

RESPONSABILIDAD LEGAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR CORRUPCIÓN

LEGAL LIABILITY OF LEGAL PERSONS BY CORRUPTION

Ph. D. Yolanda M. Guerra García*

Fecha de recepción: 14-09-10

Fecha de aprobación: 11-11-10

RESUMEN**

La corrupción es un tema conocido y difícil de manejar debido a lo complejo que resulta encontrar datos idóneos de fenómenos ocurridos en la oscuridad. Lo novedoso del tema radica en el tratamiento que se le ha dado a las personas jurídicas y entes colectivos como uno de los principales protagonistas de los altos índices de corrupción y criminalidad no solo en Colombia sino en el mundo.

Aunque hay quienes afirman que las personas jurídicas no pueden ser responsables de delitos, el crimen organizado ha sido una “institución” durante muchos años y ha causado gran cantidad de dolor y sufrimiento a nivel nacional e internacional y últimamente también a nivel global. Según datos del Banco Mundial, las personas jurídicas y entes colectivos, han cometido el 70% de los crímenes globales de terrorismo, narcotráfico, prostitución, pornografía infantil, etc. y Responsabilidad del Estado en la Contratación por actos de

* Yolanda M. Guerra Ph.D. es abogada de la Universidad Santo Tomás, Magíster y Doctora Ph.D. Universidad de Madison U.S.A. Actualmente se desempeña como docente e investigadora de la Facultad de Derecho en la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja y de la Universidad Militar Nueva Granada, Departamento de Humanidades.

** Artículo de investigación científica y tecnológica resultado del proyecto terminado “Responsabilidad del estado por actos de corrupción en la contratación pública”, vinculado a la línea de investigación en Derecho Administrativo y Responsabilidad del Estado del Centro de Investigaciones Socio-jurídicas de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja.

Método: Análisis Jurídico, tomado como fuentes directas la jurisprudencia del Consejo de Estado tras la configuración conceptual y teórica pertinente.

Corrupción. Estos criminales continúan impunes escondidos bajo el velo de una persona jurídica, legalmente constituida, una religión, un cartel, una universidad, una entidad del gobierno, una organización no gubernamental o cualquier otro disfraz de actividad legal.

La tendencia moderna de responsabilizar por delitos a las personas jurídicas es creciente. Sin embargo, afronta una larga fila de opositores que niegan una persona jurídica pueda ser responsabilizada por un crimen o una actividad criminal. Hoy en día los entes colectivos ya son sujetos responsables frente al derecho administrativo, al derecho ambiental y al derecho civil. El salto de allí al derecho penal es relativamente corto.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad, culpabilidad, personas jurídicas, índices de corrupción.

ABSTRACT

Some scholars state that a juridical person lacks of what is the most important element to consider someone responsible: *the desire to commit a crime*, and the knowledge of breaking the law - this is the psychological element.- However, these circumstances can only be preached of a natural person who has the will to discriminate between good and evil and has the knowledge, or at least should have, of the law.

Nonetheless, organized crime has been an “institution” for years and has

caused great pain and damage, not only nationally, but internationally, and lately in a global manner. Juridical persons or moral agents commit seventy percent of terrorism, prostitution, narcotraffic, genocide, child pornography and other crimes. These kinds of persons hide under a curtain of religion, of business, or of otherwise any legal activity.

In modern law, there is no doubt of the acceptance of criminal responsibility of juridical persons. They are already subjects of liability under administrative or contraventional law, including environmental law (involving punishments such as fines, closure of establishments, and in some cases the loss of property, rights or privileges. These are known in criminal law as accessory penalties.

The bottom line is that the problem of criminal responsibility of juridical persons is reduced to the issue of “what kind of punishment to apply to them”, since everybody would agree these kind of persons are completely responsible and have to bear the legal or illegal consequences of their acts.

KEY WORDS

Responsibility, guilt, juridical persons, corruption index

RÉSUMÉ

La corruption c'est un sujet familier et difficile à gérer en raison de la complexité de trouver des données appropriées sur les phénomènes qui se produisent dans

l'obscurité. Son originalité réside dans le traitement qui est donné aux personnes morales et entités collectives comme l'un des principaux protagonistes des niveaux élevés de corruption et la criminalité, non seulement en Colombie mais dans le monde.

Même si certains prétendent que les personnes morales ne peuvent pas être responsables de crimes, le crime organisé a été une «institution» pendant de nombreuses années et a causé beaucoup de douleur et la souffrance national et international et, plus récemment aussi dans le monde. Selon les données de la Banque, les personnes morales et les organismes collectifs ont commis 70% des crimes mondiales du terrorisme, le trafic de drogue, la prostitution, la pornographie infantine, etc et en général ont créé un solide réseau de corruption internationale. Ces criminels restent impunis caché

sous le voile d'une entité juridique, légalement constituée, une religion, une affiche, une université, une entité gouvernementale, une ONG ou tout autre signe de l'activité juridique.

La tendance moderne à blâmer pour les crimes à des personnes morales est de plus en plus. Cependant, il fait face à une longue lignée d'opposants qui nient une personne morale peut être tenue responsable pour un crime ou d'activités criminelles. Aujourd'hui, les entités collectives sont déjà responsables soumis au droit administratif, droit de l'environnement et le droit civil. Le saut de là à la loi pénale est relativement court.

MOTS CLÉS

Responsabilité, la culpabilité, les personnes morales, le niveau de corruption.

SUMARIO

Introducción 2. Breve recuento histórico del tratamiento de la responsabilidad de los agentes colectivos 3. Teorías modernas sobre la responsabilidad de los agentes colectivos 3.1. Los agentes colectivos no pueden ser sujetos activos de delitos. Teoría De la Ficción. 3.2. Los agentes colectivos solo pueden ser sujetos activos de contravenciones o faltas de carácter civil. Teoría de la voluntad legal. 3.3. Los agentes colectivos SI pueden ser sujetos activos de delitos. Teoría de la voluntad real. 3.4. Comentario general 3.5. Sanciones a los Agentes Colectivos 4. Responsabilidad de las personas colectivas ¿Regla general o excepción? 4.1. Las penas impuestas a las personas colectivas son eternas o temporales? Absolutas o parciales? 5. Personas jurídicas, entes colectivos y corrupción 6. Conclusiones 7. Referencias Bibliográficas.

METODOLOGIA

El artículo que exponemos, es en realidad, cómo en todas las investigaciones extensas, resultado de varios métodos y metodologías, en el análisis histórico de la responsabilidad de los entes colectivos, toda vez que realizamos el recuento de cómo se ha trabajado el tema lo hace desde la época de los primeros libros, desde la Biblia hasta nuestros días, recalando que durante cada periodo, de acuerdo a las circunstancias sociales y económicas, se le ha dado diferentes matices al tema.

Posteriormente se exponen algunos casos que han sucedido en otras partes del mundo frente a los delitos que pueden ser cometidos por los entes colectivos, como por ejemplo las multinacionales farmacéuticas que venden sus productos a los países tercermundistas sin siquiera haber realizado los estudios frente a los riesgos que éstos pueden causar en la salud de quienes los consumen. Frente al tema de la responsabilidad penal de los entes colectivos, estudiamos posteriormente las legislaciones penales de diferentes países y se intenta buscar similitudes entre estas con el fin de demostrar que las personas jurídicas si pueden ser consideradas agentes de la comisión delictual.

Para reforzar esta posición frente al tema, se analizan de forma lógica conceptual, las tres teorías que se han planteado. La primera afirma que no

está de acuerdo con la posición de que un ente colectivo tenga la capacidad de cometer delitos dado que los únicos que pueden cometerlos son las personas naturales, la segunda comparte esta posición pero sostiene que una persona jurídica si puede ser responsable civilmente y la tercera defiende la posición que una persona jurídica tiene todas las facultades y aptitudes para cometer delitos y por ende ser sujeto de responsabilidad penal. Para terminar se plantean algunas conclusiones del tema y se exponen algunos casos de corrupción que se han cometido por entes colectivos, trayendo graves consecuencias para la sociedad y para los Estados.

Tomando estas fuentes y herramientas de trabajo hemos podido completar el trabajo iniciado hace algunos años el cual titulamos “Breve Introducción al tema de las personas jurídicas (GUERRA GARCÍA Y. 2005). Abordando la temática desde el punto de vista de la corrupción, entendiendola como la desviación del marco esperado tema neurálgico hoy en día y fuente de enormes flagelos.

Pero la diversidad metodológica expuesta, nos presentaría una debilidad científica, que queremos evitar, estos diversos resultados e instrumentos de análisis deben ser enlazados con un método general, que nos permita utilizar como verdad científica los resultados de este trabajo, al respecto diremos que se trata de un Método inductivo entre los

diferentes resultados partiendo de los criterios más generales hasta concretar nuestros resultados en las conclusiones del trabajo.

1. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad de las personas jurídicas y los agentes colectivos ha sido un tema de interés para los estudiosos del mundo globalizado cada vez más cambiante y más lleno de problemas internacionales que vulneran los derechos humanos y además los fundamentales de los individuos.

Después de analizar las directrices legislativas de los diferentes países en el globo terráqueo se puede establecer que hay tres tendencias marcadas para reconocer o no la responsabilidad de las organizaciones morales colectivas, las cuales serán analizadas con posterioridad. Es necesario también diferenciar el término “responsabilidad” de “culpabilidad” éste último siendo solamente imputables a los individuos.

Las diferentes penas que se le dan a una organización pueden ir desde la pena de “muerte” (que es la clausura de su personalidad jurídica con la prohibición de volver a actuar legalmente), esta pena es absoluta y eterna. Hasta penas parciales y temporales como la confiscación de bienes, pago de sanciones y multas y cierre temporal, una especie de parole (libertad bajo palabra, en inglés) bajo la supervisión de la entidad juzgadora, quien levantará

la pena solamente cuando se considere efectivamente rehabilitada la entidad.

La rehabilitación se da cuando se han establecido normas internas que adopten las políticas que previenen y controlan, prácticas que hayan llevada a la “comisión” de los delitos por los cuales se hizo responsable la organización; así como el establecimiento de otras medidas y actitudes de parte de los miembros de la organización penalizada.

Comenzaremos esta ponencia con el análisis histórico de la “responsabilidad” como figura jurídica y social de los agentes colectivos y luego seguiremos con el análisis de las tendencias, el estudio de casos y las conclusiones.

2. BREVE RECUESTO HISTÓRICO DEL TRATAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS AGENTES COLECTIVOS

A lo largo de la historia se ha cuestionado si una persona jurídica, o un ente colectivo puede ser jurídicamente responsable de delitos. Aunque las respuestas han ido cambiando paulatinamente, el criterio moderno más aceptado es el de considerar que sí son jurídicamente responsables y capaces de recibir castigos.

En Babilonia, China, Indochina, Corea, Japón e India, hubo legislaciones completas como el Código de Manú y el de Hamurabi que consagraron claramente la responsabilidad de las

personas colectivas. Incluso iba más allá de la responsabilidad civil a la penal. El Código de Hamurabi instituía que si un ladrón escapaba de la cárcel, la víctima recibiría una compensación de “Dios” el cual estaba representado para propósitos legales por la ciudad y sus gobernantes, en donde el hecho hubiere ocurrido, quienes responderán a la víctima. (REYES, Echandia A, 1984).

En China la compilación de leyes hecha por *Ta Tsing Leu Lee Kiag-Foo-see* en 1647, extendía la responsabilidad de un criminal a todos los miembros de su familia quien en últimas era quien debía pagar por los crímenes cometidos. (SALDAÑA, Q. 1927).

En cuanto a Indochina en *Anam* una parte del imperio Asiático, con su capital *Hue* se estableció claramente la responsabilidad criminal colectiva derivada de crímenes de rebelión por ejemplo, en donde se ejecutaba a todos los miembros de la familia, amigos, parientes lejanos, vecinos y otros de los participantes en dichas causas.

En India el Código de Manú estableció la comunicabilidad de los crímenes más allá de la coparticipación de los autores directos o indirectos. Estableciendo la responsabilidad criminal de incluso las personas que hacían la comida del infractor. Aquel que mintiera y levantara falsos testimonios debería ir al infierno en vida, presenciando la muerte de toda su familia y parientes.

(SAAVEDRA, Rojas E. 1984).

No olvidemos que en Israel hay muchos ejemplos de responsabilidad de entes colectivos, por su naturaleza tribal. Francesco Ferrara en su obra *Teoría de las personas jurídicas* afirma que la “solidaridad de la tribu no conocía límites. Los servicios hechos a un solo miembro de la tribu eran pagados por todos, y los crímenes también” (FERRARA, F. 1929).

En el libro del Génesis también se conocen los castigos a las personas colectivas. Como el que por causa de Adán y Eva se le dió a toda la humanidad, o el del diluvio universal o el de las ciudades de Sodoma y Gomorra por asuntos de corrupción.

Entre los años 975 y 1066 el Estado de Sajonia promulgó una ley según la cual los habitantes de las aldeas respondían entre sí ante la justicia y que si el culpable quedaba impune, entonces el jefe de la misma respondía con los bienes del burgo. (MESTRE A. 1978).

En la legislación imperial se encuentra la ordenanza Criminal de 1670 que en el título XXI contempla todo el procedimiento y “la manera de iniciar un proceso contra las comunidades de las ciudades, villas, aldeas, corporaciones y compañías”.

En la Alemania Moderna se contempla la *Gewerbeordnung* de 1900 que establece “Una corporación puede ser disuelta

cuando se haga culpable de acciones u omisiones contrarias a la ley, por las que se ponga en peligro el bien público, o cuando persiga fines que no sean lícitos”

El primer Código Penal de los Soviets, publicado en Julio de 1922, imponía sanciones a las organizaciones con fines contrarrevolucionarios de sublevaciones armadas o de invasiones en el territorio” y la participación o la cooperación con estas organizaciones. El Código de 1927 de larga duración pues rigió hasta 1960, también alude a “organización de bandas armadas” (artículo 59) y la “usurpación de funciones administrativas, judiciales u otras de derecho público y de los derechos correspondientes a personas jurídicas, cometida por organizaciones religiosas o eclesiásticas serán sancionadas con trabajos correccionales” Artículo 125.

Las nociones de delito colectivo y de pena corporativa se encuentran en la práctica francesa desde tiempo inmemorial. Son muchos los casos que recoge la historia de penas impuestas a ciudades y comunas. En 1331 por ejemplo, se condena a la ciudad de Toulouse por el parlamento Parisino a la pérdida de su derecho de cuerpo y de comunidad con confiscación de su patrimonio; y en 1379 la ciudad de Montpellier fue condenada a la pérdida de su universidad, consulado, ayuntamiento y otros privilegios. Con la obligación de pagar una multa de \$600.000 libras de oro, parte de sus

murallas derribadas, cegados sus fosos y ejecutados 600 habitantes de la ciudad como consecuencia de que unos pocos se sublevaron ante un impuesto real. (FERRARA, F. 1929).

La Ordenanza de 1670 a pesar de ser un Código de Procedimiento Penal establece en el artículo primero que los “procesos se dirigirán contra las comunidades, las ciudades, las villas, las aldeas, los cuerpos y las compañías que hayan cometido algún acto de rebelión, violencia u otro crimen”. Las penas previstas en esta ordenanza excluyen las corporales, inaplicables a la comunidad que no está dotada de cuerpo. Por ello las condenas no pueden consistir sino en la reparación civil de daños y perjuicios de la parte ofendida, privación de sus privilegios, multa y cualquier otro castigo público.

De acuerdo con los castigos de la época, otros castigos fueron la confiscación del patrimonio, cambios en la forma de gobierno, arrasamiento de sus muros, cegamiento de fosos o la definitiva supresión de la comunidad.

Las leyes revolucionarias durante el influjo de Rousseau, desconocieron la responsabilidad de los agentes colectivos morales pero en 1884 una ley municipal establece la responsabilidad para los municipios por delitos de violencia cometidos en su territorio con motivo de reuniones tumultuosas. (MESTRE, A. 1978).

3. TEORÍAS MODERNAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS AGENTES COLECTIVOS

Con el paso del tiempo los delitos penalizados en los Estados así como internacionalmente, y las conductas punibles que no han sido propiamente penalizadas pero que causan gran cantidad de víctimas y perjuicio social, se han ido sofisticando cada vez más.

Por ejemplo no se puede ignorar la responsabilidad de las compañías multinacionales que venden a los países tercermundistas productos farmacéuticos que no han sido aprobados por asociaciones médicas y causan flagrantes daños a la salud. También se encuentra la enorme cantidad de víctimas anónimas que deja el derrame de un barco con sobrepeso de petróleo.

En 1984, por ejemplo, una compañía multinacional vendió en toda Latinoamérica a unos precios muy bajos unas pijamas infantiles elaboradas con elementos cancerígenos para la piel y cuya distribución se había prohibido en los Estados Unidos.

En los países productores de hojas de coca se ha autorizado el uso de fungicidas e insecticidas que han sido prohibidos en sus países de origen debido a los comprobados daños que ocasionan en la salud de las personas que entran en contacto con ellos, los cuales se han asociado al aumento en

el número de abortos y la aparición de labios leporinos en los niños, o los nacimientos con características anormales.

En España, se recuerda a aquella compañía que para garantizar mayores ingresos combinó el aceite de cocina con aceite de usos industriales produciendo consecuencias fatales en la vida y la integridad de centenares de ciudadanos. (MESTRE, A. 2005).

También se encuentran las compañías u organizaciones que se prestan con apariencias perfectamente legales, al lavado de activos provenientes de la compra y la venta de armas, de drogas u otros productos igualmente ilegales.

El número de víctimas anónimas aumenta frente a los delitos y conductas reprochables de los agentes colectivos. Por lo anterior el mundo ha querido voltear su mirada hacia la penalización de estas entidades y se ha encontrado con varios obstáculos dentro de los cuales se encuentra la falta de claridad y de consenso frente a si debe o no penalizarse a una organización colectiva. Y de ser afirmativa la respuesta entonces se pregunta el cómo? Y una vez penalizada la pregunta de si podrá rehabilitarse la organización así penalizada.

Las teorías modernas sobre la responsabilidad de los agentes colectivos morales son básicamente tres, determinadas del siguiente modo:

3.1. LOS AGENTES COLECTIVOS NO PUEDEN SER SUJETOS ACTIVOS DE DELITOS. TEORÍA DE LA FICCIÓN.

Fue SAVIGNY quien planteó este postulado en su obra publicada en 1840 "Tratado de Derecho Romano". Dentro de esa concepción se identifica el concepto de persona con el de hombre y en tal proyección todo hombre es singular y solo él es capaz de adquirir derechos y obligaciones.

El argumento frente a esta primera posición indica entonces que esa unidad de conciencia y voluntad que se destaca en las personas naturales no aparece nunca en un ente jurídico. Es decir esa facultad de querer que se exija en los tipos dolosos por ejemplo, para tipificar un delito, el fenómeno psíquico no opera en ese ente ficticio porque esto es exclusivo de los seres humanos.

De otra parte se sostiene que el delito cometido por una persona jurídica siempre lo será realmente de una persona natural, trátese de su representante legal, gerente o por decisión de la junta o comité directivo de esa entidad que en últimas son los que conocen y quieren el hecho criminoso. Como sostiene el profesor MANZINI, "el derecho penal, presupone en el sujeto activo del delito no solo la capacidad de cumplir determinados actos voluntarios, sino la de creer, vale decir una potencialidad volitiva que en la persona jurídica evidentemente no existe...la colectividad no tiene ideas ni motivos propios; ella

es impulsada a la acción mediante un concurso de voluntades individuales que se forma y determina como un proceso psíquico exclusivamente personal aunque en vista de intereses y finalidad colectivas." (GARVAD, R. MANEINI, V. 1961. pág. 205).

3.2. LOS AGENTES COLECTIVOS SOLO PUEDEN SER SUJETOS ACTIVOS DE CONTRAVENCIONES O FALTAS DE CARÁCTER CIVIL. TEORIA DE LA VOLUNTAD LEGAL.

Sostenida por figuras como MICHOD, quien afirma que a la persona jurídica le falta la voluntad natural, debiendo entonces la ley asignarle una voluntad legal.

Quienes sostienen esta teoría nos recuerdan que el código penal regula los hechos punibles y los clasifica en dos maneras: delitos en el código penal y contravenciones en el código de policía. Y afirman que los entes colectivos no son ficciones pero sí abstracciones y que por lo mismo si bien no pueden cometer delitos propiamente dichos como lo haría una persona natural sí pueden cometer contravenciones. Pero entendiendo que en esta última forma de comisión de hechos punibles para su sanción no se requiere el análisis de la culpabilidad, esto es la estructura del contenido psíquico del querer de esta manera cuando la actividad social de una empresa, de un banco etc. Se concreta la realización de una conducta típica y antijurídica solo

de contravenciones se debe hablar. Y en consecuencia la sanción que le puede caber es de derecho penal administrativo. (FERRI, E. 1960).

3.3. LOS AGENTES COLECTIVOS SI PUEDEN SER SUJETOS ACTIVOS DE DELITOS. TEORIA DE LA VOLUNTAD REAL.

Esta teoría expuesta inicialmente por BESELER, seguido posteriormente por WEISKE, DERNBURG, BIERKE y muchos otros, parte de los siguientes supuestos:

- a. El concepto de persona no coincide con el de hombre, sino que se identifica con un sujeto de derechos y ello implica necesariamente que hayan sujetos de derechos diferentes al hombre.
- b. Es preciso ampliar el concepto de sujeto sacándolo del ámbito del Derecho Privado y llevándolo al de Derecho público.
- c. Todas las personas sean públicas o privadas son realidades y no ficciones jurídicas.

Las corporaciones son personas reales colectivas formadas por individuos. Este ente colectivo está dotado de una potestad propia de querer y por tanto capaz de ser sujeto de derechos. Este ente colectivo surge espontáneamente, y por hechos históricos sociales o por constitución voluntaria de los hombres.

Las personas colectivas, en consecuencia sí pueden cometer delitos, están en condiciones de perpetrar hechos ilícitos porque su capacidad de obrar reconocida en el derecho civil para realizar contratos, cobrar obligaciones, exigir derechos, etc., no es fundamentalmente distinta en principio de la exigida en el derecho penal.

De otra parte las personas colectivas no son simplemente creaciones o ficciones legales sino que tienen una real existencia y presencia en el campo social, económico no solo de la sociedad sino frente al Estado. Y poseen una “voluntad” lo que les permite no solo querer sino también consumir delitos. Pero el problema entonces se reduce a establecer las sanciones adecuadas, para esos entes jurídicos como imponer multas, cierre de establecimientos, indemnizaciones, disolución o suspensión de esas sociedades.

Esta última teoría es la que ha tenido en la dogmática penal moderna un gran desarrollo. Códigos como el penal español vigente (1995) ya consideran a las personas jurídicas como responsables penalmente y para ellas determinan una serie de sanciones teniendo en cuenta esta clase de personas. Por supuesto no cabe pensar que a una de estas entidades se le vaya a condenar por un homicidio con pena privativa de la libertad pues carecería de todo sentido.

En la criminalidad moderna la comisión

de los delitos graves, está comprobada que por su magnitud cuantía de los dineros que manejan, solo se pueden realizar a través de la creación de sociedades que en principio son creadas con fines lícitos pero como las empresas en sus objetivos sociales permiten el desarrollo de muchas actividades a través de éstas es que se le facilita a la criminalidad organizada la comisión de delitos como narcotráfico, lavado de dinero, trata de blancas, compra y venta de armas, compra y distribución de insumos químicos necesarios para el procesamiento de alcaloides, producción y fabricación de medicamentos adulterados y con la grave situación que ya la acción criminal no se centra en un solo estado sino que afecta a toda la comunidad internacional.

Si bien para algunos autores no es necesario acudir a determinar la responsabilidad de las personas jurídicas porque los códigos penales modernos han traído para solucionar este problema una nueva figura de autoría como es el actuar en lugar de otro en el derecho penal. Por ejemplo, el código penal colombiano en su artículo 29 inciso 3, regula esta situación como una forma independiente de coparticipación. Según el cual es autor quien obre en representación legal de una persona jurídica, de un ente colectivo y por su actuar se responsabilizará tanto al obrante como a la asociación.

3.4. COMENTARIO GENERAL

Es bastante antigua la cuestión de si sólo la persona física puede ser sujeto activo del delito o de algún modo, puede extenderse tal condición a las personas jurídicas o agrupaciones de hecho.

En España, venía resolviéndose en sentido negativo. Con este objeto, se esgrime el axioma *societas delinquere non potest*, fundamentado en la afirmación que entes distintos del ser humano no tienen, conforme al tradicional derecho penal, la capacidad de acción, de culpabilidad y de padecimiento de pena.

Es en los siglos XVIII y XIX cuando se va consagrando el axioma, más desde consideraciones dogmáticas y político-criminales que desde la teoría de la ficción. Según algunos autores, ésta suponía conceder personalidad jurídica a determinadas entidades sin óptica capacidad de entender y decidir.

En gran parte de la legislación extranjera y desde hace algún tiempo, se ha superado esta limitación. Esto ha sido hecho previendo la posibilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o acudiendo a fórmulas de política criminal eficaces y sin abandonar el dogma *societas delinquere non potest* como regla general. Así, se ha dejado una puerta abierta para dar, posteriormente, el paso renovador (art. 11 del Código Penal portugués de 1982; «Salvo disposición en contrario, sólo las personas singulares son susceptibles

de responsabilidad criminal»); o bien se ha declarado la capacidad de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en los supuestos en que las normas penales especiales así lo admitan de modo expreso (Código Penal francés de 1994, art. 121.2).

En segundo lugar, lo que para algunos códigos son medidas de seguridad y para otros, como el vigente Código Penal, consecuencias accesorias del delito, pueden afectar igualmente a las empresas, sociedades, asociaciones o fundaciones. Así, el Título VI del Libro I del nuevo Código dispone (arts. 127 y siguientes) el decomiso tanto de los efectos e instrumentos del delito, como de las ganancias provenientes del mismo; la clausura temporal o definitiva de la empresa, sus locales o establecimientos; la disolución de la persona jurídica; la suspensión de actividades por tiempo no superior a cinco años; la inhabilitación temporal o definitiva para ejercer actividades de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; y, la intervención de la empresa.

3.5. SANCIONES A LOS AGENTES COLECTIVOS

Finalmente no puede dejarse de mencionar las consecuencias derivadas del *strepitus fori*, que sin duda pueden afectar muy desfavorablemente a la persona jurídica o entidad relacionada con la actividad supuestamente delictiva. Consecuencias que a veces implican,

aun cuando finalmente no se llegue a condenar a nadie, la inhabilitación de hecho por la desconfianza surgida en ámbitos tan sensibles como el mantenimiento o la concesión de líneas de crédito. No es éste el momento de discutir si, particularmente las llamadas «consecuencias accesorias», son medidas de seguridad o penas encubiertas (incluida la «pena de muerte» de la persona jurídica: su disolución), es decir, si en definitiva suponen auténticas responsabilidades penales.

Tampoco es oportuno detenerse en los aspectos preventivos más que represivos de tales medidas, de carácter «neutralizador». Lo único que se quiere destacar es que, aún cuando se acepte como principio el aludido aforismo *societas delinquere non potest*, la persona jurídica o entidad de hecho (empresa) puede sufrir, realmente en algunos casos, las consecuencias de los delitos cometidos en su ámbito de actividad (responsabilidades en el sentido de «responder», de derivarse de).

Consecuencias de carácter afflictivo que, sin duda, suponen una limitación de sus derechos patrimoniales o de otra índole. En buena cuenta, algo muy parecido, sino idéntico desde un punto de vista real y material, a las penas o a las medidas de seguridad.

Baste con denunciar que ubicar en el orden penal conflictos sociales, básicamente civiles y consistentes en

la procedencia o improcedencia de una indemnización que de ordinario podría considerarse como responsabilidad civil objetiva, es el principal origen de las disfunciones a las que se está y se va a seguir aludiendo.

Básicamente las sanciones a los agentes colectivos van desde penas pecuniarias hasta la pena de “muerte” que es la disolución con pérdida de personería jurídica sin alternativa para volver a abrir dicho agente colectivo, por lo menos con la misma razón social.

4. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS COLECTIVAS ¿Regla general o excepción?

Si se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo primero que habrá que preguntarse es si tal posibilidad debe ser absoluta y general o más bien excepcional y condicionada. Al prescindirse de la solución basada en la concepción de Jackobs, se estaba ya aceptando tácitamente la conveniencia de mantener como sistema general el del derecho penal tradicional, centrado en la persona singular o física como posible sujeto activo, e introducir la incriminación penal a la persona jurídica como excepcional para los supuestos expresamente reconocidos en la parte especial.

Esta solución permite lograr congruencia con relación a las penas que se prevean para tales supuestos. En el sentido de

que sean compatibles con la naturaleza del nuevo sujeto activo del delito, evitando las penas privativas de libertad.

El derecho penal tradicional, centrado en lo que cabría volver a llamar «delitos naturales» seguiría siendo la regla general y conservaría las esencias de siempre. En cambio, el nuevo derecho penal - claramente secundario, invasor de otros sectores del ordenamiento jurídico directamente encargados de configurar y proteger los novedosos bienes jurídicos penalmente protegidos; sería el que admita la responsabilidad penal de las personas jurídicas, atribuya de manera objetiva a tales entidades resultados penalmente ilícitos y les imponga penas y otras consecuencias del delito.

La responsabilidad de las personas morales NO EXCLUYE la de las personas físicas autoras o cómplices de los delitos de las primeras. Sin embargo la responsabilidad penal de las personas morales en España se considera que debe ser excepcionalmente usada.

En Suiza grosso modo, pueden distinguirse cuatro etapas en la evolución legislativa y doctrinaria: primero, la negación de dicha responsabilidad a partir de lo establecido en los arts. 172 y 326 del Código penal; segundo, la confirmación del principio *societas delinquere non potest* en el derecho penal administrativo federal; tercero, el cuestionamiento de dicho principio con ocasión del proceso de revisión de

la Ley Federal de Bancos; y, cuarto, la propuesta, formulada en el anteproyecto de parte general, de inserción en el Código penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Los arts. 172 y 326 del Código penal se refieren al problema creado por la comisión de una infracción contra el patrimonio en el marco de la gestión de una persona moral o de una sociedad (sin personalidad jurídica). La cuestión que se plantea, en tal situación, es de saber si la agrupación puede ser directamente perseguida y condenada penalmente. De acuerdo con la opinión dominante, en los artículos citados se responde negativamente, designando expresamente las personas físicas que sólo pueden ser sancionadas. El principio *societas delinquere non potest* es así reconocido, y por tanto no se instituye ninguna presunción de culpabilidad en contra de las personas jurídicas.

La responsabilidad solidaria de las agrupaciones ha sido estatuida en algunas leyes complementarias. Estas disposiciones suponen la derogación de lo dispuesto en las disposiciones de la parte general del Código; derogación autorizada por el art. 333 del mismo código. Así, por ejemplo, el art. 134, inc. 4, del Decreto federal sobre el impuesto federal reconoce la responsabilidad de la empresa en materia de delitos fiscales. La responsabilidad solidaria también es admitida en la ley federal sobre agentes de comercio (arts. 13 a 15) y en

la ley federal referente a los productos alimenticios (art. 56, inc. 1).

En la ley federal concerniente al derecho penal administrativo, se parte del principio general de la no responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, se establece una excepción al preverse, en su art. 7, una forma de responsabilidad. Según esta disposición, se castigará a la empresa en lugar del autor de la infracción « cuando la multa imponible no exceda cinco mil francos y que la investigación comportaría necesariamente la aplicación de medidas coercitivas desproporcionadas con la pena en que incurrirían las personas mencionadas en el art. 6».

4.1. LAS PENAS IMPUESTAS A LAS PERSONAS COLECTIVAS SON ¿ETERNAS O TEMPORALES? ¿ABSOLUTAS O PARCIALES?

La prohibición de ejercer una actividad determinada puede ser considerada sobre todo como una medida de seguridad. Su finalidad es, en particular, la de restringir el riesgo de que se vuelvan a cometer infracciones en el ejercicio de la misma actividad. Por esto, la prohibición debe limitarse al dominio de actividades que dieron lugar a la infracción; no puede ser, en consecuencia, general (por ejemplo, prohibir a una empresa dedicada al transporte de materiales, el transporte de sustancias tóxicas). Esta prohibición puede ser definitiva o plazo fijo. Para garantizar el respeto de la

prohibición se prevé su imposición bajo la amenaza de imponer la sujeción a una obligación económica o la disolución de la empresa. Circunstancia que, en caso de desobediencia de la sentencia, da una cierta coloración punitiva a la prohibición de una actividad determinada.

La disolución de la empresa constituye la sanción más grave. En doctrina, ha sido comparada con la pena de muerte. Esto muestra los alcances de la sanción, cuya aplicación no depende de que la empresa esté orientada únicamente a realizar actividades ilícitas. Basta, en consecuencia, que una sola infracción haya sido cometida. Pero, teniendo en cuenta la gravedad de la sanción, la infracción debe ser muy grave o que se trate de una grave reiteración. Resulta difícil considerar la disolución como una medida de seguridad, aun cuando sea evidente que es la manera más eficaz de evitar la reiteración. Al respecto, es de recordar que los positivistas italianos calificaron de igual manera la pena de muerte, lo que sólo significaba un simple juego de palabras.

La interdicción de ejercer una actividad y la disolución pueden ser impuestas de manera condicional con un periodo de prueba de dos a cinco años y previsión de reglas de conducta. En cuanto a estas últimas se dispone que están destinadas a prevenir la reiteración de infracciones de la misma naturaleza (lo que no es sino una confirmación de la finalidad general de las sanciones

previstas) y a promover la reparación de los perjuicios causados.

Si bien la suspensión de la ejecución de la disolución o de la prohibición de una actividad y la imposición de reglas de conducta están vinculadas necesariamente a la imposición de una sanción «principal, la medida de someter a la empresa a la vigilancia, total o parcial, de una autoridad o de una persona designada por el juez, puede ser impuesta de manera autónoma «en todos los casos». Esto es, aún en ausencia de otra sanción.

5. PERSONAS JURÍDICAS, ENTES COLECTIVOS Y CORRUPCIÓN

En asuntos de corrupción, como las estadísticas lo demuestran, las personas jurídicas cometen gran cantidad de delitos que trascienden las fronteras. Aunque la mayoría de países están de acuerdo con que las corporaciones nacionales y multinacionales han cometido crímenes de corrupción a lo largo de la historia sin recibir ninguna clase de castigo, para nuestra sorpresa, ningún país del mundo en su ordenamiento criminal o disciplinario ha establecido sanciones claras por comisión de actos de corrupción ni a actores individuales ni mucho menos a personas colectivas.

En consecuencia los niveles de corrupción protagonizados por entidades colectivas

no han sido controlados.

El Código criminal unificado ha sido propuesto para América Latina el cual involucraría más de 20 países y contempla la responsabilidad de las personas jurídicas como algo real y tangible e incluso elabora el concepto, los grados de participación, los tipos de responsabilidad y establece diferentes tipos de castigo, sobre todo en materia de corrupción.

No obstante el código no ha sido aprobado ni confirmado por los países involucrados aunque se espera que esté activo en el 2010.

6. CONCLUSIONES

En materia de agentes colectivos el asunto de la responsabilidad debe diferenciarse de la culpabilidad y de la autoría, pues realmente son aspectos diferentes. Es ciertamente posible establecer entonces la responsabilidad de un agente moral colectivo en dos sentidos: por omisión y por acción.

Los casos donde personas jurídicas, compañías multinacionales, grupos religiosos y otros entes de carácter colectivo cometen actos corruptos han crecido cada vez más en el mundo globalizado. Sin embargo ni los procesos de control ni de prevención han surgido a la vida jurídica por cuanto ni siquiera se reconoce la posibilidad de aceptar la

responsabilidad criminal o disciplinaria de las personas jurídicas.

En las legislaciones que incipientemente tocan el fenómeno de la corrupción cometida por personas jurídicas, no hay claridad sobre el tipo de sanciones que se les debe imponer. A veces incluso confunden éstas con el tipo de sanciones impuestas a los Estados como la del caso de Libia de haber asumido la responsabilidad de un atentado terrorista a un avión de pasajeros británico donde murieron más de 200 pasajeros. Internacionalmente fue sancionada a través de embargos que le hicieron los demás Estados, no comercializar con ellos. Expulsan a los embajadores de ese país en su territorio y quitaron todas sus embajadas de Libia. La aislaron completamente de todos los eventos internacionales: mundiales de fútbol, reinados de belleza, etc. Duró 25 años esa sanción. Se reconoció y pagó U\$1.200 millones de dólares. Posteriormente hace quince días que empezaron a levantarse dichas sanciones por considerar que se ha rehabilitado ese Estado.

Los agentes colectivos tienen una responsabilidad de carácter pecuniario, civil, penal o procesal a diferencia del político que generalmente la tienen los Estados, las ONGs o las instituciones que no tienen una finalidad comercial o financiera.

Para controlar y prevenir el flagelo de la corrupción en el mundo es

necesario encontrar las causas e identificar plenamente a los actores, entre ellos las personas jurídicas, y en consecuencia introducir en las legislaciones modernas el articulado que implique el reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas al igual que los castigos que deben asumir por sus acciones.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DOBSON, L-nti MoL1 Duties md the instistetis of the European Union, Assignng Dstes to Instittions: Debating Had Cases.

DU PUIT, Jose, La Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas En Suiza, Recuperado el 15 de noviembre de 2010 de: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_10.pdf.

ERSE, Toni. Assgning Divies to Kstional Momal Agenrs: The Case of states md Quasi-States; Ethies md intenzntional Affalls, Vol. 15, No. 22001,i, 6-85: resed eison pinted in can instrncions Hae Responsazies.

FERRARA, Francesco. (1929). Teoría de las personas jurídicas traducción del italiano de Eduardo Ovejero. Ed. Reus. Madrid, España.

FERRI, Enrico. (1960). Principios de derecho criminal. Traducción de

RODRÍGUEZ, José Arturo, HERNÁNDEZ, Antonio soto. Ed. Góngora. Madrid Ed. Reus. Madrid, España.

FROST, Meruyn. "Can dispersed practices be heid Ethical Accountable Assingntng duties to institutro. Debating Had Cases.

GARUAD, Rene. MANZINI, Vincenzo. (1961). Tratado de derecho penal italiano, volumen I torino. Ed. UTET. Italia.

GUERRA GARCÍA, Yolanda PhD. (2005,). Breve intoducción alterna de la responsabilidad de las personas jurídicas, pág 133 en dialogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales ISSN 0124-0021, No. 23, 2005, pág 133 - 152.

MESTRE, Aquiles. (1978). Las personas morales y su responsabilidad penal. Traducción de César Camargo Marín. Ed. Analecta, Madrid, España.

Ph. D. HURTADO POZO, José, Université de Fribourg, 1ère Chaire de Droit Pénal, Av. Beauregard 11-13, 1700 Fribourg, Tél. 026 / 300.80.71, Fax 026/ 300.97.51, <http://www.unifr.ch/sdp> et <http://www.unifr.ch/derechopenal>. Reproducción autorizada por el PhD Alvaro Márquez Cáedenas.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. (1984). Traducción del código de hammurabi. Edición Universidad Externado de Colombia. Bogotá.



SALDAÑA, Quintiliano. (1927).
Capacidad criminal de las personas
sociales, doctrina y legislación. Ed.
Reus, Madrid, España.

SAAVEDRA ROJAS, Edgar. (1984).
Corporación criminal y ley Penal.
Ed. Monografías jurídicas. Bogotá,
Colombia.





**SECCIÓN II: TEMA CENTRAL - EL BICENTENARIO DE LA
INDEPENDENCIA Y PARTICULARIDADES DEL DERECHO
PÚBLICO COLOMBIANO EN LA ACTUALIDAD.**

