

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS : CUESTIÓN POLÍTICA

José Hurtado Pozo

Para disciplinar a las personas con la finalidad de que no cometan delitos, aunque sean leves, se ha recurrido a las “armas eficaces” del juicio inmediato y a las penas privativas de libertad efectivas, y se sigue aplicando una política bastante severa respecto a la interrupción del embarazo, aun en situaciones extremas para la mujer.

Para disciplinar a las personas jurídicas (en realidad empresas, comprendidas las multinacionales) y evitar que se favorezcan o aprovechen la comisión del delito de cohecho transnacional se ha previsto imputarles sólo una responsabilidad administrativa e imponerles únicamente sanciones administrativas: multa, inhabilitación, cancelación de licencias. La disolución sólo se prevé en casos excepcionales. Es decir, se prevé una reacción aún menos represiva que la prevista en el Código Penal respecto a los demás delitos.

De esta manera, se evidencia que el derecho penal es una manifestación del juego de las relaciones de poder entre los diversos sectores de la sociedad. En el que, con frecuencia, quienes realmente controlan los intereses económicos y políticos imponen las reglas que les convienen. Quienes detentan el poder no son siempre los que gobiernan ni los inefables “Licurgos criollos”, muchas veces meros servidores de los poderosos, en nuestro caso las empresas económicas y financieras.

Las revelaciones sobre la corruptela de las relaciones económicas y financieras mundiales, debidas a la difusión de los llamados « Panama Papers » permiten percibir, entre otros muchos hechos, el papel decisivo que juegan muchas empresas, personas jurídicas, en el ámbito de la delincuencia económica.

No sólo se trata de las « sociedades offshore » (pantalla) que se crean para ocultar tanto los titulares económicos de las mismas como el origen ilícito de los inmensos capitales que se manipulan (evasión de impuestos, lavado de dinero, corrupción, etc.). Si no también de todas aquellas que intervienen en las actividades económicas, como los bancos, instituciones financieras, oficinas de abogados, administradoras, etc., y que facilitan muchas veces las operaciones ilegales.

Para enfrentar este tipo de delincuencia, un gran número de países, siguiendo los modelos anglosajones y las recomendaciones de los Organismos internacionales, han establecido en sus legislaciones la responsabilidad de las empresas, en particular la de índole penal. Este es el resultado de una larga y ardua confrontación política, enmascarada por discursos jurídico-ideológicos.

En marzo de este año, el Congreso aprobó la denominada "Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por delito de cohecho activo transnacional". Se trata del texto substitutorio propuesto por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, en su Dictamen sobre el Proyecto de Ley N° 4054-2014/PE. El Presidente de la República puede firmar la autógrafa u observar el texto aprobado, lo que daría lugar a revisiones por parte del Congreso.

Debido a las deficiencias de fondo y de forma de la versión aprobada por el Parlamento, el Ejecutivo debería observarla para que sean corregidas las deficiencias, que presentaremos brevemente en seguida.

En la "nueva ley", se estatuye de manera expresa, que se trata de la "responsabilidad administrativa" de las personas jurídicas y sólo en el caso del delito de cohecho transnacional (art. 1). Así mismo, se establecen "medidas administrativas" (art. 5) y "medidas administrativas complementarias" (art. 6), sin mencionar las "consecuencias accesorias" del art. 105 del Código Penal (ni decretar explícitamente su derogación). Por último, vale la pena señalar, regula la "Compliance". En el art. 17 se dispone que la "persona jurídica está exenta de responsabilidad administrativa por la comisión del delito de cohecho activo transnacional, si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención...".

Esta defectuosa técnica legislativa implica que existan dos sistemas diferentes. Según el primero, regulado en el Código Penal, se atribuye responsabilidad penal a las personas jurídicas, en la medida que se considera, conforme a la doctrina de la Corte Suprema, que las "consecuencias accesorias" (art. 105) son de índole penal. Regulación aplicable en relación con la comisión de cualquier delito: "Si el *hecho punible* fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez podrá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes". De acuerdo al segundo, normado en la nueva ley, la responsabilidad de las personas jurídicas es sólo administrativa y únicamente respecto al delito de cohecho transnacional.

En la perspectiva adoptada por la Corte Suprema respecto a la interpretación y aplicación de las "consecuencias accesorias" del art. 105, se puede pensar, como lo han hecho algunos juristas, que las sanciones establecidas en la reciente ley son también sanciones penales y que, a pesar de que se hable de "responsabilidad administrativa" y de "medidas administrativas" (art. 14), se trata de una real responsabilidad penal. Por tanto, se trataría de una simple cuestión de "etiquetas", algo formal y no de fondo.

Sin embargo, consideramos que no se puede dar vuelta de manera tan simple a la cuestión. El legislador ha escogido, supuestamente de manera meditada, entre las tres posibilidades que indicaban las directivas del OCDE: responsabilidad administrativa, civil o penal. Lo que es ratificado por el uso repetido del adjetivo "administrativa" tanto para calificar la responsabilidad como las sanciones o medidas. Tampoco es suficiente destacar que el origen de dicha responsabilidad es la comisión de un delito, pues la responsabilidad civil puede tener igual origen y no deviene en penal. Es así mismo insuficiente que sea el juez penal quien establezca la responsabilidad e imponga la sanción en el proceso penal.

Si se admitiera su índole penal (según la Corte Suprema), se presenta la cuestión de determinar si la aplicación de las «sanciones penales» del art. 105 han sido excluida implícitamente respecto al delito de cohecho transnacional. En caso contrario y tratándose de este delito, se podría acumular una sanción penal del art. 105 a una o algunas de las "medidas administrativas" de la nueva ley. La primera en base de la "culpabilidad por deficiencia de organización" y la segunda conforme a la responsabilidad objetiva administrativa. Una

posibilidad, bastante discutida, para compatibilizar las dos regulaciones sería la de considerar que la nueva ley prevé una responsabilidad *penal* administrativa y no simplemente administrativa.

En este conflicto de intereses y de criterios ideológicos, se ha producido un cierto equilibrio entre quienes defendían la intervención mínima mediante la vía administrativa y quienes al menos trataban de conservar algún aspecto penal a la reacción social. Entre los primeros, hubo algunos que, coherentes con su posición, llegaron a plantear que el fuero administrativo fuera quien conociera estos casos, debiendo ser un organismo administrativo, independiente del poder judicial, quien procesara y sancionara a las personas jurídicas. Con el mantenimiento del fuero penal se ha buscado quizás simplificar el procedimiento y facilitar la sanción (administrativa) de las personas jurídicas responsables considerando que el juez penal tendrá los elementos necesarios para atribuir la responsabilidad administrativa e individualizar la sanción.

Además de profundizar las incoherencias y lagunas del Código Penal, es seguro que la modificación legal realizada está lejos de ser satisfactoria, sobre todo si se tiene en cuenta la gravedad y magnitud de las informaciones reveladas por la formidable investigación realizada sobre el contenido de los « Panama Papers ». El tratamiento privilegiado de los empresarios, expone a la luz del día que las leyes son dictadas para no ser aplicadas a quien logran imponer sus intereses económicos y políticos.

El reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, mejor dicho de las empresas, es la solución adecuada como lo demuestran las reformas penales en diferentes países. Pero para dar este paso era necesario tener la capacidad doctrinaria y legislativa adecuadas y, sobre todo, la voluntad y fuerza políticas para imponer el interés socioeconómico más conveniente a la gran mayoría de los sectores sociales.

Fatigado de reflexionar sobre estas cuestiones y de transcribirlas en blanco y negro, no me queda si no organizarme, mediante una empresa offshore de Panamá, unas vacaciones de un par de semanas en los paraísos caribeños.

Fribourg, abril 2016