



Responsabilidad penal de las personas jurídicas

I. Un problema de política criminal.

La criminalidad, sin duda, ha vivido cambios significativos en las últimas décadas. Cambios que han sido condicionados básicamente por el espectacular avance tecnológico (especialmente en las telecomunicaciones y tecnologías de información) a que se encuentra sometido nuestro mundo globalizado. Los mercados han crecido a la par con estos avances y, de la mano de ellos, ha surgido también una nueva forma de criminalidad, más sofisticada y organizada: la criminalidad de la empresa.

A este diagnóstico se suma la realidad de la aparición de nuevos bienes jurídicos relevantes necesitados de protección social que, o bien son simplemente nuevos, o sólo recientemente han adquirido la connotación suficiente como para ser requeridos de tutela por el ordenamiento jurídico. La libre competencia, el medioambiente, la salud pública o la integridad y estabilidad del sistema financiero en su conjunto, son ejemplos comúnmente citados para caracterizar esta nueva asunción de bienes jurídicos colectivos o difusos a los que la sociedad ha debido reorientar su tutela y cuya tangibilidad es, a menudo, únicamente jurídica (aunque no por ello inexistente).

RESUMEN EJECUTIVO

Cambios profundos en la forma de configurarse la sociedad reclaman ciertos ajustes de parte de la dogmática jurídica, especialmente de la dogmática penal, para abarcar nuevas realidades y formas de criminalidad. El establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas obedece a esta corriente de cambios. No obstante, no debe perderse de vista que admitir la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas puede implicar el abandono o deformación de las ideas dogmáticas tradicionales de acción, culpabilidad y pena.

Es más, se señala comúnmente que en la nueva configuración delictiva, con fuerte énfasis socio-económico, ha tenido lugar un distanciamiento tal entre el agresor y la víctima (distanciamiento que, en alguna medida, permite entender el surgimiento de la teoría de la imputación objetiva), que ni siquiera sea posible establecer la causalidad remota de los daños producidos.

Pues bien, frente a este panorama, que bien puede no ser compartido en su integridad, pero sí puede ser asimilado como un diagnóstico perspicaz o, al menos, indicativo de la realidad presente, en la que, querámoslo o no, nos hallamos inmersos: ¿cuáles son las consecuencias que podemos extraer?

En el plano jurídico-penal, que es el que nos importa aquí, y siguiendo a Zúñiga¹, podemos señalar que *“dada la cantidad de conductas riesgosas para bienes jurídicos importantes en la sociedad y dado que en la lesión de los mismos intervienen muchos otros factores imponderables (‘lo desconocido’), el Derecho Penal no puede esperar a que se produzca la lesión de los mismos y centra su núcleo de imputación en la prevención de las conductas riesgosas para los bienes jurídicos, en la contención del riesgo”*². Riesgo que encuentra su agente productor, tanto por su enorme difusión dentro del entramado social como en la extensión de campos en los que interviene, en la empresa³.

Es más, este fenómeno de nueva criminalidad, de nuevos riesgos creados para el ordenamiento en su conjunto al interior y por la empresa, ha sido denominado como un nuevo paradigma de criminalidad que se muestra cada vez más proclive a abandonar el concepto de la criminalidad de la marginalidad, para pasar a una “criminalidad del bienestar”, cercana a aquella que denunciara en su momento Sutherland con el concepto del ‘*white-collar crime*’⁴.

Por otro lado, los crecientes fenómenos de colectivización de la vida económica y social, la ya conocida división del trabajo fundada en los principios de jerarquización y de confianza que imperan al interior de las organizaciones complejas, han conducido a una suerte de debilitamiento de la responsabilidad individual y a la constatación algo desconcertante de que a menudo no es posible encontrar una causa unívoca, ni imputar un autor definido a un hecho o una acción manifestada en la realidad.

La colectivización y división del trabajo permiten que resultados lesivos para un individuo, o un grupo de ellos, se produzcan por la interrelación de numerosas conductas u omisiones, algunas de ellas negligentes, algunas dolosas, otras simplemente ignorantes, que en el seno de organizaciones empresariales y gozando de una división funcional del trabajo y de estructuras jerarquizadas, dan surgimiento a la acción del ente que los cobija. La decisión y la acción aparecen en el mundo de los entes colectivos como un fenómeno

¹ Zúñiga Rodríguez, Laura: La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un punto y seguido. En: Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte – Sede Coquimbo, Año XI.- N° 2, 2004, pp. 149-186.

² Zúñiga R., Laura: La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un punto y seguido, op. cit., p. 155.

³ Conviene hacer notar que esta manera de comprender el entramado social como permanentemente sujeto a riesgo, demanda del ámbito penal, como técnicas más idóneas para encarar dichos riesgos, la discutible técnica de los delitos de peligro (aun en su peor versión de los de peligro abstracto) que muchas veces conculcarán el principio de lesividad.

⁴ Sutherland, Edwin H.: White-Collar Criminality. American Sociological Review, Vol.5, 1940

altamente fragmentado. Es más, la ya mentada división del trabajo nos coloca en la situación de que no sea extraño que aun en aquellas ocasiones en que haya sido posible encontrar y definir al autor material del hecho punible, la sanción del mismo es totalmente ineficaz para los fines propuestos por el ordenamiento debido a la fungibilidad funcional de las personas que componen una empresa moderna⁵.

Por lo demás, *“a diferencia de lo que sucede con las modalidades delictivas clásicas, como pueden ser los delitos contra la vida, los delitos sexuales o los delitos de falsedad, en los delitos patrimoniales que tienen lugar dentro de estructuras organizadas en forma jerarquizada lo frecuente será que el ejecutor inmediato, vale decir, el que ejecuta materialmente la conducta, no se revele como el principal protagonista del hecho delictivo; ello se puede deber a un gran número de circunstancias, como son que el subordinado que ejecuta el hecho, se encuentra en una situación de ignorancia acerca del significado de lo que está realizando o acerca de su carácter penalmente prohibido (error de tipo o error de prohibición) o, bien, porque obra en una situación de estado de necesidad ante la amenaza de perder su puesto de trabajo o de sufrir otro tipo de consecuencias perjudiciales”*⁶.

Esta nueva configuración, empero, no debe hacernos perder el rumbo. Como bien apunta Silva Sánchez, en estos momentos en que *“el tema en el debate social no es la criminalidad de los desposeídos, leit-motiv de la doctrina penal durante todo el siglo XIX y buena parte del siglo XX, sino, sobre todo, la criminalidad de los poderosos y de las empresas”*⁷, debe darse su justo relieve a la realidad criminógena si no se quiere correr el riesgo de olvidar que el principal sujeto y destinatario de las normas del derecho penal es la persona humana y que la renuncia o la excesiva flexibilización de las categorías dogmático-penales, el abandono de los principios de un derecho penal subsidiario y de *ultima ratio* para pasar a ser utilizado como un medio de política social o un instrumento de control⁸ redundan, en definitiva, en un desmedro de los espacios de libertad de los ciudadanos. La permanente reclamación que numerosos sectores (académicos o simplemente ciudadanos) hacen en torno a la idea de reorientar el ordenamiento jurídico hacia fines preventivos con el fin de acotar los riesgos que nuestra sociedad debe tolerar, corre el serio peligro de abandonar el principio de lesividad para convertir el Derecho penal en un mero instrumento de policía.

Dado este estado de la cuestión, no debe extrañar pues, que se haya venido a posicionar en nuestro país una discusión que ha ocupado buena parte del debate dogmático-penal y criminológico europeo⁹ en los últimos años, pero que ha parecido estar relativamente ausente en nuestra discusión académica de raigambre jurídica profundamente civilista: la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

⁵ OTiedemann, Klaus: Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Anuario de Derecho Penal, Universidad de Friburgo, 1996, p. 101. En el mismo sentido Bustos Ramírez, Juan: Perspectivas actuales del Derecho penal económico, Revista Gaceta Jurídica N°132, p.12, cuando señala: “A un gran consorcio de empresas o a una compañía trasnacional nada le importa que su representante legal efectivo, o un simple hombre de paja llegado el caso, sea el que sufra las consecuencias del delito, si con ello va a poder seguir ejerciendo totalmente su actividad delictiva”.

⁶ Novoa Zegers, Juan Pablo: Responsabilidad penal de los órganos directivos de la empresa. Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo, Santiago, Año IX, N°18, Julio de 2008, p. 432.

⁷ Silva Sánchez, Jesús-María: La expansión del derecho penal, Buenos Aires, Editorial B. de F., 2003, p. 53.

⁸ Bustos R., Juan: Perspectivas actuales del Derecho penal económico, op. cit., p. 14.

⁹ Especialmente en el medio académico alemán y en menor medida en el español.

II. Un problema de dogmática.

Desde la perspectiva dogmático-penal, la empresa como entidad organizada se caracteriza “*por la capacidad de influencia de la ‘actitud criminal de grupo’, las dificultades técnicas para la imputación jurídico-penal y la complicación en la averiguación del verdadero responsable*”¹⁰. A ello se suma la dificultad, más propia del ámbito civil pero que no puede desconocerse por su relevancia en la configuración “ontológica” de la persona jurídica, de que las mismas fueron concebidas (al menos las más difundidas: sociedades anónimas y de responsabilidad limitada) a partir de la diversificación del riesgo y la escisión entre responsabilidad y conducción de las mismas: en toda persona jurídica se encuentra disociada la persona que actúa de aquella a la que le son imputables dichos actos; disociación que en el derecho civil ha sido integrada normativamente a través de la teoría de la representación, pero que sencillamente no puede recibir un correlato idéntico en sede penal, dados los principios de personalidad y de la culpabilidad, garantías fundamentales del ordenamiento penal¹¹.

A mayor abundamiento, la compleja ordenación societaria del día de hoy, en la que no siempre cabe distinguir con claridad el lugar donde han sido tomadas las decisiones torna aún más difícil, cuando no imposible, atribuir la responsabilidad penal. Imposibilidad que no es sólo probatoria –esto es práctica– como podría pensarse, sino también, y en mayor medida, dogmática, dado el concepto de acción que impera en la teoría del delito tradicional¹².

En efecto, a las voces que habitualmente suelen instar por el establecimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas se suele oponer la obvia circunstancia de que la persona jurídica no realiza sus acciones sino que es siempre un sujeto individual quien las realiza por ella. Frente a esta objeción se ha respondido habitualmente con dos líneas argumentales. La primera señala que si en todos los demás órdenes la persona jurídica es reconocida como un actor válido, como un sujeto capaz de ejecutar (o al menos de imputársele) acciones de relevancia jurídica, no cabe aquí, en materia penal, hacer excepción de este hecho. Esta postura encuentra su origen fundamental en la elocuente observación de Von Liszt de que si una persona jurídica es capaz de celebrar contratos, también es capaz de celebrarlos fraudulentamente. La segunda línea argumental no niega la incapacidad de acción material de la persona jurídica, sino más bien opta por soslayar el asunto, observando que ya en el derecho penal se dan numerosas hipótesis en que la persona que ejecuta la acción y aquella a la que se le imputa, son distintas y ello no genera problemas teóricos. Tales serían los casos, por ejemplo, de las categorías de la coautoría y de la autoría mediata¹³.

¹⁰ Bajo Fernández, Miguel y Bacigalupo Saggese, Silvina: La responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: Derecho Penal Económico, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, pp. 116-117.

¹¹ Zúñiga R., Laura: La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un punto y seguido, op. cit., p.158.

¹² Señala Tiedemann, a este respecto, que las categorías fundamentales de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, son construcciones generales diseñadas a partir de una conducta causal de una persona con voluntad. Véase Tiedemann, Klaus: Prólogo a Zúñiga Rodríguez, Laura: Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Navarra, Editorial Aranzadi, 2000, p.42.

Dentro de este orden de ideas parece oportuno mencionar la eventual dificultad que se puede presentar para determinar qué acciones deben ser imputadas a la persona y cuáles no. Cuál es el círculo de personas que es capaz de cometer una acción imputable a la persona jurídica, es una materia esencial que se desprende de la problemática de la acción de la persona jurídica.

A su turno, la imputación de la acción debe, si quiere seguirse el camino de la responsabilidad subjetiva, contener las nociones de dolo o culpa que, fácil es advertirlo, no pueden ser incorporadas al concepto de acción de una persona jurídica acríticamente, toda vez que en una persona jurídica no existe consciencia en sentido psicológico capaz de representar las eventuales consecuencias lesivas de la actuación. Ante esto se ha sugerido que bastan la previsibilidad o conocimiento del resultado para generar los presupuestos de la culpa y el dolo respectivamente.

III. El modelo de culpabilidad por defecto de la organización.

La capacidad de culpabilidad, por su parte, genera otros problemas bastante más espinosos que los que pudiera presentar la noción de acción. Habitualmente es rechazada la posibilidad de que la persona jurídica sea capaz de culpabilidad; ello, porque la misma no es susceptible de reproche ético por no haber actuado conforme a derecho; porque no es un sujeto libre de actuar y motivarse normalmente.

Este modelo, trazado por Klaus Tiedemann, que pareciera ser el que va ganando más adeptos a nivel doctrinario, implica una reelaboración del concepto de culpabilidad desde un reproche ético a uno inspirado en orientaciones socio-jurídicas. De esta manera, lo que parece como jurídicamente reprochable e imputable a la persona jurídica es la culpabilidad que podemos encontrar en su organización, esto es, en la omisión de las medidas de prevención necesarias por parte de la empresa, para garantizar que en su desenvolvimiento, los comportamientos individuales de quienes la conforman no incurrirán en actividades delictivas¹⁴. Reproche que, urge recalcarlo, se caracteriza como eminentemente social y jurídico (normativo) y no ético. Dogmáticamente, se funda esta culpabilidad en la doctrina de los '*actio libera in causa*' que señala que el deber infringido se halla en un momento anterior a la verificación del ilícito propiamente tal y respecto del cual el sujeto se encuentra en una posición de garante.

¹³. Se muestra crítica frente a este argumento Cuadrado Ruiz: "Sin embargo, en estas figuras, junto con la participación objetiva en el dominio del hecho, el coautor y el autor mediato están vinculados a la acción de los otros por una decisión concreta, mientras que en la acción de la persona jurídica uno cuenta sólo con la decisión del órgano que efectivamente la ejecuta. Estaríamos aquí ante un caso de acción por medio de otro, condicionado por la estructura de la corporación, pues según la teoría orgánica de la persona jurídica, la relación existente entre el ente colectivo y la persona física hace posible adscribir al primero las consecuencias de las conductas de sus órganos". Véase Cuadrado Ruiz, María Ángeles: La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás? En: Revista Jurídica de Castilla y León, N° 12, Abril 2007, p.134.

¹⁴. "La culpabilidad de la persona jurídica consistiría en que no ha organizado su actividad conforme a las exigencias del ordenamiento, y tal falta de organización sería la causa de la posterior comisión de hechos delictivos". Véase Cuadrado Ruiz, María Ángeles: La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?, op. cit., p.138.

Sin embargo, se critica a esta postura por no significar un verdadero avance dogmático en materia de culpabilidad de la persona jurídica, puesto que entrega como justificación una respuesta que no logra eludir propiamente el dilema. Dicho en otros términos, si de lo que se trata es de otorgar un marco racional de justificación a la culpabilidad de la persona jurídica, esto es, al reproche (moral o social) que pueda recaer sobre la misma, nada se logra con afirmar la culpabilidad de la misma sólo en este caso de defecto de organización y negarla de manera directa por los actos ejecutados. En definitiva, con este diseño, la persona jurídica está sujeta a una sola obligación: a la correcta organización de sus medios para obtener los fines lícitos que le competan y evitar la lesión a otros bienes jurídicos en su seno, y sólo respecto de ella se le puede reprochar.

IV. Injusto penal versus injusto administrativo.

Se esgrime frecuentemente en favor de la posibilidad de imputar penalmente a las personas jurídicas –y creemos que con razón– el hecho fáctico de ya estar ellas sometidas de alguna forma al poder punitivo del Estado, de estar ya sujetas al Derecho Administrativo¹⁵ sancionador, que desde antaño y cada vez con mayor preponderancia sanciona sin miramientos ni cuestionamientos a las personas jurídicas¹⁶, de tal manera que no habría una auténtica novedad en la intervención punitiva del Estado sobre las personas jurídicas y que, más bien, lo que parece una revolución de los sistemas penales de tradición europeo continental, es sólo la extensión, más o menos acomodaticia, de una atribución que el Estado siempre se ha arrogado.

De más está señalar el interés que esta discusión tiene, tanto para la teoría como para la práctica jurídica, pero por evidentes razones de oportunidad nos limitaremos a enunciar sucintamente sólo algunas consideraciones al respecto.

La tesis más difundida ha sido la de considerar que entre ambos órdenes –penal y administrativo– existen diferencias sólo cuantitativas¹⁷, en cuanto a la lesividad de la conducta contravencional o de la conducta típica. Este criterio encuentra su principal razón de ser en el parecer de que ambos ámbitos motivan a los sujetos mediante normas jurídicas a evitar una lesión de bienes jurídicos. Sin embargo, se objeta a esta perspectiva el no ser capaz de dar cuenta de la circunstancia de operar el Derecho Administrativo con criterios de imputación más flexibles que el Derecho Penal¹⁸, usualmente con menores garantías o, en ocasiones, con sanciones otorgadas con fines exclusivamente preventivos más allá de los límites tolerados e incluso más allá de aquellos límites permitidos por los parámetros constitucionales. Tiedemann, claro adepto a la tesis de que no existe una diferencia cualitativa entre ambos órdenes, pero tampoco una meramente cuantitativa, propugna por el establecimiento de criterios de diferenciación valorativos o normativos fundados en un

¹⁵. Sobre la Administrativización del derecho penal se muestra crítico Silva Sánchez, Jesús-María: La expansión del derecho penal, 2ª Edición, Buenos Aires, Editorial B. de F., 2003, pp.131 y ss.

¹⁶. Así por ejemplo: Zúñiga R., Laura: La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un punto y seguido, op. cit.

¹⁷. Bajo Fernández, Miguel y Bacigalupo Saggese, Silvina: La responsabilidad penal de las personas jurídicas, op. cit., pp.80-81.

¹⁸. García Cavero, Percy: Derecho Penal Económico, Parte General, Lima, ARA Editores, 2003, pp. 69-70.

exclusivo análisis fenomenológico guiado por los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, que en las zonas fronterizas entre ambos ámbitos sea la que en definitiva permita inclinarse por una u otra opción: “*La sanción aplicable*” –señala Tiedemann– “*no puede ser fruto de una decisión fundada en la consecuencia jurídica más idónea, sino en función de un criterio lógicamente previo, cual es la necesidad o no de la intervención penal para la protección de los intereses jurídicos en juego (prevención general de los ilícitos más graves)*”¹⁹.

Asumiendo aquí la postura de la identificación sustancial entre ambos tipos de injusto, no está demás destacar la urgente necesidad de avanzar en nuestro derecho en el otorgamiento de cada vez mayores garantías²⁰ en el ámbito administrativo (los tribunales contencioso-administrativos ya aparece como una demanda anacrónica en nuestro medio, aunque no por ello renunciable) que al menos permitan gozar a su potestad sancionatoria de mayor legitimidad.

En definitiva, lo que subyace tras esta discusión, es si, ante la disyuntiva del sistema administrativo de sancionar a la persona jurídica como lo ha venido haciendo, debe optar por hacerlo respecto de la mera infracción, configurando un escenario de responsabilidad objetiva, o por el contrario, debe hacerlo tomando en consideración las construcciones de la imputación subjetiva del dolo, la culpa y la culpabilidad²¹.

V. Conclusión

Los modelos aplicables para justificar la responsabilidad de las personas jurídicas se encuentran aún en etapa de intenso debate y maduración. Aquí se ha hecho referencia a dos de ellos, caracterizados por desprenderse de la corriente funcionalista imperante hoy en los medios académicos continentales europeos, que aún no parece haber sido incorporada íntegramente al nuestro. Se han escogido estos dos porque, además de considerarse preponderantes en la discusión, optan por establecer un modelo de imputación paralelo a aquel desarrollado por la teoría clásica del delito en base a los aportes del causalismo y del finalismo. Esta alternativa, se muestra como aquella más viable si no se quieren correr los riesgos de desnaturalizar las categorías tradicionales de la dogmática penal.

Los efectos que nuevas tipificaciones, nacidas del fenómeno de la ‘expansión del Derecho Penal’, que no tienen reparos en incorporar a sus cuerpos leyes penales en blanco, normas de reenvío, técnicas de peligro abstracto o tipos abiertos, por nombrar algunos, han acabado por generar una cierta sensación de hallarse

¹⁹. Tiedemann, Klaus, Prólogo a Zúñiga R., Laura: Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas, op. cit., p.29.16. Así por ejemplo: Zúñiga R., Laura: La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un punto y seguido, op. cit.

²⁰. Entendiendo las garantías como la hace Zúñiga, esto es, en “su significado fundamental, no sólo vinculadas a la calidad y cantidad de la sanción, sino de acuerdo a su función esencial que no es otra que la de limitar el arbitrio de los poderes públicos para intervenir en los bienes jurídicos de los ciudadanos”. Véase Zúñiga Rodríguez, Laura: Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas, op. cit., p.203.

²¹. Zúñiga R., Laura: Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas, op. cit., p.207.

el Derecho Penal en una crisis sin parangón. La responsabilidad penal de las personas jurídicas puede fácilmente incorporarse a ese catálogo si no recibe un adecuado modelo de justificación teórica y se opta por el sencillo camino del pragmatismo y se cede ante las demandas, rara vez justificadas, de acción eficaz y ejemplarizadora.

Si, como sostenía Juan Bustos²², razones de política criminal justifican la necesidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas, no debemos perder de vista que admitir esa posibilidad sin más, puede implicar el abandono o el relajamiento hasta su deformación, de las ideas dogmáticas tradicionales de acción, culpabilidad y pena, elaborados no sin dificultad por la Teoría General del Delito. La noción de delito que, desde las elaboraciones finalistas de Welzel, ha ganado terreno en la dogmática tradicional (aun tras la aparición del funcionalismo) es una construcción dogmática fundamentalmente centrada en la noción de persona individual, donde el sujeto del delito es una persona natural, que difícilmente pudo haber previsto el escenario que se ha ido configurando en nuestros días, pero que aun ante la nueva realidad social y ante las nuevas necesidades de política criminal que se presentan y a las que no puede dar respuesta satisfactoria el modelo finalista, ha demostrado su utilidad. Abandonar sus nociones sin más, es, no obstante las críticas que se le hacen en el plano académico y de las que no está exenta ninguna teoría -especialmente en el ámbito de las ciencias sociales-, una maniobra riesgosa que puede implicar significativos retrocesos en las garantías obtenidas con tanta dificultad a través de los años.

No vaya a producirse aquello que vaticinaba Zugaldía Espinar cuando señalaba mordazmente que *“si aún subsiste alguna dificultad para compaginar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas con la teoría jurídica del delito, pues peor para esta última”*²³.

²². Bustos R., Juan: Responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Societes delinquere non potest?, en: Obras Completas, Tomo II, Control social y otros estudios, Santiago, Ara Editores, p. 771.

²³. Citado por Tiedemann, Klaus: Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Anuario de Derecho Penal, Universidad de Friburgo, 1996, p.111.