *delitos societarios* que se refieren a hechos punibles vinculados con la fundación y administración de sociedades. Así, en la legislación española bajo este rubro encontramos “...una serie de conductas punibles cometidas por los socios y los administradores de hecho o de derecho de las sociedades mercantiles, caracterizadas por llevarse a cabo en el ámbito de dichas sociedades y lesionar o poner en peligro el patrimonio individual de las mismas, de los socios o de terceros”. (Faraldo: 1996:40). Así que no es ocioso preocuparse por precisar los conceptos dogmáticos de estos tipos penales.

Sin duda, la elaboración de estos tipos penales obedece a una necesidad política criminal que no se encuentra exenta de dificultades, sobre todo en el ámbito de la responsabilidad de los sujetos colectivos y la tutela penal de bienes jurídicos también colectivos, pero a la vez difusos. Es decir, se trata de:

...diseñar mecanismos de control externos del funcionamiento de las sociedades, con el fin de prevenir y evitar perjuicios que los comportamientos al interior de las sociedades produzcan daños a una serie de intereses colectivos como: la competencia, el mercado, los consumidores, la Hacienda Pública, los trabajadores, el sistema financiero, el mercado bursátil, etc. No estamos pues ante intereses privados o de grupo, sino ante la tutela final de una serie de bienes colectivos o supraindividuales, que podrían sintetizarse en el concepto

general de sistema económico o mercado, pero que de ninguna manera es posible aprehender de manera unívoca. (Zúñiga:2000b:43)

Zúñiga Rodríguez, afirma que lo más conveniente es “conceptuar un sistema sancionatorio para las personas jurídicas, similar al sistema dogmático concebido para las personas naturales, de naturaleza penal o cuasi-penal, según los casos.” (Zúñiga: 2000a: 25) Propone así, un doble sistema de imputación:

a)mantener el de la responsabilidad individual, para sancionar a los sujetos que se aprovechen de la cobertura de la empresa para realizar delitos; b) diseñar un sistema de imputación análogo para las personas jurídicas, similar al ya existente en la UE para la libre competencia, en el caso que se presente un injusto de la empresa misma, es decir, que produzca una dañosidad social evitable y que ésta sea imputable a toda la organización.

Con esto se logran dos objetivos: primero, responder a las demandas político-criminales de persecución eficaz a la criminalidad de empresa y organizada; segundo, plantear una respuesta económica sin desbordar las garantías del sistema de responsabilidad penal que hoy conocemos para las personas individuales; sino más bien, construyendo un sistema paralelo que también respete las garantías de imputación (penal o administrativa) para las personas jurídicas. (Zúñiga: 2000a: 242)

El problema fundamental es que sigue siendo necesario llegar a acuerdos mínimos de cómo construir un sistema de imputación penal colectiva y no sólo en el ámbito de la dogmática penal, sino fundamentalmente en el de la política criminal para lograr los fines de prevención y protección de bienes jurídicos dentro de un estado de derecho.

En este sentido, existe una diversidad de posiciones respecto de cuál es el camino a seguir en este tema y los cambios son cada vez más vertiginosos. Klaus Tiedeman nos indica que dentro de los Estados miembros de la Unión Europea, los únicos que siguen rechazando la punibilidad de las personas jurídicas son España, Grecia, Alemania e Italia. Y, en estos dos últimos se observa un cambio de pensamiento hacia la responsabilidad criminal de las personas jurídicas para ciertos campos del derecho penal. Ahora la discusión se centra en decidir si debe ser una auténtica responsabilidad penal o una sanción penal-administrativa. Al respecto, la Jurisprudencia alemana ha establecido una importante línea de discusión, ya que:

...el Tribunal Supremo alemán parte de que en el ámbito económico no son los socios de las empresas, sino las propias empresas las que <actúan>, y el Tribunal Constitucional alemán desde hace varias décadas ha declarado en un <obiter dictum>, que de la Constitución se entiende, sin ningún obstáculo, la culpabilidad de las personas jurídicas y otras asociaciones de personas construida sobre la imputación de la culpabilidad de las personas naturales. Conocido es también que el Tribunal de Casación francés ha seguido dicho camino en la interpretación de las nuevas disposiciones penales francesas, después de que con anterioridad algunos Juzgados de Instancia –siguiendo el

modelo angloamericano- había partido, para los delitos imprudentes de la posibilidad de una culpabilidad propia de la persona jurídica. Esto último también es el punto de vista de quien suscribe, pues desde hace bastante tiempo defiende una imputación derivada, al lado de una imputación directa fundada en la culpabilidad propia de la empresa. Realmente, sin ninguna duda, como ha subrayado Miguel Bajo, la introducción de una responsabilidad criminal de las personas jurídicas va a suponer repensar toda la Parte General del Derecho Penal. Sin embargo, las categorías de acción y culpabilidad no plantean mayores dificultades de interpretación, como ha puesto de manifiesto la construcción francesa y también la antijuridicidad de la conducta de las personas jurídicas, puede interpretarse en base a las consideraciones del Derecho Civil... (Tiedemann: 2000: 16).

El también profesor alemán, Günter Heine explica que existen tres modelos básicos de responsabilidad penal de las empresas, que se sintetizan así: (Heine: 2001: 57 a 61)

A). Considerar el acto del órgano como acción incorrecta de la empresa, que se funda en la teoría clásica de la identificación: “una corporación debe ser identificada con las personas que de manera activa son responsables por ella”. Sin embargo, este modelo es aceptable para pequeñas empresas con una jerarquía lineal, en las que el máximo responsable conoce íntegramente la competencia y la información; sin embargo, ya no es adecuada para los grandes desarrollos de las empresas actuales con una diferenciación funcional y división de tareas estratégicas y operacionales.

B). Organización deficiente de la empresa, la responsabilidad se basa en un deber de vigilancia, no se trata de un comportamiento personal errado, sino de una *culpabilidad de organización* que se presenta por una ponderación equivocada de los riesgos empresariales. Para determinar el deber de cuidado no se establece en base a personas individuales, sino a la función y capacidad de la empresa. Así que, ...”ya no se trata más de la acción o del dolo/culpa de un miembro de la dirección, sino del dominio de la organización y de la culpa/dolo colectivo de la empresa, en tanto conjunto de varias personas.”

C). Principio de causalidad, se renuncia a la prueba de los errores personales; es suficiente comprobar la organización compleja de una empresa para imputarle, como causante, determinados desordenes sociales. Basada en la idea de la sociedad del riesgo, en la cual el Estado asume el peligro de la operación de las empresas pero, a la vez, establece límites a su instalación y operación para minimizar los riesgos. Cuando las empresas traspasan esos límites, estatalmente establecidos, se genera su responsabilidad. La crítica es que cada vez menos es posible establecer de manera clara cuáles son los límites del riesgo permitido.

En relación a Italia, Paliero afirma que el problema es examinado teóricamente y el debate inicial se centra en la interpretación del artículo 27, inciso 1 de la Constitución italiana que expresamente señala que “la responsabilidad penal es personal”; sin embargo, a la luz de una interpretación restringida, la doctrina italiana considera que ello se refiere sólo a la prohibición de la responsabilidad por el hecho de otro, pero no a la posibilidad de la responsabilidad de las agrupaciones.

...recientemente, se insiste como <la voluntad de la sociedad no es un mito ni una ficción, sino una realidad concreta>. Esta voluntad se manifiesta en todo momento de la vida de la agrupación, desde las deliberaciones, de la administración a la dirección. Y esta voluntad colectiva puede cometer delitos como la voluntad individual: en conclusión, también las agrupaciones pueden obrar con dolo o culpa, fenómeno psíquico típico de las personas naturales. Salvo, evidentemente, con las diferencias de orden natural. (Paliero: 2001: 119)

En el derecho positivo francés se establecen dos vías: una responsabilidad indirecta de la persona colectiva, en este caso la agrupación no es sometida a proceso, sino únicamente condenada a pagar una multa. La otra es una responsabilidad penal directa de la persona jurídica, que fue incorporada definitivamente en el Código penal francés de 1994. Así el artículo 121-2 establece que “Las personas morales, con exclusión del Estado, son responsables penalmente...”. Los límites a esta imputación es que debe tratarse de agrupaciones con personalidad jurídica propia y que, expresamente se excluye al Estado.

Pese a todo siguen siendo importantes las discusiones en el ámbito dogmático y en la interpretación y aplicación de los preceptos legales, pues uno de los aspectos básicos de la responsabilidad colectiva es el elemento moral. Al respecto existen dos tendencias en Francia:

...de un lado, el elemento moral de la infracción (dolo o intención, culpa o negligencia) sólo es concebido en relación a una persona física, la misma que es la única capaz de un comportamiento reprochable. De modo que la persona jurídica es considerada incapaz de intención o culpa y, por tanto, sólo puede ser considerada responsable indirectamente (*par reflet ou par ricochet*). De otro lado, se estima, por el contrario, que la persona jurídica, por tener una vida propia, puede actuar ella misma con culpa, aún con dolo, distintos de la culpa o del dolo (elemento moral) de las personas físicas. (Pradel: 2001: 146).

En general, en Francia se plantea en la legislación una imputación directa de la persona colectiva, pero a nivel de interpretación, jurisprudencia y doctrina se sustenta una responsabilidad indirecta de la persona colectiva a partir de la cual, el dolo o la culpa, deben apreciarse en la persona de los individuos que conforman la colectividad.

Reflexión final:

Los temas que hoy se discuten, sin duda, se insertan en los escenarios complejos, globales, de las sociedades actuales. Podemos tomar posición en torno a cuál es la mejor manera de enfrentar la problemática de la imputación penal de las personas jurídicas, lo que ya no se puede hacer es cerrar los ojos ante esta discusión.

- Un primer punto en este tema es establecer si el derecho penal es la vía idónea para enfrentar este problema; aquí, como ya lo he dicho en otra ocasión, las decisiones de política criminal nos han rebasado y cada vez más son las legislaciones que admiten la responsabilidad de las personas colectivas.

- Dentro del derecho penal existen dos vertientes: una, tratar de adaptar las categorías dogmáticas tradicionales a la imputación colectiva. Otra, elaborar un sistema de imputación específicamente para los entes colectivos. Las dos posibilidades, sin duda, implican un replanteamiento de los paradigmas tradicionales que han existido en el derecho penal.
- En este sentido, las posiciones aquí señaladas nos brindan puntos de reflexión ineludibles. La propuesta de que el análisis parta del sujeto de derecho penal nos muestra cómo en las raíces puede estar la solución. El buscar un sistema paralelo para entes colectivos sin menoscabo de las garantías penales, es también otra posibilidad.
- Por otro lado, en el tema de la responsabilidad penal colectiva es imprescindible precisar los aspectos fundamentales de dicha responsabilidad, como por ejemplo, lo relativo al dolo y la culpa, para establecer si se trata de una responsabilidad directa de la persona jurídica o, por el contrario, es una responsabilidad indirecta en la cual el dolo o la culpa es del sujeto individual, sólo que actuando en el seno de la agrupación. Me parece que lo más adecuado es esta segunda posibilidad que deberá completarse con la referencia a que, sin duda, la persona colectiva es sujeto de derecho penal.

BIBLIOGRAFÍA:

- BACIGALUPO, Silvina.(1998) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 445 p.
- CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca.(2000a) *La persona jurídica a la luz del derecho penal (un estudio de la responsabilidad penal colectiva)*, Universidad de Xalapa, México, 169 p.
- CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca. (2000b) *La tutela penal de bienes jurídicos*, tesis doctoral, Universidad Veracruzana, México, 204 p.
- FARALDO CABANA, Patricia. (1996) *Los delitos societarios*, Tirant lo blanch, Valencia, 638 p.
- HEINE, Günter. (2001) “La responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias nacionales”, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo blanch, Valencia, p.p. 49 a 72.
- PALIERO, Carlo Enrico. (2001) “ Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho italiano”, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo blanch, Valencia, p.p. 109 a 132.
- ROXIN, Claus. (1997) *Derecho penal (parte general)*, T I. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito, trs. Luzón Peña, Díaz y García, de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1071 p.
- TIEDEMANN, Klaus. (2000) *Prólogo*, en Zúñiga Rodríguez, Laura del Carmen. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzandi, Navarra, España, 265 p.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José M. *Et. Al.*(2002) *Derecho penal (parte general)*, Tirant lo blanch, Valencia, 966 p.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. (2000a) *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzandi, Navarra, España, 265 p.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (2000b) “Los delitos societarios: entre las transformaciones del derecho penal y del derecho de sociedades”, *Hacia un derecho penal sin fronteras*, Colex, Madrid, p.p. 39 a 50.