

# LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS\*

*Percy García Cavero\*\**

## I. INTRODUCCIÓN

En los diversos ámbitos científicos hay temas que cíclicamente vuelven a ponerse sobre el tapete de la discusión. Este fenómeno recursivo puede apreciarse sin ninguna duda en la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas mismas, cuya discusión se ha planteado en diversos momentos de la historia de la dogmática jurídico-penal. Si repasamos esta historia podremos identificar al menos tres momentos en los que se ha debatido intensamente la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas:

1. El surgimiento del fenómeno corporativo. Desde finales del siglo XVIII las personas jurídicas comenzaron a tener una participación más intensa en el tráfico jurídico-patrimonial. Este fenómeno llevó a la discusión sobre la esencia de la persona jurídica, que dio lugar fundamentalmente a dos posturas encontradas. Por un lado, habría que destacar el planteamiento de SAVIGNY, quien a partir de un concepto de derecho subjetivo vinculado a la idea de individuo negó la existencia de las personas jurídicas a las que calificó no más que de una ficción. A este planteamiento se opuso la teoría de la realidad de GIERKE, quien en atención a teorías organicistas del ámbito de la biología consideró a la persona jurídica un organismo que podía participar perfectamente en la vida social y, por tanto, tener relevancia jurídica. Si bien se ha dicho que este debate no influyó en la discusión dogmática sobre la responsabilidad penal de las personas

---

\* Ponencia pronunciada en las XXVII Jornadas Internacionales de Derecho Penal, realizadas los días 24, 25 y 26 de agosto de 2005, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

\*\* Profesor de Derecho Penal, Universidad de Piura.

jurídicas de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, lo cierto es que de algún modo ha informado el espíritu de ese tiempo. No sería inexacto sostener que defensores del *societas delinquere non potest* como BERNER, BINDING o VON LILIENTHAL se apoyaron en la ficción de las personas jurídicas, mientras que autores como VON LISZT, HAFTER y MESTRE afirmaron la posibilidad de una responsabilidad de las personas jurídicas a partir de su realidad. La legislación penal de los países deudores del sistema continental europeo les negó realidad a las personas jurídicas, por lo que, muy a diferencia del derecho civil en donde podía admitirse una ficción, la actuación de las personas naturales no podía generar efectos penales sobre las personas jurídicas.

2. El derecho de ocupación de la postguerra mundial. JOAQUÍN GARRIGUES describe en su libro *Temas de derecho vivo* cómo la ocupación de la postguerra de los aliados en el territorio alemán tuvo una repercusión en el mundo de las ideas jurídicas, con una formulación más literaria que científica: “en las mochilas de los soldados norteamericanos se trajeron a Europa también muchos principios propios del sistema jurídico norteamericano”. En efecto, en la década de los cincuenta se presentaron varios casos en los que los tribunales penales alemanes utilizaron principios de tradición anglosajona para castigar penalmente a las personas jurídicas. Esta situación llevó a que en 1953 se discutiera, en el Congreso de Profesores de Derecho Penal, si la persona jurídica podía cometer delitos. La opinión dominante fue entender que la persona jurídica no podía tener responsabilidad penal, en la medida que no tenía capacidad de acción (ENGISCH, HARTUNG, JESCHECK, NIESE, SCHMITT). La importancia que tuvo el argumento de la falta de capacidad de acción se explica porque en ese momento el concepto de acción era un tema central en la teoría del delito (la llamada lucha de escuelas). Pese a las claras diferencias de formulación entre las concepciones causalista y finalista que en ese entonces se encontraban en disputa, ambas coincidieron en entender que la persona jurídica no podía realizar una acción penalmente relevante, sea porque carecía de una voluntad psicológicamente entendida, sea porque no era capaz de actuar finalmente. Nuevamente la discusión sobre la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas terminó con un predominio de las tesis que negaban dicha responsabilidad.

3. La protección del mercado único comunitario. El tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha vuelto a poner en la mira de discusión dogmática a raíz de la política unificadora de los mercados en Europa. La entonces Comunidad Europea dio en 1988 ciertas directivas a los Estados miembros para implantar sanciones directas a las personas jurídicas en el marco de un mercado común. En este contexto, más político que jurídico, diversos países han ido incorporando una responsabilidad penal de las personas jurídicas (Francia, Holanda, Finlandia y Dinamarca). Esta situación de política de integración ha reactivado la discusión doctrinal sobre la capacidad delictiva de las personas jurídicas, la cual, a diferencia de en la década de los cincuenta, se ha centrado en su capacidad de culpabilidad. La razón por la que hoy cobra mayor importancia el argumento de la incapacidad de culpabilidad de las personas jurídicas se encuentra en la práctica desaparición de la acción como

concepto autónomo de la teoría del delito. El centro de la discusión gira en torno a si puede la persona jurídica como tal ser objeto de un reproche jurídico-penal por la realización de un hecho delictivo.

## **II. LA DISCUSIÓN ACTUAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS**

Como lo acabamos de precisar, la discusión doctrinal sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas se sitúa en la cuestión de si éstas tienen culpabilidad penal o no. Las posiciones frente a esta cuestión son tanto en un sentido negativo como afirmativo. En lo que sigue, no pienso ocuparme de exponer los fundamentos de estas posiciones, sino, más bien, de las posibilidades de reacción jurídico-penal frente a la persona jurídica que se proponen desde una u otra posición.

### **1. Autores que niegan la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas**

El amplio sector de la doctrina que niega la capacidad de culpabilidad penal a las personas jurídicas limita la responsabilidad penal a sus miembros. Sin embargo, reconoce la necesidad de actuar directamente contra la persona jurídica para evitar el peligro de nuevos delitos cometidos desde la misma. Las posibilidades de reacción que se han propuesto son las siguientes.

#### **a. Sanciones administrativas**

Algunos autores que niegan capacidad de culpabilidad a las personas jurídicas, entienden que solamente cabe imponerle sanciones administrativas. En esta línea se orienta la propuesta de DE OTTO de aplicar a la persona jurídica medidas sancionatorias de supervisión administrativa. Pero algunos autores, como GRACIA MARTÍN, van incluso más allá, en tanto entienden que la persona jurídica es incapaz de acción y, por tanto, tampoco podría fundamentarse la imposición de una sanción administrativa. En este sentido, no puede imponerse sanciones, en general, a las personas jurídicas, sino, en todo caso, alguna medida administrativa frente a situaciones de peligro. A partir de esta idea GRACIA MARTÍN desarrolla el criterio de la peligrosidad objetiva de la cosa (o sea, la persona jurídica), con ayuda de la cual sustentaría la imposición de medidas administrativas no sancionatorias a las personas jurídicas.

Lo problemático de una solución sólo administrativa del problema, como lo ha puesto de manifiesto SILVA SÁNCHEZ, es que en muchos casos la sanción administrativa resulta insuficiente desde el punto de vista preventivo. La sanción administrativa no tiene el efecto comunicativo que tiene la sanción penal, y ello produce inevitablemente un déficit de punibilidad frente a las conductas graves cometidas desde la persona jurídica. Por otra parte, las sanciones administrativas son normalmente multas, de

manera tal que la persona jurídica podría contabilizar como un costo la posible multa, perdiendo ésta su finalidad intimidatoria o preventiva. En atención a estas críticas, se ha reforzado el parecer de utilizar mecanismos de reacción jurídico-penal.

### **b. Medidas de seguridad**

Como consecuencias propiamente penales, algunos autores han intentado fundamentar la imposición de medidas de seguridad a las personas jurídicas. Esto significaría otorgarles una capacidad de acción, pero no una capacidad de culpabilidad, aunque recientemente SILVA SÁNCHEZ ha discrepado de esta ordenación de conceptos de sello finalista, bastándole para fundamentar una medida de seguridad que se realice un hecho objetivamente antijurídico, sin que sea preciso que concurren ni la acción en sentido psicológico, ni el dolo ni la culpa. En cualquier caso, la imposición de la medida de seguridad no se encontraría en la culpabilidad de la persona jurídica, sino en la situación de peligrosidad de la futura comisión de delitos a través de la persona jurídica (BRUNS, SEILER y BRÍCOLA).

El planteamiento esbozado no está libre de problemas y objeciones. En primer lugar, no queda claro quién es el sujeto peligroso: la persona jurídica o sus miembros. Por otra parte, no todas las medidas propuestas para ser aplicadas a las personas jurídicas se corresponden con la concepción tradicional de las medidas de seguridad. En efecto, muchas de estas medidas no apuntan a la resocialización de la persona jurídica, como por ejemplo el decomiso de ganancias obtenidas ilícitamente, lo que desdeciría un aspecto básico de la legitimidad de las medidas de seguridad. Las medidas desarrolladas para personas jurídicas se han elaborado pensando más en finalidades preventivo-generales que especiales. Por esta razón, las medidas que, en todo caso, se aplicarían a las personas jurídicas no responden a las particularidades de las tradicionales medidas de seguridad, por lo que tendría que tratarse de otro tipo de medidas. Un tercer género, en todo caso.

### **c. Consecuencias accesorias**

En determinados países se ha optado por implementar un tercer género de consecuencias jurídicas del delito. Se trata de medidas aplicables a las personas jurídicas tales como la suspensión de actividades, la intervención de la empresa, el cierre de la fábrica, hasta la disolución y liquidación de la persona jurídica. En el fondo, no se puede negar que la creación legislativa de estas nuevas medidas como una tercera alternativa ha sido para evitar la discusión sobre si son penas o medidas de seguridad. No obstante, la doctrina penal empieza a plantearse esta cuestión, pues no se trata de un tema que sólo tenga interés académico, sino fundamentalmente práctico.

Si las consecuencias accesorias son propiamente penas a las personas jurídicas, su imposición no debería ser accesoria, es decir, no debería depender de la declaración de culpabilidad de una persona natural. Por otra parte, la persona jurídica tendría que

aparecer como inculpado con todos los derechos de defensa correspondientes. Finalmente, el criterio para decidir el *quantum* de la medida sería la gravedad del hecho cometido, y no la peligrosidad de una comisión futura de nuevos delitos.

Por nuestra parte, creemos que las consecuencias accesorias no son propiamente penas. Estas medidas responden a la lógica de la peligrosidad de la persona jurídica, en el sentido de existir una estructura organizada que favorece la comisión de futuros delitos (una cultura corporativa criminógena o la existencia de directores de banquillo que niegan eficacia a las sanciones penales impuestas a los miembros de la persona jurídica). En este sentido, para legitimar la imposición de una de estas consecuencias es necesario que previamente se haya determinado la responsabilidad penal de los órganos o miembros de la empresa que han cometido el delito (no se requiere un delito consumado, sino que basta la tentativa). Ahora bien: si bien la persona jurídica no es propiamente un inculpado en el proceso penal, debe contar con una participación que asegure el respeto de sus derechos, sobre todo el derecho de defensa (en España se prevé una audiencia). Es así como se comprende el desarrollo del concepto procesal de parte pasiva, que significa que la persona jurídica ha tenido oportunidad de demostrar su falta de peligrosidad y, por tanto, la no legitimidad de la imposición de consecuencias accesorias dirigidas contra ella. Como último aspecto hay que señalar que las consecuencias accesorias deben someterse a un test de proporcionalidad, en donde se tengan en cuenta no sólo los fines del derecho penal, sino también los intereses de los trabajadores y acreedores de la empresa. La impermeabilidad valorativa de la pena frente a estos aspectos, no puede mantenerse en el marco de las consecuencias accesorias. En este sentido, la exigencia de una motivación de la imposición de estas medidas resulta indudablemente necesaria.

En cualquier caso, y pese al reconocimiento que gozan las consecuencias accesorias en las modernas legislaciones penales, la admisión de las consecuencias contra las personas jurídicas no permite legitimar la imposición de otras consecuencias penales como la pena de multa a las personas jurídicas (como sanción estrictamente penal). Por ello, dando un paso más adelante, un sector de la doctrina sostiene que, aun cuando las personas jurídicas no tienen capacidad de culpabilidad, podría imponérselas sanciones penales con base en otros principios o buenas razones.

#### **d. Sanciones penales sin culpabilidad**

Los autores que defienden la posibilidad de imponer sanciones penales aunque la persona jurídica adolezca de falta de culpabilidad, recurren a algún otro fundamento que sustente la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas. En esta línea discurren los planteamientos de SCHÜNEMANN, con base en su criterio del estado de necesidad preventivo de protección de bienes jurídicos, o ALWART, quien fundamenta una responsabilidad subsidiaria por no imposición de pena a las personas individuales por la organización de la empresa. En el ámbito iberoamericano autores como BAJO FERNÁNDEZ, con su concepto de responsabilidad por el hecho de actuar en sociedad, y

BAIGÚN, con su concepto de responsabilidad social han intentado también fundamentar las sanciones a las personas jurídicas con principios distintos a la culpabilidad.

La crítica general que cabe hacer a estos intentos de fundamentar la imposición de sanciones a las personas jurídicas sin culpabilidad, es desdibujar de alguna forma los rasgos definitorios del derecho penal contemporáneo. Si la pena se puede imponer desligada de la culpabilidad, prácticamente habremos borrado el límite con el derecho administrativo sancionador y con las medidas de seguridad. En un derecho penal construido sobre la culpabilidad del autor, no puede admitirse la imposición de sanciones con base en otras buenas razones.

## 2. Autores que afirman la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas

Un sector de la doctrina cada vez mayor admite la capacidad de culpabilidad penal de las personas jurídicas, de manera que pueden responder penalmente y ser sujeto pasible de sanciones penales. El punto de disenso al interior de esta postura está en la configuración de esta culpabilidad penal, es decir, si la culpabilidad de las personas jurídicas es igual a la exigida para las personas naturales, o si las primeras tienen una culpabilidad penal con contornos propios.

### a. La misma culpabilidad penal para las personas jurídicas

Los que defienden una misma culpabilidad para las personas jurídicas y naturales parten de la idea de que la culpabilidad es un concepto variable con un contenido histórico. En este sentido, si bien la formulación original del concepto de culpabilidad no se ajustó a las personas jurídicas en un primer momento, este concepto ha evolucionado de forma tal que podría admitir hoy en su seno la realidad de las personas jurídicas. En efecto, en la actualidad no se maneja un concepto de culpabilidad con un contenido voluntativo-psicológico (causalismo), ni de base ético-individual (neokantismo o finalismo), sino un concepto social de culpabilidad, orientado fundamentalmente a la necesidad de pena. En este sentido, nada impide que una culpabilidad basada solamente en un juicio social pueda dirigirse a las personas jurídicas. En esta línea se mueven las propuestas de BRENDER y SCHROTH. Lo paradójico es que autores que parten de un concepto individualista de culpabilidad como VON WEBER, HIRSCH o EHRHARDT concluyan que sí cabe una culpabilidad de las personas jurídicas, mientras que autores que asumen una visión de la culpabilidad desprendida de consideraciones individualistas, como JAKOBS, concluyan que no hay una culpabilidad de las personas jurídicas.

De forma muy sintética y general, podemos decir que el problema de esta comprensión de la culpabilidad de las personas jurídicas es que al final se tiene un concepto de culpabilidad tan amplio como poco útil en el plano dogmático. El aspecto garantista que constituye la culpabilidad penal se vería seriamente afectado.

## **b. Una culpabilidad propia de las personas jurídicas**

De todo lo expuesto puede concluirse que el camino dogmático más adecuado es construir una culpabilidad penal propia de las personas jurídicas. Esta labor la han intentado llevar a cabo HEINE con la culpabilidad por la conducción del negocio y LAMPE con la culpabilidad por el carácter o ser así de la empresa (esto es, la empresa con una actitud colectiva criminógena). La crítica que podría hacerseles a estos planteamientos es que la culpabilidad de las personas jurídicas se sustentaría más en una culpabilidad de autor que de acto, lo cual si bien resulta plausible, podría decirse que atenta contra uno de los logros del derecho penal contemporáneo: la culpabilidad de acto. No obstante, la exactitud de esta crítica resulta cuestionable, pues debemos recordar que la imputación penal se basa efectivamente en un acto, pero los elementos que se toman en cuenta para hacer un juicio de responsabilidad tienen en consideración aspectos de la vida del autor (conocimiento, edad, etc.).

En nuestra opinión, la posibilidad de afirmar una culpabilidad penal de las personas jurídicas debe diferenciar dos pasos. En primer lugar, hay que determinar si las personas jurídicas tienen capacidad de culpabilidad, es decir, si pueden ser sujetos de un juicio de valor del ordenamiento jurídico-penal. Pensamos que sí es posible hacer penalmente responsables a las personas jurídicas, en la medida que tienen una individualidad (libertad organizativa) y una socialidad (sujeto de expectativas sociales). Esta capacidad de culpabilidad es similar a la de las personas naturales, por lo que si bien se trata de un concepto propio de las personas jurídicas, es análogo al de las personas naturales. En segundo lugar, se encuentra la culpabilidad jurídico-penal, la cual tiene lugar si es que se ha cometido un injusto penal desde la persona jurídica. El contenido del reproche penal a la persona jurídica consiste en no haber actuado como un ciudadano fiel al derecho, es decir, en no haberse organizado adecuadamente para evitar la producción del injusto penal.

## **III. EL INJUSTO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS**

Hasta ahora nos hemos ocupado de la cuestión del “si” de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y hemos dejado muy de lado, como lo hace gran parte de la doctrina, el “cómo” de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Si se admite la posibilidad de hacer penalmente responsables a las personas jurídicas, la cuestión a discutir será: ¿cuál se el injusto típico de las personas jurídicas?

Para resumir, en breves líneas, la discusión que se avecina, creo que las alternativas son fundamentalmente dos. Veamos.

### **1. La doctrina de la identificación**

En esta comprensión proveniente del mundo anglosajón, el injusto de la personas

jurídica es el realizado por el órgano o representante que es un *alter ego* de la persona jurídica. Los elementos objetivos y subjetivos del delito se deberán de dar en la persona natural representante u órgano de la empresa (lo subjetivo no sería necesario si se admite *strict liability* como en Estados Unidos). Lo importante será determinar en qué casos el representante actúa como tal (y permite una imputación del injusto de resultado a la persona jurídica) y cuándo no, de manera que en este evento responderá sólo a título personal.

El principal problema de este planteamiento es que impediría atribuir una responsabilidad conjunta a los órganos de la persona jurídica y a la persona jurídica misma. Si el órgano ha actuado como la persona jurídica, entonces no podrá imputársele ninguna responsabilidad penal al órgano, pues quien ha actuado en todo momento ha sido la persona jurídica. El uso abusivo de las formas jurídicas podría llevar a utilizar la persona jurídica de las corporaciones para liberar de responsabilidad penal a los sujetos individuales actuantes.

## 2. Teoría del defecto de organización

Se trata de una teoría desarrollada por TIEDEMANN a partir de la OWiG alemana, en la que se sanciona a la empresa por la comisión de delitos realizados por sus miembros o subordinados. El injusto ya no es el injusto de resultado cometido por el representante o miembro de la empresa, sino un injusto propio de la persona jurídica: el haberse organizado defectuosamente durante el desarrollo de sus actividades, de manera que se ha favorecido la comisión de un hecho delictivo. Se trata de un injusto de organización que no dependerá, en principio, de ningún resultado.

Esta comprensión tendría varias particularidades:

- Que podría castigarse a las personas jurídicas sin la lesión efectiva de un bien jurídico, afectándose así el principio de subsidiariedad del derecho penal. La única forma de salir al paso a esta crítica sería considerar la producción de un injusto de resultado del miembro de la persona jurídica como una condición objetiva de punibilidad.
- Que el delito de la persona jurídica sería siempre el mismo: su organización defectuosa. Esta consecuencia no es negativa, pero podría presentar problemas de proporcionalidad, en la medida que se castigaría a la persona jurídica con la misma pena por los delitos leves y graves cometidos por sus miembros. La propuesta alternativa para evitar esta falta de equidad sería vincular la pena de la persona jurídica al delito cometido por los órganos o representantes.