

**LA RESPONSABILIDAD PENAL DE
LAS PERSONAS JURÍDICAS Y SUS
IMPLICACIONES
POLÍTICO-CRIMINALES**

ELIENAI GONZÁLEZ

ABOGADA EN LA DIRECCIÓN DEL DESPACHO DE LA
FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA



RESUMEN

En el presente trabajo se procurará hacer un recorrido por las principales teorías sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en sus dos vertientes: la anglosajona y la continental; además, se abordará la política criminal que ha girado en torno a tal responsabilidad, así como el señalamiento de algunas dificultades que ha tenido su aplicación a nivel dogmático y práctico desde el punto de vista de la prevención penal, a fin de tener una noción de sus implicaciones, y poder determinar la utilidad y eficacia de los postulados que han intentado legitimar la culpabilidad penal empresarial. Por lo tanto, dada la escasa discusión doctrinaria que ha tenido este tema en Venezuela, y su influencia eminentemente extranjera, este trabajo pretende servir de punto de arranque para estudiar detalladamente los modelos legislativos que han pretendido ser implementados en este país.

DESCRIPTORES

Persona jurídica, responsabilidad penal, política criminal, prevención penal.

ABSTRACT

in this paper we seek to take a tour of the main theories of criminal liability of legal persons, on two fronts: the Anglo-Saxon and continental, in addition, will address the criminal policy has revolved around such responsibility and as pointing out some difficulties encountered dogmatic level implementation and practical from the point of view of criminal prevention, in order to get a sense of its implications, and to determine the usefulness and effectiveness of the principles that have attempted to legitimize corporate criminal culpability. Therefore, given the limited doctrinal discussion that has had this issue in Venezuela, and influence foreign eminently, this work is intended as a starting point to study in detail the legislative models that have attempted to be implemented in this country.

DESCRIPTORS

Legal person, criminal responsibility, criminal policy, criminal prevention.

INTRODUCCIÓN

Con el auge de las leyes que contemplan la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Venezuela, tales como la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo y la Ley Especial contra los Delitos Informáticos y la Ley Penal del Ambiente, se pretende indagar en los orígenes de este tipo de responsabilidad, y dar a conocer cómo surgió la misma en el Derecho Penal continental, a través de una breve sistematización de los distintos modelos de imputación penal contra las empresas y de sus principales cuestionamientos.

Seguidamente, se hará un abordaje sobre ciertos rasgos del aspecto político-criminal procedente de experiencias en otros países, a objeto de plasmar el influjo de la responsabilidad penal de las empresas en los criterios clásicos de prevención penal, y obtener así un panorama de su eficacia preventiva en el derecho comparado.

Ahora bien, esta es una investigación de carácter documental, que pretende sentar las bases para posteriores estudios de carácter más empírico, con la intención de sugerir políticas concretas sobre la materia.

Igualmente, es apropiado manifestar que el presente trabajo estará enfocado en las personas jurídicas cuyas actividades en general son lícitas, pero en el marco del desarrollo de sus funciones se cometen uno o varios delitos, sea a objeto de obtener beneficios adicionales personales o para la propia empresa, como aminorar costos de producción u obtener mayores ganancias.

EL DERECHO PENAL DE LA “POST-MODERNIDAD” QUE JUSTIFICA LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Es sabido que los clásicos argumentos dogmáticos del Derecho Penal continental que siempre han negado la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se basan en la incapacidad de éstas “para realizar acciones, su incapacidad de *culpabilidad* y su imposibilidad de cumplir con el fin de la *pena*” (Bajo y Bacigalupo, 2008:803). Pese a ello, “se suscitó en el último tercio del siglo XIX y primero del XX una polémica sobre la declaración de la responsabilidad criminal de las empresas. La razón de esta preocupación era de orden práctica, dada la relevancia de la intervención de estas entidades en actividades delictivas¹” De este modo, países como Francia, Holanda, Inglaterra, Estados Unidos, conciben este tipo de responsabilidad para las empresas, mientras que Alemania se ha inclinado hacia el rechazo rotundo de la misma, sin embargo, España recientemente, en el año 2010, adoptó este tipo de responsabilidad, después de una importante resistencia e intensa discusión doctrinaria, ya que autores como Muñoz Conde, Mir Puig, Silva Sánchez, Feijoo Sánchez, Robles Planas, Bajo Fernández, Bustos Ramírez, entre otros, tradicionalmente se han manifestado en contra, en aras de conservar el respeto al principio *societas delinquere non potest*² y no vulnerar los pilares del Derecho Penal clásico. Resistencia ésta que permaneció no en vano, dadas también las dificultades prácticas y operativas que implica su aceptación, además del gran compromiso de construcción teórica que traería consigo, al estar el Derecho Penal continental diseñado exclusivamente para las personas físicas y para la responsabilidad individual, y no para las personas jurídicas ni para la responsabilidad colectiva.

1 Sobre este particular, Zaffaroni (2005) agrega que “*En realidad, la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es muy antigua y tuvo particular vigencia cuando nació el interés por el llamado derecho penal económico, siendo tema de discusión de mediados de siglo pasado -en que la responsabilidad solía fundarse con argumentos kelsenianos-, de modo que no constituye ninguna novedad en el campo de la parte general del derecho penal*” (p.147).

2 También países como Francia y Portugal se han apartado de esta tradición jurídico-dogmática, asumiendo la responsabilidad penal de las empresas, con sus signos particulares respectivos, pero en su mayoría influenciados principalmente por países de corte anglosajón como Estados Unidos, por ejemplo.

A pesar de ello, los cambios trascendentales acaecidos en la sociedad, principalmente por los avances tecnológicos, han generado (entre otras cosas), un ascenso protagónico de las empresas en la vida económica actual, así como su instrumentalización para cometer infinidad de ilícitos de manera muy sofisticada y con pleno conocimiento de “la dificultad para descubrir al autor del delito dentro del entramado empresarial³” (Granados,2007:128), obstaculizándose cada vez más la tarea del Derecho Penal tradicional y ocasionándose una demanda incesante de innovadoras formas de afrontar una criminalidad de tal magnitud, lo que a su vez genera muchas inquietudes en pro de modificar radicalmente las bases del Derecho penal.

Por su parte Feijoo (2008), caracteriza a esta sociedad moderna como una sociedad en la que predominan las organizaciones y la idea del riesgo, y dada tal complejidad, para este autor las organizaciones empresariales “son materialmente una nueva realidad emergente que ya no pueden ser tratadas como una suma de sujetos individuales sino que suponen una nueva realidad social distinta a aquéllos y con dinámicas diferentes a las individuales. Esta constatación de partida obliga a replantearse los fundamentos de la responsabilidad jurídico-penal en este ámbito” (p.202).

Con la proliferación de entes con estructuras organizativas complejas, se pone en tela de juicio la eficacia de la responsabilidad penal individual al momento de imputar la comisión de un delito en este ámbito, visto que “si ya en el marco de una estructura clásica de empresa –con un empresario (individual) que la dirige y unos empleados subordinados jerárquicamente- resulta difícil la atribución de responsabilidad penal individual, más lo es en el caso de las empresas que operan sobre la base de una estructura organizativa compleja” (Montaner,2008:38).

Adicionalmente, en esta sociedad post-industrial radican dos fenómenos perceptibles, como lo son “la globalización económica y la integración supranacional” (Silva, 2006:83), los cuales se caracterizan por el extraordinario protagonismo alcanzado por la comunicación y

³ Fernández (2004) se refiere a la imposibilidad de individualizar a los delincuentes dentro de la empresa como uno de los argumentos principales para responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, por ser éstas cada vez más complejas e implicando un entramado difícil de definir que llevará a favorecer la impunidad.

la información en estos tiempos (Zuñiga, 2009), al existir una evidente intercomunicación planetaria entre los ciudadanos. Fenómenos que implican no sólo la proliferación mundial de empresas con gran complejidad organizativa sino el afán por construir una misma estructura jurídico-penal universal cada vez mayor.

Dicho lo anterior, se hace necesario acotar que en general, una de las críticas más frecuentes sobre la estructura de la teoría del delito continental de conocida raigambre románico-germánica, para enfrentar la criminalidad empresarial, no sólo versa sobre su diseño exclusivo para delitos cometidos por personas individuales, sino también sobre su rigidez en ciertas figuras dogmáticas y su recurrente lejanía de la realidad por su encasillamiento y falta de flexibilidad para amoldarse a los casos que se presentan en los tribunales, surgiendo así desde gran parte de la doctrina un reclamo por reducir esa brecha distante existente entre la realidad y las teorías penales, mediante la elaboración de una nueva y transformadora política criminal que incluso introduzca novedosas pautas de responsabilidad colectiva.

Así entonces García Caveró (2010), aduce que “en la medida que se esté frente a un sistema cerrado sin pretensiones prácticas, alejada de la jurisprudencia, parece difícil que la teoría del delito de origen alemán pueda servir de base a una gramática universal” (p.182). En contraste, se presenta el modelo anglosajón, que se caracteriza por su pragmatismo y su amplia experiencia en materia de responsabilidad colectiva, por lo cual autores españoles como Gómez Jara, Zúñiga y Nieto, entre otros, aducen que su influencia significaría un gran avance y una importante alternativa ante los fenómenos de la post-modernidad.

Esto trae como consecuencia, la existencia de un mayor acercamiento y alcance al conocimiento de los modelos de otras culturas jurídicas radicalmente distintas a la nuestra, y asimismo, una mayor influencia de sus propios postulados, tal como ocurre con la responsabilidad penal de las personas jurídicas que se desprende del *common law*. Sin embargo, esta clase de responsabilidad, también proviene de la construcción de modelos teóricos de raíces eminentemente funcionalistas. En cuanto a la influencia anglo-americana, Nieto (2008) manifiesta que:

En realidad la responsabilidad colectiva es producto de la influencia del ordenamiento más poderoso del mundo, el de los

Estados Unidos, donde desde la época del ferrocarril descubrieron y temieron el poder de las corporaciones, y descubrieron que para dominarlo hacían falta, aparte de la Sherman Act⁴, la instauración de la responsabilidad colectiva...el *corporate power* nos amenaza a todos y que de las cien economías más potentes del mundo, 51 son corporaciones, y existen empresas casi tan potentes como Australia, y con presupuestos que superan a países como Noruega, Finlandia o Portugal. En el año 2000 el New York Times señalaba que el valor de mercado de Microsoft era similar al producto interior bruto de España (p.131-132).

Por estas razones, algunos autores afirman que el Derecho Penal no puede estar ajeno a este conglomerado de cambios, y así todo pareciera conducir a que la vía más idónea sea la de adaptarlo rápidamente a esta nueva realidad criminológica, a fin de disminuir la comisión de los delitos económicos a gran escala, así sea sacrificando sus rígidas reglas de aplicación.

De este modo, señala Silva (op.cit.) como:

El Derecho Penal de la globalización económica y de la integración supranacional será un Derecho desde luego crecientemente unificado, pero también menos garantista, en el que se flexibilizarán las reglas de imputación y en el que se relativizarán las garantías político-criminales, sustantivas y procesales (p.84).

De manera que, es frecuente observar importantes contradicciones entre la realidad y las expectativas que se tienen del Derecho Penal, por lo que Silva explica cómo “la Globalización dirige al Derecho Penal demandas fundamentalmente prácticas, en el sentido de un abordaje más eficaz de la criminalidad”, pero resulta que nos encontramos con que “más bien se trata de responder a exigencias del poder político o de las instancias de aplicación judicial del Derecho impotente ante la lucha

⁴ El autor mexicano Gerardo Gómez (2007), comenta al respecto que: “*La Ley Sherman fue concebida como una amplia carta de libertades económicas dirigida a preservar el ejercicio de una competencia libre e irrestricta como norma de comercio*” (p.116). Aduciendo igualmente, que dicha ley se debió a la alta concentración del comercio y de la industria, y a la hostilidad pública contra las empresas gigantes de finales del siglo pasado, de lo que se puede deducir que fue concebida con el fin de diseminar los grandes monopolios existentes ya en la época (1890).

de los ordenamientos trasnacionales contra la criminalidad trasnacional” (ídem).

En relación a esto Quintero (2007) comenta que “España, al igual que los demás estados, sólo puede ser coherente con sus compromisos europeos”⁵ (p.163), y en la misma línea parecen estar algunos autores venezolanos, como Arroyo Hernández (2004), al manifestar que en nuestro país se necesita una reforma que regule este tipo de responsabilidad en el Código Penal, para estar acordes con las tendencias internacionales actuales de este tema.

Y precisamente, Silva (op.cit.) manifiesta ante estas exigencias de universalización de Derecho Penal que:

A esto se añade un evidente déficit de ejecución (Vollzugsdefizit) de la normativa penal en estos ámbitos, dada la magnitud de la tarea asumida, parece razonable pensar en que la menor *certainty* de la consecuencia jurídica (o, en otras palabras, el inevitable carácter *selectivo* de la represión) se vea compensada con una mayor *severity* de la misma (esto es, con un reforzamiento de los aspectos simbólicos de la sanción) p.86.

Justamente, también se encuentra relacionado con esas exigencias expansivas y simbólicas del Derecho Penal, el afán de su pretendida administrativización, convirtiéndolo en un “Derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales”⁶ (Ibídem, 132).

BREVE RESEÑA DEL ORIGEN Y NATURALEZA DEL CONCEPTO DE PERSONA JURÍDICA

A objeto de dar a conocer de manera concisa el surgimiento de la persona jurídica es ineludible acudir a la referencia de los textos romanos;

⁵ Específicamente sobre las exigencias de la Unión Europea para consagrar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Quintero (op.cit.) refiere que “las obligaciones asumidas por España dimanaban de un amplio abanico de Decisiones Marco, como son las DM 2005/667, 2005/222, 2004/757, 2004/68...” (p.163).

⁶ Existiendo autores que incluso afirman la falta de diferenciación cualitativa y sustancial entre infracción penal e infracción administrativa, como es el caso de Fernando Navarro Cardoso (2008), en “Infracción Administrativa y Delito: Límites a la Intervención del Derecho Penal”.

se puede apreciar cómo en esa época ya existían las personas jurídicas, las mismas eran denominadas *universitas* y *corpus*, y siguiendo la investigación realizada por De Castro y Bravo (1984), “las masas de bienes independientes y los grupos de hombres considerados de modo unitario eran denominados con estos calificativos especiales” (p.142). Continúa el mismo autor manifestando que ya en el Medioevo, los italianos tuvieron que asumir el dilema de la responsabilidad criminal de la *universitas* y *corpus*, pronunciándose a favor de la misma, los glosadores de la época y procediendo por ende a ser aplicada, aunque contradiciendo la esencia de los textos romanos.

Otro jurista llamado Castro Lucini (1991), relata cómo en aquel momento el tema de la responsabilidad criminal de *universitas* y *corpus* se volvió algo sumamente controversial, visto que al ser designado Sinibaldo Fieschi como Papa (Inocencio IV), éste se opuso rotundamente al castigo indiscriminado de los ciudadanos inocentes, ya que como consecuencia de la decisión de los glosadores la ciudad también asumía responsabilidades criminales, siendo en 1245 en el Concilio de Lyon cuando el Papa Inocencio IV prohibió el castigo de *universitates* y *collegia*, lo cual representó el cambio de denominación a la de *persona ficta*. Siendo este el origen de la teoría de la ficción que mucho más tarde posicionaría Karl von Savigny.

Sin embargo, más adelante, comenzaron a surgir distintas corrientes respecto al término *persona ficta*, entre las cuales la más dominante ha sido la teoría de la abstracción, que considera que ésta es un ente que funciona de manera totalmente independiente a la de sus miembros; y a pesar de carecer de sustancia racional individual propia para llamarse persona, tenía su propio patrimonio y respondía por sus propias deudas. Esta última concepción abstracta de la *persona ficta* había significado un gran impedimento para identificar a los miembros que cometían conductas ilícitas como fraudes, ya que obstaculizaba el levantamiento del velo de la *universitas*, a objeto de poder individualizar y responsabilizar a las personas físicas, de modo que se tuvo que obligar a los miembros a soportar las cargas y obligaciones de la *persona ficta*, pudiendo los acreedores proceder contra dichos integrantes en caso de deuda (De Castro y Bravo, op.cit.).

Posteriormente, Castro Lucini (op.cit.), también explica cómo en el siglo XVII, motivados por el movimiento de la Ilustración, los iusnaturalistas empezaron a aportar nuevas ideas, e influenciaron a

los juristas de Derecho Público y de gentes, y por lo tanto, la *persona ficta* empieza a ser concebida como una realidad que es equiparada completamente al hombre como ser moral; siendo decisiva la obra de Hugo Grocio, quien rechazaba rotundamente el término de *persona ficta*, apoyado por el barón de Pufendorf, conocido jurista e historiador de la época. Consecuentemente, los seguidores de Grocio y Pufendorf impondrán el nombre de *personas morales*, cuyas ideas serán posteriormente tomadas y espléndidamente desarrolladas por Otto von Gierke.

Es así como en el siglo XIX, gracias al movimiento que sistematizaba los textos romanos, llamado “Pandectismo Alemán”, se empieza a difundir el término moderno de la persona jurídica (Castro Lucini, op.cit.), con lo cual los juristas de la época se propusieron reducir su concepto a las figuras de *corpora* y *universitas*, lo que produjo que la doctrina se dividiera en diversas opiniones, siendo Savigny quien determinó institucionalmente que las personas jurídicas abarcarían solamente a las corporaciones y fundaciones; caracterizándolas “como organización de personas o bienes, dedicada a un fin propio y permanente, bien distinguida de los miembros o beneficiarios, y con un patrimonio totalmente separado del de sus socios, que funciona con una completa independencia” (De Castro y Bravo, op.cit., 176).

Aunque tal concepción de Savigny fue utilizada en diversos sentidos por los ordenamientos jurídicos de varios países, Alemania asumió la concepción estricta incluso legalmente, pudiéndose afirmar que es aquí donde surgió la versión moderna de la persona jurídica (Ibídem). Es decir, quien logra darle auge a las ideas iniciales de Sidibaldo Fieschi, sobre la ficción de las personas jurídicas fue justamente Savigny al consagrar la teoría de la ficción⁷ considerando que “todo individuo y solo el individuo tiene capacidad de derecho” (Meini, 1999, 68), y además, que dichos entes son “personas que no existen sino con fines jurídicos” (Ibídem), y que representan “una mera ficción de derechos”⁸ (Militello, 1995, 415), siendo

7 Al respecto asume Zugaldía (1980) que “La tesis de la ficción, en la actualidad, cuando existen sociedades con más poder que los Estados, es de escaso poder de convicción... La mencionada tesis está absolutamente abandonada y se entiende hoy que las personas morales, lejos de ser puras ficciones son, por el contrario, auténticas realidades jurídicas que ponen de manifiesto una realidad social preexistente” (78).

8 Aunque expresa el autor brasileiro Regis (2000) que “En la actualidad predomina en la doctrina, la idea de que las personas jurídicas no son mera ficción, sino que tienen realidad propia, aunque totalmente distinta a las de las personas físicas o naturales” (275).

por ende, una construcción jurídica incapaz de delinquir, que “carece de capacidad tangible de hacer separada de las personas físicas que la componen” (Quintero,2007,179).

Esto coincide con la conclusión que se deriva de las teorías de la pena: el principio *Societas Delinquere non Potest*, que consiste en que “las personas jurídicas no pueden ser sujetos activos de delitos” (Silva, 1995:358). En palabras textuales de este autor “Ello significa que de los delitos cometidos en el ámbito de la empresa, sólo responden penalmente las personas individuales a las que puedan imputárseles (...) mientras que la corporación en sí, no puede ser sometida a ninguna pena criminal” (ídem).

Contrariamente, Gierke siguiendo los postulados iusnaturalistas de Grocio y Pufendorf impulsó la teoría de la realidad, al insistir en que la persona jurídica “es de naturaleza «supraindividual»; que se trata de «una persona efectiva y completa, como la persona individual», «su alma está en la voluntad común, su cuerpo en el organismo asociativo»”⁹ (De Castro y Bravo, op.cit.:263). Igualmente agrega Regis que de esta tesis se desprende que “La persona colectiva tiene una personalidad real, dotada de voluntad propia con capacidad de obrar y de realizar ilícitos penales” (p.275).

Ahora bien, lógicamente esta teoría iusnaturalista tenía como consecuencia que las *personas morales* respondieran criminalmente, sin embargo, a finales del siglo XVIII ello empezó a representar serias dificultades con la introducción de las teorías de las penas, ya que éstas iniciaron una relación directa con la voluntad humana, donde propulsores como Kant fundamentaban que los actos libres eran cometidos por seres razonables que saben lo que es bueno y malo según su voluntad propia, así como, Feuerbach y Rogmanosi, que entendían el fin de la prevención general de la pena como coacción psicológica (Bacigalupo,op.cit.).

Por otro lado, en lo que respecta a la concepción de la persona jurídica en Francia, ésta fue desterrada del Código Napoleónico por muchos

9 Gierke lleva al extremo esta posición con la teoría organicista que intenta “trasladar todos los elementos de la acción humana, y sobre todo, de la capacidad de obrar en dirección a un fin, a grupos, organizaciones y corporaciones. Su carácter problemático ha sido puesto de manifiesto” (Bacigalupo,2005:50).

años, siendo en 1884 que se incluyó someramente en una Ley Municipal algo relacionado con la personalidad civil, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia francesa denominaron como personas morales a las sociedades mercantiles, comerciales y civiles, siendo asumido de modo muy extenso el concepto de la persona moral, a pesar de las grandes dificultades prácticas que ello implicaba (De Castro y Bravo, op.cit.). En cuanto a Inglaterra, a pesar de concebir el sentido estricto de la persona jurídica, no ha caído en las dificultades que ha significado este concepto para los juristas continentales, usando la figura de *corporación*, y generando la falta de responsabilidad de sus miembros de las deudas asumidas por ellas (Ibídem). Tal como asienta Muñoz (2001), “el derecho penal anglosajón sustituye el principio de legalidad de los delitos y las penas por la vinculación del juez, en primer lugar, al precedente judicial, a la tradición judicial –*el common law*- y después al derecho legal emanado del Parlamento –*statute law*- constituyendo así un sistema jurídico penal con características propias” (p.139). En virtud de lo cual, seguidamente, se señalaran las teorías anglosajonas que dieron origen a la responsabilidad penal de las empresas.

MODELOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. Modelos de Responsabilidad Penal Indirecta de las Personas Jurídicas

1.1. Responsabilidad Vicaria (*Vicarious Liability*): Desde los inicios de la responsabilidad penal de las empresas, Inglaterra y Estados Unidos han sido recíprocamente influenciados, de tal manera que, la responsabilidad vicaria sentó sus bases en los tribunales ingleses desde el siglo XV¹⁰, pero no fue sino hasta el siglo XX que tuvo su verdadero impulso en los Estados Unidos con ocasión al caso Hudson, que fue emblemático en la época¹¹. De modo que, la responsabilidad vicaria consiste en imputar a

10 Reconociéndose a nivel legislativo en el año 1889, mediante el Interpretation Act (Regis,2000).

11 Caso New York Central & Hudson River Railroad Company v. United States, 212 U.S. 481, 494, cuyo extracto de la sentencia reza textualmente: “Aplicando el principio que rige para la responsabilidad civil, únicamente damos un paso más allá, al sostener

la corporación el injusto y la culpabilidad de su representante (Gómez, op.cit).

Así pues, es adecuado agregar que "...a mediados del siglo XIX las empresas ya eran responsables por infracciones de *strict liability*: es decir por acciones que daban lugar a una pura responsabilidad objetiva" (Ibídem, p.45). Ciertamente, "en los primeros casos de responsabilidad penal empresarial no existía imputación jurídico-penal ni subjetiva ni personal de ningún tipo, sino que se trataba, en definitiva, de meras infracciones objetivas" (Ídem). De esta manera, tal como afirma el mismo autor, se puede apreciar que este modelo vicarial, como modelo básico de atribución de la responsabilidad penal de las empresas, implica una usurpación del derecho penal en una figura propia del derecho civil, como lo es el "superior que responde (respondeat superior)" (Ídem). Por lo tanto, en este modelo de atribución "se trata de construir la responsabilidad de la persona jurídica exclusivamente a partir de la transferencia o imputación de la persona física que actúa como órgano: Lo que realiza el órgano se le imputa a la persona jurídica" (Robles, 2006:5); aplicándose la expresión del autor francés Pradel (1998), al considerar que la persona jurídica es responsable "por reflejo o de rebote". Visto que para poder imputar a una empresa bajo este sistema se requieren dos etapas, "primero hay que evaluar el comportamiento individual, que cumpla con todos los criterios de atribución de responsabilidad, y en un segundo paso, transponer a la empresa la responsabilidad del autor" (Zuñiga, 2009:312).

Dicho esto, se entiende en definitiva, "que cuando obra la persona física que representa a la empresa cometiendo un delito, entonces también lo está cometiendo la empresa misma" (Robles, op.cit:5), de lo cual se deduce que el individuo que asume la conducta criminal, no solamente respondería penalmente a manera individual, sino que también sus propias acciones harían responder a la empresa.

Asimismo, en el modelo vicarial se encuentra la Teoría de la Identificación, de origen británico, que implica que la conducta haya sido desplegada por un superior dentro de la empresa y no por cualquier

que la acción de un representante, en el ejercicio de la autoridad en él delegada con el fin de confeccionar las tarifas para el transporte, puede ser controlada –en interés de la seguridad pública- mediante la imputación de esa acción a su mandante y la imposición de sanciones a la empresa para la que actúa" (Gómez,2006,31).

agente o representante de la misma (Nieto, op.cit.:138), así también lo considera la jurista venezolana Arroyo Hernández (2004), al aducir que “la doctrina judicial de la identificación *doctrine of identification* ha sido la evolución más significativa”.

1.2. *High Managerial Test*: Visto que con el transcurrir del tiempo se constató la amplitud y la inadecuación teórica y práctica del modelo básico vicarial, en Estados Unidos se procedió a su restructuración en la elaboración del Código Penal Modelo, consistente en la restricción de la imputación al enfocarse exclusivamente en la conducta desplegada por los administradores de la empresa (Gómez, op.cit.). Por lo tanto, este autor señala que:

El Código Penal Modelo permite que las empresas eviten la responsabilidad penal si pueden demostrar que los supervisores competentes en el área en el que tuvo lugar el delito actuaron con la diligencia debida para prevenir la comisión del mismo” (Ibídem, p.51).

De esta manera, se observa que el *High Managerial Test* surge en los Estados Unidos como consecuencia del fracaso de una anterior experiencia, significando un avance dentro de la constante búsqueda de soluciones al problema de los delitos empresariales en ese país.

1.3. Teoría del Conocimiento Colectivo (*collective knowledge doctrine*): Se imputa a la empresa la suma de los conocimientos de los empleados cuando sea imposible identificar al miembro responsable del delito (Gómez, op.cit.). De esta forma, “se previene que las corporaciones evadan la responsabilidad penal mediante la creación de numerosos departamentos” (Ibídem, p.52). Siendo esta teoría relativamente reciente, ya que es en el año 1987, donde se manifiesta expresamente en la sentencia de United States vs. Bank of New England (Ibídem).

Es de notar, que con este modelo no se exige la existencia de una culpabilidad individual, siendo esta una grossa amplitud del modelo básico vicarial.

Entre los países de cultura jurídica continental que han adoptado el modelo vicarial en su sentido estricto, se encuentra Francia, y ya en el propio Código Penal francés, se deja clara la exigencia de individualización

de la responsabilidad de la persona física *a priori*, para luego poder establecer la que corresponda a la persona jurídica (Pradel, op.cit.). A su vez, en Portugal se admitió la responsabilidad penal de los entes, a través del Decreto-Ley 28/1984, pero exigiendo al mismo tiempo que las infracciones respectivas “fuesen cometidas por sus órganos o sus representantes en su nombre o interés propio” (Cuadrado, 2007:131).

De la misma forma, se puede apreciar como en Brasil, en el año 1998, la Ley Penal de los Crímenes Ambientales, estableció la responsabilidad penal de las empresas cuando los delitos fueren cometidos por los miembros de las mismas y en su beneficio, siendo el modelo francés la fuente de inspiración para la creación de esta innovación legislativa (Regis, op.cit.).

Ciertamente el modelo básico de responsabilidad vicarial, ha sido objeto de múltiples ataques, visto que no da solución a la dificultad de ubicar a la persona física que directamente cometió el ilícito dentro del entramado empresarial. En total coincidencia, Regis (op.cit.) rechaza la imputación vicarial al aducir que ya el motivo principal por el cual se pretende legitimar la responsabilidad penal de las personas jurídicas se basa precisamente en las serias dificultades que existen para encontrar al autor y probar el delito desde el punto de vista subjetivo, tildándola por lo tanto, de incongruente.

También llamada la Teoría de la Representación, el autor español Feijoo (2002), aduce que bajo este modelo “la culpabilidad de las personas jurídicas acaba siendo siempre culpabilidad por el hecho o la decisión de otro” (p.56). Lo que por ende, llevaría a tomar en cuenta que “cuando requerimos un hecho de conexión para sancionar penalmente a la persona jurídica...el sujeto actuante podría ser pasible de causas de justificación o de inculpabilidad, excusas absolutorias, errores, muerte, etc.” (Zuñiga, op.cit.:312).

En definitiva, “no supera las críticas fundamentales de la determinación de la responsabilidad de organizaciones complejas con el Derecho Penal de la responsabilidad individual” (ídem).

2. Modelos de Responsabilidad Penal Propia o Directa de las Personas Jurídicas

Es el modelo que le atribuye directamente a la persona jurídica la culpabilidad por su propia actuación, el cual ha sido aplicado por el *Common Law* en países como Holanda, Suiza y Austria (Ibídem, p.313); en este sentido, las empresas son susceptibles de ser responsables penalmente ya que estarían dotadas de mecanismos autónomos de organización para poder ser imputados por sus acciones ilícitas. Precisamente, Robles (op. cit.) manifiesta que “En este modelo no se atribuye a la persona jurídica lo realizado por su representante, sino que la responsabilidad de la persona jurídica se construye a partir de la infracción de deberes propios que incumben exclusivamente a ésta” (p.6).

Jakobs en Alemania ha sido uno de los promotores de la propia responsabilidad penal de las empresas, al considerar que “persona individual y persona colectiva son sistemas que deben ser tratados por el Derecho Penal de forma idéntica (...) y los conceptos que son válidos para un sistema (psicofísico) se pueden trasladar sin problemas –con los matices correspondientes- a otro sistema como la empresa” (Feijoo, 2002:42). Siendo preciso destacar que este pensamiento proviene de la pretendida aplicación al Derecho Penal del *funcionalismo sistémico*, significando ésta una concepción organicista de la sociedad, cuyo origen se remonta a épocas tan antiguas como la de Aristóteles, siendo Durkheim, quien postuló las concepciones de la sociología sistémica que fueron trasladadas al Derecho Penal, a objeto de darle un contenido sociológico a esta rama, por todas las lagunas existentes gracias al Neokantismo que repudiaba los datos sociológicos como referencia para el Derecho (Zaffaroni,2007).

Por lo tanto, se pretende construir la culpabilidad de las personas jurídicas partiendo de que “La organización empresarial es un sistema autopoietico organizativo, igual que el ser humano es un sistema autopoietico psíquico” (Quintero,op.cit.,189); la autopoiesis es un vocablo propuesto en 1971 por los biólogos chilenos Humberto Maturana y Francisco Varela para designar la organización de los sistemas vivos (Gibert-Galassi y Correa:2001), siendo Luhmann quien trasladó el concepto de *autopoiesis* de lo orgánico a lo social (Zaffaroni,op.cit.,p.267), radicalizando así la tesis del *funcionalismo sistémico*. Pudiendo apreciarse cómo se realiza una equiparación orgánica de la persona jurídica al individuo, no siendo necesario que se identifique a éste cuando se comete un delito en un en-

tramado empresarial, siendo éste culpabilizado directamente. A pesar de que Jakobs ha sido una gran influencia para autores que fundamentan la culpabilidad propia de las empresas, se puede apreciar que en su artículo publicado en el año 2002 y titulado “*Strafbarkeit Juristischer Personen?*”, (traducido al español como “*Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas?*”), “ha decidido cambiar su opinión entendiendo que en Derecho Penal el sujeto que actúa culpablemente es la persona física, a diferencia de lo que sucede en otros ámbitos en los que el sujeto de imputación y acción es la persona jurídica” (Feijoo, 2002:135). Sin embargo, Alemania ha rechazado rotundamente la implementación de la responsabilidad penal de las empresas, ya que su gobierno ha realizado estudios empíricos de los cuales se ha concluido que “no existen en realidad los problemas políticos criminales señalados por la doctrina”, tal como indica un autor llamado Krekeler, citado por Feijoo (Ibíd. 207).

Desde los años setenta en los Estados Unidos, han procurado crear diversos conceptos de culpabilidad propia de los entes colectivos. Por su parte, Gómez (op.cit.) explica las propuestas de un autor norteamericano llamado Laufer, quien hace la siguiente clasificación: *culpabilidad empresarial proactiva*: que es atribuida según las medidas tomadas antes de la comisión del delito para prevenirlo; *culpabilidad empresarial reactiva*: la cual surge si no se adoptan medidas correctivas posterior a la comisión del delito; *culpabilidad por la ética empresarial*: el *ethos* corporativo genera tal influencia en la empresa que causa la desviación de la misma; *culpabilidad por la política empresarial*: la actuación del ente colectivo implica la decisión de una estructura organizativa y no de un conjunto de individuos; y por último, *la culpabilidad empresarial constructiva*: que es la intención de construir una teoría del delito, pero partiendo de los entes colectivos.

Entre las principales propuestas que han pretendido construir un concepto de culpabilidad propia empresarial, se encuentran: a) Defecto de Organización: La empresa incurre en este tipo de culpabilidad dolosa o imprudente cuando la no adopción de todas las medidas organizativas necesarias para el funcionamiento de la misma, ocasiona la lesión de bienes jurídicos, “esta es la forma más clásica de entender la culpabilidad de la empresa” (Nieto, op.cit.:139). Asimismo, “Heine ha pretendido desarrollar un modelo (...) cuyo objeto son los procesos de decisión colectivos defectuosos con consecuencias sociales de especial relevancia (Feijoo, 2002:43); b) Deficiente cultura corporativa: Nieto (op.cit.)

Explica que este fenómeno se da dentro de la empresa cuando “el entorno es el que anima a la comisión del delito al infractor individual, al sentirse tolerado o amparado” (p.139).

En definitiva, el elemento común de los modelos legislativos que adoptan la culpabilidad propia de la persona jurídica “es que la persona física desaparece, de tal forma que el objeto de reproche son factores que tienen que ver en exclusiva con la propia empresa” (Ídem).

España como país de cultura jurídica continental se apartó drásticamente del principio *societas delinquere non potest*, al implantar por primera vez en el año 2010, la responsabilidad penal de las empresas, y además, asumir el modelo de la culpabilidad propia de las mismas, ya que del contenido de la reforma del Código Penal, en su artículo 31 bis del Código Penal español, se desprende que “La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible (...) aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella”. Así, el autor español Morales (2010), afirma que efectivamente se trata de un modelo de responsabilidad directa, ya que a pesar de no descartarse que la persona física también pueda responder paralelamente por el delito cometido, el artículo no exige la previa responsabilidad penal de la persona física para poder imputarle el delito a la empresa; aunque el mismo autor refiere que la aplicación del nuevo artículo puede traer problemas de fundamentación de la responsabilidad penal de los entes al no estar definidos los criterios de imputación autónoma de los mismos (Ídem).

Por otra parte, los modelos de responsabilidad penal propia de las personas jurídicas también han generado reacciones negativas, al respecto, sostiene Robles (op.cit.) que la principal debilidad continúa siendo que en esencia se trata de pura responsabilidad objetiva, por lo tanto, refiriéndose a las dificultades que enfrenta este modelo, y en particular la culpabilidad por organización defectuosa manifiesta que:

La primera condición para atribuir un hecho como propio es la vinculación subjetiva. Por lo tanto se ha intentado relativizar el obstáculo de la culpabilidad, bien modificando el concepto jurídico de culpabilidad penal, bien construyendo un concepto de responsabilidad penal *ad hoc*, para las personas jurídicas (p.7).

Continúa el mismo autor arguyendo que para que la persona jurídica “pueda ser capaz de asumir como propia la pena en cuanto mal y en cuanto expresión de un reproche ético en cuya formación también ha participado, es algo muy lejos de ser evidente.” (Ídem)

En plena concordancia, opina Feijoo (2002), que “No han sido capaces de superar la falta de equivalencia material con la culpabilidad entendida en sentido tradicional ni las objeciones de que se retorna a una mera responsabilidad objetiva incompatible con el papel tradicional del principio de culpabilidad” (p.60), ya que “...las alusiones a una supuesta voluntad colectiva no hacen sino esconder, camuflar lo que, en realidad, es la voluntad de concretas personas individuales que realmente controlan, las que rige los destinos de la persona jurídica.” (Regis, op.cit.:282). De esta manera, Regis citando a Roxin, manifiesta que la culpabilidad de las empresas representa también una ficción, ya que la organización defectuosa no puede existir sin la intervención de sus dirigentes.

Por otra parte, los Estados Unidos existen muchas críticas con respecto a la aplicación de este modelo, ya que justamente se ha logrado determinar que en:

...la práctica estadounidense, las grandes compañías continúan sin ser afectadas siendo sancionadas las pequeñas compañías dominadas por una persona o un número reducido de personas. Es más resulta llamativo que no existen trabajos empíricos sobre si en realidad existe una necesidad político-criminal y si los problemas señalados por los partidarios de punir a la persona jurídica son reales...” (Feijoo, 2002:206).

Es así como este autor citando a Steimann y Olbrich, en la obra “*Verantwortung und Steuerung von Unternehmen*”, señala “cómo en el año 1995 más del 90 por 100 de las empresas condenadas eran pequeñas empresas” (Ibídem).

EL FENÓMENO DE LA AUTORREGULACIÓN

La responsabilidad penal propia de las empresas ha llegado a extremos radicales, surgiendo figuras como la *autorregulación* empresarial (Zuñiga, op.cit.), la cual ha ido adquiriendo auge desde los años noventa, y parece

imponerse cada vez más en dicho país e influenciar a otros ordenamientos jurídicos para que también lo conciban. La *autorregulación* “consiste en la creación por parte de la empresa de normas internas de comportamiento y en la previsión de respuestas internas en caso de que se produzca una infracción de tales normas, también cuando la infracción sea constitutiva de delito” (Pastor,2006:6).

Siendo preciso agregar, que esto es debido a que en norteamérica también llegó la teoría sistémica pero con diferentes matices, ya que la Sociología fue dominada por los estadounidenses durante los años treinta y cuarenta, siendo protagonizada por Parsons, quien considera a la sociedad como un sistema, (Zaffaroni,2007). Seguidamente expone este autor argentino, que Parsons fundamenta que:

La sanción inflexible, en lugar de debilitar el componente alienativo del ego, lo reforzaría, pues percibiría que hay algo en alter que aprueba su tendencia y se pone de manifiesto en su propia ambivalencia, expresada tanto en la exageración de las sanciones como en la equivocidad de la actitud...su teoría social se compadece perfectamente con un orden que con bondad reparte roles y domestica, reservando el control social como red de seguridad que recoge a los pocos que no comprenden (p.267).

Pudiéndose apreciar, como la *autorregulación* modernamente concebida nace por la influencia de postulados tomados de la teoría sistémica, al considerar que si las empresas forman parte de un sistema cerrado cuyos roles están bien definidos y controlados internamente, no interesaría ejercer un control social externo que sea directo como sí se necesitaría en otros ámbitos sociales.

Incluso, recientemente se han empezado a establecer Códigos de Prevención, que obligan a seguir determinadas reglas de comportamiento por parte de la empresa, cuyos parámetros serían otorgados por el Estado, el cual impondría la adopción de ciertas medidas al incumplirse los programas impuestos (Nieto, op.cit.). Este tipo de *autorregulación* regulada tiene sus cimientos en el Derecho Reflexivo de Teubner, el cual enfoca su regulación en la propia autonomía de la empresa, y no en el modo en que funcionan sus sistemas (García, 2005), cuyo propósito sería aliviarle al Estado el exceso de funciones que ha venido teniendo,

producto del Estado de bienestar, ya que la saturación de trabajo ha ido generando ineficacia (*ídem*).

Resulta evidente, que todo este innovador sistema de *autorregulación* originado en los Estados Unidos es producto del fracaso desde el punto de vista empírico de la aplicación de los modelos tradicionales de responsabilidad penal de las personas jurídicas (responsabilidad vicarial y responsabilidad directa). No obstante, ha habido muchas críticas al respecto, por considerar que estos postulados chocan tajantemente con la esencia del Derecho Penal, al permitir que el directivo de una empresa resuelva internamente la problemática que se genere de la comisión de un delito dentro de la misma (Pastor, *op.cit*). Lo que se traduce, en delegación de potestades públicas a individuos o entes privados, siendo esto “colaboración de particulares en funciones públicas”, tal como asienta Arroyo Jiménez (2008:21).

De esta manera, opina Feijoo (2002), que “se trata de un sistema en el que el Estado ante su incapacidad de control directo de las organizaciones empresariales busca la colaboración de las empresas ofreciéndoles a cambio de dicha colaboración un trato privilegiado o bonificado” (p.159). Así, continúa este autor manifestando que la Autorregulación representa una expansión del Derecho Penal hacia áreas de las que el Derecho Administrativo siempre se ha encargado, de modo que “el sistema técnico de prevención se pretende convertir en un sistema jurídico-penal” (Feijoo,2008:243).

CONSIDERACIONES SOBRE LAS DIFICULTADES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DESDE LOS FINES PREVENTIVOS DE LA PENA

La doctrina no es pacífica en cuanto a la consideración del Derecho Penal como una cuestión ontológica o meramente normativa, sin embargo, sin ánimos de adentrarnos en esta disyuntiva, supongamos que la responsabilidad penal de la persona jurídica es una decisión político-criminal, que no requiere ser analizada en lo valorativo, en cuyo caso se procurará demostrar algunos de los problemas presentados en la aplicación de las “penas” contra las empresas.

Primeramente, conviene agregar que Mezger citado por Heinz Zipf (1979), define la política-criminal como “el conjunto de todas las medidas estatales para la prevención del delito” (p.3), lo que traería como consecuencia que uno de sus propósitos fundamentales sea precisamente la reducción delictual. Igualmente, Zugaldía (1980) refiere que la “Política en general, implica utilidad social. La política criminal supone, por lo tanto, una concepción utilitaria del Derecho Penal y la pena” (68).

En este sentido, Roxin (2000) expresa que “la tarea de la pena es preventiva porque no debe orientarse a retribuir, sino a evitar la comisión de futuros delitos” (p.72). Asimismo, Jescheck manifiesta que también es labor del Estado cumplir con el cometido de la prevención general positiva al “fortalecer a la colectividad en su consciencia jurídica y educarla en la obediencia al derecho acudiendo a leyes penales justas y a su aplicación comedida e igualitaria” (Baigún, 2000:251).

Al hilo de lo expuesto, algunos autores opinan que sobre las empresas podrían aplicarse perfectamente los efectos de la prevención general y especial de la pena, a modo de ejemplo, Cuadrado (2007) señala que:

Una pena económica millonaria a una empresa intimidará a otras empresas para no correr el mismo riesgo (prevención general). Y desde la óptica de la opinión pública, las empresas se esfuerzan por no deteriorar su imagen y su prestigio por lo que la empresa sancionada penalmente cuidará, incluso más que la persona natural, no volver a entrar en conflictos (prevención especial) (p.145).

En concordancia con lo anterior, García Arán (1999) expresa que la prevención general es eficaz al aplicarse los tipos penales siempre que son infringidos, no sólo cuando se trata de personas naturales, sino, también de personas jurídicas.

Sin embargo, existen argumentos contrarios, y por lo tanto, Zugaldía (op.cit.) ha sostenido que los fines de la pena son ineficaces en cuanto a las personas jurídicas, ya que carecen de alma y sentimientos para poder percibir los efectos de la sanción: “En orden a la prevención general (no puede haber coacción psicológica ni intimidación) y en orden a la prevención especial (no puede haber corrección, ni enmienda, ni arrepentimiento, ni reeducación, ni efecto intimidatorio)” (p.73).

Ciertamente, Modolell (2002) asienta que debe “admitirse que la persona jurídica como tal no puede captar el mensaje normativo (...) la intimidación, consustancial al fin de la prevención general atribuido a la pena, sólo puede tener como objeto un ente con *capacidad psicológica para ser motivable*” (p.35). En total coincidencia, Regis (op.cit.), manifiesta que las ideas de prevención general y prevención especial carecen de todo sentido para las empresas, visto que “La responsabilidad penal se genera por un comportamiento propio, porque es personal y exclusivamente subjetivo” (p.279).

Precisamente, a continuación se plasmarán algunos de los efectos que ha tenido la implementación de la responsabilidad penal de las empresas, para comprender cómo se desvirtúa el sentido de los fines preventivos penales.

1. La Persona Jurídica como “Objeto Peligroso”: En cuanto a la llamada prevención especial del Derecho Penal, Beristain (1985) afirma la existencia de cierta eficacia cuando las “penas” (o medidas incoizadoras) contra las empresas son dictadas contra los entes, algunas de las cuales serían: “La clausura de la empresa, la suspensión del derecho a contratar, la supresión de las subvenciones, la disolución de una sociedad, la inhabilitación...” (p.189). No obstante, con el surgimiento de estas “penas” contra los entes colectivos, se ha distorsionado la esencia de la función de la prevención especial en Derecho Penal, siendo “necesario trazar una cuidadosa distinción entre las sanciones conforme a su naturaleza: la coacción directa la impone la necesidad de interrumpir una actividad o una omisión (la clausura para interrumpir un peligro en curso o como medio coercitivo para que se cumpla un deber y hasta que se lo haga)” (Zaffaroni,2007:160), correspondiendo esto al Derecho Administrativo; así como la función de restitución y reparación serían propias del Derecho Civil. En efecto, “Toda sanción a una persona jurídica tiene por objeto la reparación, la restitución o el cese e impedimento futuro de una acción lesiva. Cuando no corresponda a uno de estos objetivos será irracional y, por ende, inconstitucional...”, de modo que la pena “es una coerción estatal” que no cumple ninguna de estas funciones (Zaffaroni, 2005:148).

Lo expresado *ut supra* es motivado a que la persona jurídica representa una peligrosidad objetiva al ser considerada como un “instrumento apto para la realización de hechos ilícitos” (Gracia,1996:71), también Miró (op.cit) aduce que la empresa “se concibe como un instrumento peligroso, frente al que hay que intervenir para evitar la delincuencia de la persona física” (p.246), seguidamente, el mismo autor, rebate un argumento de Zugaldía, basado en que “no es correcto considerar a las personas jurídicas como un objeto (paralelo a la pistola con la que se mata), ya que tiene su propia personalidad”, manifestando que definir a la empresa como un instrumento no significa convertirla en un objeto, puesto que también se puede instrumentalizar a las personas” (ídem).

Siendo adecuado agregar, que la anterior explicación se debe a la acción criminal de la persona física suscita determinados efectos materiales a través de la persona jurídica, que pueden generar un estado de peligrosidad inminente, independientemente de que el individuo ya haya paralizado o culminado la acción, ya que los mecanismos y procesos industriales tienden a ser muy complejos; en virtud de lo cual, las medidas o las llamadas “penas” contra las empresas atacan los efectos dañinos o situaciones de peligrosidad que subsisten como consecuencia de una acción criminal humana cometida por medio de la empresa, lo que no debería ameritar el surgimiento de responsabilidad penal alguna a ésta, pudiendo ser resuelto con sanciones o medidas de carácter administrativo (y civiles en caso que se amerite reparación).

Incluso, según Zaffaroni (2005) “las sanciones administrativas tienen las ventajas de requerir menos elementos limitadores del poder que la pena” (p.148), lo que por ende haría menos dificultoso el tema de la aplicación de las mismas. Sin que se pueda entender “la razón por la cual el Tribunal penal no pueda imponerle sanciones administrativas” (ídem), tal como ocurre con la reparación del daño de naturaleza civil que imponen los mismos tribunales penales. En definitiva, argumenta este autor: “Se trata de una mera cuestión de competencia del tribunal penal y no de una modificación de principios de fondo del derecho penal general” (Ibídem).

2. La escasa aplicación de las llamadas “Penas” contra las Personas Jurídicas: Más allá de la falta de claridad sobre la real naturaleza jurídica de las “penas” contra las empresas (cuestión que hasta la actualidad sigue siendo controversial y requiere ser tratada con profundidad), también existe otro factor importante, y es que ciertamente, se ha podido comprobar la poca aplicación judicial de las “penas” contra las empresas. De esta forma, en el caso español, se pudo evidenciar en las sentencias de los tribunales penales, que “la disolución de la sociedad, asociación o fundación no se ha acordado nunca; la intervención de la empresa, sólo en una ocasión; y la clausura temporal de establecimientos ha sido la más aplicada pero en unas pocas resoluciones (Silva, 2006). Justamente, Miró (op.cit.) sobre este particular afirma que “Diez años después de la entrada en vigor de las consecuencias accesorias¹² aplicables a las personas jurídicas apenas han sido puestas en la práctica por parte de los Tribunales. De esto deja constancia el escasísimo número de sentencias en que hemos encontrado la aplicación” (p.208). Incluso, resulta sorprendente que en un país como Holanda, que es uno de los pioneros en la responsabilidad penal empresarial, Heine haya señalado que allí nunca se ha aplicado la pena de clausura contra ninguna empresa (Feijoo, 2002).

Al respecto, la baja operatividad de las “penas” *in comento*, pudiera explicarse por el alto impacto económico y laboral que sus efectos implican dentro del entramado empresarial, y además, por requerir de especialísimas circunstancias para ser dictadas por el juez, desprendiéndose que aunque las mismas hayan sido catalogadas como “penas”, no es correcto calificarlas así, por ser consecuencias jurídicas cuya aplicación sería de carácter excepcional. Por lo tanto, esta excepcionalidad significa que se está en la presencia de “ausencia de merecimiento de pena y de falta de necesidad de pena para la prevención razonable de conductas de ese género” (Fernández, 2009:290).

Debiendo insistirse en que “la necesidad de pena sin merecimiento de pena no puede fundamentar la incriminación, del mismo modo que tampoco el merecimiento de pena sin necesidad de

12 Con la reforma del Código Penal español en el año 2010 las consecuencias accesorias pasaron a ser llamadas “penas”, sin haberse modificado el contenido de las mismas.

pena puede hacerlo” (Ibídem, p.291), siendo asertiva la opinión de Muñoz (op.cit.) al acentuar que “la discusión sobre la naturaleza de la intervención del Derecho penal en este ámbito... no es puramente nominal o una cuestión de etiquetas, sino que tiene claras consecuencias prácticas” (p.149).

Precisamente, esta clase de situaciones son las que generan mucha desconfianza en la sociedad, y a su vez, aumentan la confianza en los empresarios para continuar cometiendo delitos.

3. El Cálculo Costes-Beneficios en la comisión del Delito

Empresarial: Pero como el Derecho Penal debe justificarse de alguna manera, la consecuencia de la falta de aplicación de las llamadas “penas” contra las empresas ha tenido como nefasta consecuencia, la recurrente imposición de penas pecuniarias (multas) en contra de las personas jurídicas. De esta manera, es apropiado expresar que:

...se ha criticado que al ser la multa penal una sanción eminentemente personal la extensión a la persona jurídica sólo se explica por la finalidad recaudatoria y por la comodidad que supone soslayar el procedimiento de realización forzosa de las participaciones empresariales de los autores (personas físicas), asumiendo el riesgo de perjudicar a los socios no culpables. (Cuadrado, op.cit, p.148).

Igualmente, Beristain (1985) aduce como Caffè y otros critican “la eficacia de las sanciones pecuniarias...porque la empresa o la sociedad fácilmente las cubre computándolas en los costos o en los precios de ventas” (p.198); coincidiendo esto con la afirmación de Baigún (op.cit.) basada en que “la pena pone el acento en el impacto que se produce en el patrimonio de la persona jurídica” (p.260).

Es acá donde se puede entrar al análisis de *costes-beneficios*, en cuanto a la imposición de las penas pecuniarias dictadas sobre las empresas, y es así como Pablo Coderch (1997) desarrolla “el concepto económico de negligencia y la fórmula de Hand” (p.135), que puede ser llevada a la medición que posiblemente hacen los miembros de las empresas al cometer delitos, esta fórmula dispone que “si el coste de un accidente es menor que el coste de evitarlo, una empresa económicamente racional

no evitará el accidente y preferirá pagar una indemnización a su víctima” (Ídem).

Entonces, en cuanto a la prevención general, la aplicación del Derecho Penal no disuade a la empresa para que no cometa delitos, siendo “el cálculo de las ventajas o desventajas que deciden en la persona jurídica... los factores que generan la decisión institucional” (Baigún, op.cit., 251), es decir, son muy poco susceptibles de ser intimidados, rigiendo sus actos eminentemente por el cálculo económico. De este modo, puede explicarse que todavía “no se ha probado que la punición de las personas jurídicas tenga mayores efectos preventivos que otros modelos (...) Más bien todo lo contrario, como sucede con el sistema de sanciones económicas de la Unión Europea donde las grandes empresas siguen asumiendo dichas sanciones como un costo más por parte de las empresas” (Feijoo, 2002: 206).

1. Poca Ejecución de Penas Privativas de Libertad contra los Delincuentes Empresariales:

Aunado a toda la situación expuesta existe esta otra tendencia insoslayable, en lo cual influye en gran medida la pretensión de responsabilizar a las personas jurídicas directamente, sin que sea necesario ubicar al individuo responsable del hecho delictivo, sin cuya acción no hubiere sido posible que ocurriera. Así, Morales (op.cit.) expresa, que la responsabilidad penal propia de las empresas “...pudiera llegar a constituir, por sarcástico que parezca, una vía de escape a la responsabilidad penal de las personas físicas.” (p.53), imponiéndose en su mayoría penas pecuniarias contra las empresas.

Siendo preciso acotar que sobre este particular, Fernández (2009) manifiesta que a pesar de estar establecida la pena de prisión en esta clase de ilícitos, se le suelen aplicar a los delincuentes empresariales “fórmulas de sustitución de la pena de prisión y suspensión de su ejecución” (p.15), evitando así, que los mismos entren a la cárcel, siendo pocos los que efectivamente ingresan. Quedando en evidencia, que se “sancionan más severamente algunos delitos contra la propiedad que otros delitos contra el orden económico, aunque aquéllos perjudiquen menos a la sociedad” (Beristain, op.cit, p.198), además, este mismo autor agrega que influye en la eficacia de las sanciones penales en los delitos económicos, “La esperanza de quienes realizan estas acciones de no ser sancionados o, en casos de que se les imponga una sanción, que ésta sea muy

leve. Por desgracia, las estadísticas y la realidad prueban que esta esperanza tiene serios fundamentos” (Ibídem, 188).

Si bien es sabido, que los efectos de la pena carecen de confirmación empírica en cuanto a su eficacia preventiva (Bacigalupo, op.cit.), resulta inevitable reconocer la importancia que tiene para el Derecho Penal su efectiva aplicación, sin que se quede únicamente en mera amenaza punitiva, lo cual no sólo incrementa la confianza de la ciudadanía, sino que se esfumaría esa esperanza de no sanción por parte de los delincuentes empresariales, ya que de lo contrario seguiría “...lesionándose los sentimientos de justicia de la población, que percibirá que en determinados ámbitos, no son castigados los auténticos culpables a diferencia de lo que sucede en otros supuestos más simples de delincuencia.” (Feijoo, 2002:209).

Concatenando lo anterior, Beristain (op.cit.) alega que en efecto existen especialistas que “consideran que la multa resulta menos eficaz que la privación de libertad” (p.198), y en total coincidencia Bajo (1981) fundamenta que “Más eficaz que la multa a la persona jurídica es, sin duda sancionar a las personas físicas incluso con penas cortas de privación de libertad que son especialmente intimidantes en los casos de la criminalidad económica” (p.32). En definitiva, precisamente por esta situación es que: Gracia Martín aboga por un nuevo Derecho penal cuyo núcleo se centre en el castigo de los comportamientos de las clases criminales más poderosas en defensa de las restantes clases sociales. Curiosamente la permanente intensificación del rechazo frente a la delincuencia marginal coincide en el tiempo con un significativo blindaje de la criminalidad económica, la cual aparece caracterizada, cada vez más, por enfrentarse a un Derecho penal blando, a lo que se suman grandes dificultades de detección, comprensión y persecución de la conducta delictiva, y todo ello pese a la gran capacidad lesiva de la misma, que es muy superior a la que, debido a su escasa visibilidad se le puede atribuir” (Fernández, op.cit., p.5).

REFLEXIONES FINALES

Como se pudo observar los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas que han marcado la pauta en los países de cultura continental, han sido principalmente los de origen anglosajón, no obstante, específicamente en los Estados Unidos.

Se ha expuesto cómo estos modelos han sufrido diversas modificaciones motivado a su fracaso y fallas recurrentes en la práctica, resultando paradójico que actualmente existan ordenamientos jurídicos que importen dichos modelos, sin saber sus precedentes e implicaciones reales en otros países, ni hacer trabajos empíricos previos al respecto, ya que por lo general no son adaptables a las particularidades de la nación que pretende copiarlos.

Pero lo más preocupante aún, es que estos cambios legislativos más que por necesidades político-criminales se deben esencialmente a presiones o coyunturas políticas nacionales o internacionales de corte neoliberal, lo que en el momento inmediato genera la sensación a la población de estarse atacando el problema, pero que con el pasar del tiempo no resulta ser así; sin embargo, en cuanto a la delincuencia empresarial las reacciones de la ciudadanía a mediano y largo plazo, suelen ser menos demandantes que en lo relativo a los delitos comunes, ya que sus efectos no se perciben de un modo directo, aunque suelen ser muchos más perjudiciales.

La leyes creadas bajo estas circunstancias tienen la peculiaridad de ser dictadas sin que se conozca a profundidad las características de los destinatarios de las normas, ni de los supuestos fácticos que generan su aplicación, lo que hace que en muchas ocasiones sean instrumentos legales incompletos, precarios, no adaptados a las realidades, y por ende, inmanejables para los jueces u operadores judiciales, sólo aplicable a los casos más obvios, lo cual origina su poca ejecutividad. Entonces, es cuando se hace necesario pensar en cuál sería la función del Derecho Penal en estas circunstancias, sino puede cumplir con sus roles esenciales, ni justificar la necesidad del merecimiento de la pena a plenitud, pues esto pareciera ser propio del denominado Derecho Penal Simbólico, que cada vez más viene adquiriendo un mayor protagonismo, cuya función pareciera ser aparentar el abordaje eficaz de un problema, haciendo de la amenaza penal algo eminentemente mediático sin que su aplicación jurídica posterior sea prioritaria, obviándose por completo las funciones

de la pena que han pretendido legitimar la responsabilidad penal de las empresas.

Sumado a lo anterior, a lo largo del trabajo se pudo notar como una de las causas político-criminales de mayor peso para responsabilizar penalmente a las personas jurídicas ha sido la dificultad de ubicar a las personas físicas en los entramados empresariales de gran complejidad, resultando contraproducente que precisamente una de las mayores críticas sea que los efectos penales son mayormente sufridos por las pequeñas empresas, lo que refleja no solamente la desigualdad existente, sino hasta cierto punto el poder político y la inmunidad de la que continúan gozando las grandes corporaciones. Aunado a que la aplicación de penas de prisión es mínima en comparación con la gran cantidad de penas de multas dictadas, que suelen estar dentro de los cálculos económicos de las personas jurídicas; lo que por ende motiva a sus miembros a que continúen cometiendo conductas ilícitas dentro de éstas, y en consecuencia se incremente la delincuencia empresarial.

Pudiéndose apreciar, que con todas estas circunstancias adversas el afán por responsabilizar a los entes colectivos crea más problemas de los que soluciona. Es cierto que existe una necesidad de atacar eficazmente esta problemática, ante ello la tendencia de responsabilizar penalmente a las empresas sigue adquiriendo fuerza, sin embargo la realidad práctica muestra ser contraria a la esencia de la política-criminal cuyo propósito fundamental es la prevención de los delitos; aunado a que todo esto ha implicado la “administrativización” del Derecho Penal, ya que ciertamente se imponen sanciones penales que son administrativas por su naturaleza y utilidad, tal como se ha apreciado en el desarrollo del presente trabajo.

Por lo tanto, es adecuado preguntarse, si ha valido la pena sacrificar postulados básicos del Derecho Penal, como el principio de *última ratio*, el principio de *personalidad de las penas*, el principio *non bis in ídem*, y prescindir de la debida contención del poder punitivo del Estado para obtener resultados sin impacto relevante alguno. O si por el contrario, es preferible dirigirse a incentivar la profundización teórica y práctica de figuras jurídicas centradas única y exclusivamente en las personas físicas que componen el entramado empresarial, tales como la comisión por omisión, el deber de vigilancia, la autoría mediata, la posición de garante, entre otras.

En definitiva, todas las reflexiones anteriores sólo han pretendido servir de ilustración en vista de la escasa discusión doctrinaria habida del tema en Venezuela, para dar a conocer los precedentes y las connotaciones de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en aras de adentrarnos posteriormente al análisis de la legislación venezolana que ya es algo compleja en sí, a objeto de poder experimentar lo relativo a los modelos de imputación de las empresas existentes en el ordenamiento jurídico venezolano, y estudiar minuciosamente el contenido de cada una de las sanciones penales en cuestión, para finalmente demostrar la urgente necesidad de iniciar investigaciones empíricas serias sobre la ejecutividad real de las leyes que contienen este tipo de responsabilidad, en aras de evitar los mismos errores y poder emprender un efectivo control contra la delincuencia empresarial en Venezuela que se adapte plenamente a nuestras necesidades.



BIBLIOGRAFÍA

- Arroyo Hernández, A. (2004). *Actualidad e Importancia de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas y su Incorporación en el Anteproyecto del Código Penal. Anteproyecto Código Penal –Comentarios–*. Serie normativa, núm. 5, pp. 93-116.
- Arroyo Jiménez, L. (2008). *Introducción a la Autorregulación*. En: Luis Arroyo Jiménez y Adán Nieto Martín (directores), *Autorregulación y Sanciones*. (1ra.ed.). Págs. 18-35. Valladolid, Editorial Lex Nova.
- Bacigalupo, E. (2005). *Teorías de la Pena y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. En: *Curso de Derecho Penal Económico*, pp. 43-59. Madrid-Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Baigún, D. (2000). *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*. Buenos Aires, Editorial Depalma.
- Bajo, M. (1981). *De nuevo con la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, España. Tomo 34, núm. 2-3, pp. 371-380.
- Bajo, M. y Bacigalupo, S. (2008). *Diccionario de Derecho Penal Económico*. (1ª ed.). Madrid. Editorial Iustel.
- Beristain, A. (1985). *Ciencia Penal y Criminología*. Madrid, Tecnos.
- Castiñeira, P. y Coderch, P. (1997). *Prevenir y Castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A.
- Cuadrado, M. (2007). *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Un paso hacia adelante ¿Un paso hacia atrás?* *Revista Jurídica de Castilla y León*, España. Núm. 12, pp. 121-152.
- De Castro y Bravo, F. (1984). *La Persona Jurídica*. (2ª ed.). Madrid. Editorial Civitas.

- García Amado, J. (2005). *Sociología Sistémica y Política Legislativa*. En: *Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y Posibilidades de Aplicación*. Págs. 145-173. Granada, Editorial Comares.
- García, Arán, M. (1998) *Algunas Consideraciones sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. En: Martínez Buján Pérez, Carlos (Dir.), *I Congreso Hispano- Italiano de Derecho penal económico*, pp. 43-55. La Coruña, Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Coruña.
- García Cavero, P. (2010). *La Imputación Penal a la Empresa y desde la Empresa el pensamiento jurídico-penal del Profesor Jesús María Silva Sánchez*. En: Robles Planas y Sánchez-Ostíz (coords.) *La Crisis del Derecho Penal Contemporáneo*, pp. 149-187. Barcelona, Editorial Atelier.
- Gómez, C. (2006). *La Responsabilidad Penal de las Empresas en los EE. UU*. Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Gracia, L. (1996). *La Cuestión de las Responsabilidad Penal de las Propias Personas Jurídicas*. En: Mir Puig y Luzón Peña (coords.), *Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto*, pp. 35-73. Barcelona, José María Bosch Editor.
- Granados, C. (2007). *Análisis Jurisprudencial de la Responsabilidad de las Personas Jurídicas en el Ámbito Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Derecho Comparado y Comunitario. Estudios de Derecho Judicial*, España. Núm. 115, pp. 123-154.
- Feijoo, B. (2002). *Sanciones para Empresas por Delitos contra el Medio Ambiente*. (1ra.ed.). Madrid, Civitas Ediciones S.L.
- Feijoo, B. (2008). *Autorregulación y Derecho Penal de la Empresa: ¿Una Cuestión de Responsabilidad Individual?* En: Arroyo Jiménez y Nieto Martín (directores.), *Autorregulación y Sanciones*. (1ra.ed.), pp. 200-252. Valladolid, Editorial Lex Nova.
- Fernández, M. (2004). *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Criminalidad de Empresa. Tipos Específicos del Anteproyecto del Código Penal del Tribunal Supremo de Justicia. Anteproyecto Código Penal –Comentarios-*. Serie normativa núm. 5, pp. 305-329.

- Miró, F. (2006). *Reflexiones sobre el Principio Societas Delinquere Non Potest y el artículo 129 del Código Penal. Responsabilidad de las Personas Jurídicas en los Delitos Económicos. Especial Referencia a los Consejos de Administración. Actuar en nombre de otro*. Escuela Judicial, Generalitat Valenciana. Núm. 91, pp. 187-263.
- Modollel, J (2002). *Persona Jurídica y Responsabilidad Penal (Algunos problemas dogmáticos y político-criminales)*. (1ra.ed.) Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV.
- Montaner. R. (2008). *Gestión Empresarial y Atribución de Responsabilidad Penal*. Atelier. Barcelona, Editorial Atelier.
- Morales, F. *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas* (arts. 31bis, 31.2 supresión, 33.7, 66bis, 129, 130.2 CP). En: Gonzalo Quintero Olivares (Dir.), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, pp. 45-70. Madrid, Editorial Aranzadi-Thomson.
- Muñoz, F. (2001). *Introducción al Derecho Penal*. 2da. ed. Buenos Aires, Euros Editores.
- Nieto, A. (2008). *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Esquema de un Modelo de Responsabilidad Penal. Nueva Doctrina Penal*, Argentina. Núm. 1, pp. 125-159.
- Pastor, N. (2006). *La Respuesta Adecuada a la Criminalidad de los Directivos contra la Propia Empresa: ¿Derecho Penal o Autorregulación Empresarial? In Dret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona. Núm. 4, pp. 1-17.
- Quintero, O. (2007). *Sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y la Transferencia de Responsabilidad por las Personas Físicas. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Derecho Comparado y Comunitario. Estudios de Derecho Judicial*, España. Núm. 115, pp. 155-196.
- Regis, L. (2000). *La Cuestión de la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica en Derecho Brasileño. Revista de Derecho Penal y Criminología*, Brasil. 2da. época, núm. 6, pp. 273-303.

- Robles, R. (2006). *¿Delitos de Personas Jurídicas? A Propósito de la Ley Austriaca de Responsabilidad de las Agrupaciones por Hechos Delictivos*. In Dret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona. Núm. 2, pp. 1-11.
- Silva, J. (1995). *Responsabilidad Penal de las Empresas y de sus Órganos en Derecho Penal*. En: José María Silva Sánchez (ed.), *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, pp. 357-379. Barcelona, José María Bosch Editor, S.A.
- Silva, J. (2006). *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*. (2ª.ed.). Montevideo-Buenos Aires, Euros Editores y Editorial B de F Ltda.
- Silva, J. (2006). *La Aplicación Judicial de las Consecuencias Accesorias para las Empresas*. In Dret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona. Núm. 2, pp. 1-15.
- Zaffaroni, E. (2005) *Reflexiones sobre el Derecho Penal Ambiental*. En: David Baigún et al, *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*, pp. 143-152. Buenos Aires. Editores del Puerto.
- Zaffaroni, E. (2007). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. (2da. ed.). Buenos Aires, Ediar.
- Zipf, H. (1979). *Introducción a la Política Criminal*. Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas.
- Zugaldía, J. (1980). *Conveniencia Política Criminal e Imposibilidad Dogmática de Revisar la Fórmula Tradicional Societas Delinquere Non Potest*. *Cuadernos de Política Criminal*, España. Núm. 10, pp. 67-88.
- Zuñiga, L. (2009). *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. (3ª. ed.). Navarra, Editorial Aranzadi.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

- Castro Lucini, L. (1991). *Persona Jurídica. Derecho Civil*. En: Gran Enciclopedia Rialp: Humanidades y Ciencias. Madrid, Edi-

ciones Rialp, S.A. En:www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=5046&cat=derecho. Consultado el 22/03/2013.

Fernández, J. (2009). La Expansión Selectiva del Derecho Penal Español. En:http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/MONOGRAFICO%20PREMIOS%20GARCIA%20GOYENA%206/3_PRIMER%20ACCESIT.PDF. Consultado el 25-05-2011.

Gibert-Galassi, J./Correa, B. (2001). *La Teoría de la Autopoiesis y su Aplicación en las Ciencias Sociales. Cinta de moebio*, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile. N° 12. Págs. 8-30. En: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=10101203>. Consultado el 28/03/2013.

Gómez, G. (2007). *Compilación: México ante el TLC* (Tratado de Libre Comercio): México, Estados Unidos y Corea, Universidad de Guadalajara. Págs.100-190. En: [www.eumed.net/librogratis/2008a/369/Sherman Act de 1890.htm](http://www.eumed.net/librogratis/2008a/369/Sherman%20Act%20de%201890.htm). Consultado el 26/03/2013.

Pradel, J. (1998). *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Derecho Penal Francés: Algunas Cuestiones. Ponencia presentada en el Seminario de Derecho Penal celebrado en la Universidad de Friburgo de Brisgovia (Alemania) los días 2 y 3 de mayo de 1998 bajo la coordinación del Prof. Dr. Klaus Tiedemann*. En: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_61.pdf. Consultado el 20/02/2011.

