

**LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS
EL COSTO DE LA TRADICION EN EL ESTUDIO DEL DERECHO PENAL**

CARLOS MARIO MOLINA ARRUBLA

**Egresado de la Facultad de
Derecho y Ciencias Políticas
de la U.P.B.**

SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST

Lo más granado de la doctrina jurídico penal, representado en autores de reconocida alcurnia, ha concurrido a certificar con su presencia, la validez tradicionalmente otorgada a un aforismo que suele atribuirse a los romanos, quienes, a decir de CARRARA, "gigantes del derecho civil, fueron enanos del derecho penal" SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST, esto es, no es posible que las sociedades delincan.

Prueba irrefutable del aserto anteriormente transcrito, nos es otorgado por el Dr. Lucrecio Jaramillo, quien, al ocuparse dentro de su inolvidable obra de Derecho Romano de las "Personas Jurídicas", señala que no sólo denominábase "collegia ilícita" a las corporaciones que funcionaban sin haber obtenido el permiso de la autoridad competente, sino también aquellas respecto de las cuales, "después de haber obtenido el permiso, persiga fines contrarios a la ley o a las buenas costumbres". Con todo, el aspecto más impactante de la regulación latina sobre la materia, está dado por el evento de que "en ambos casos, el magistrado debe disolverlas y castigar a sus miembros" (1). De esta manera, se pone plenamente de manifiesto que dentro del sistema jurídico romano, más que sancionar a la sociedad que delinquía, vale decir, que transgredía la ley del pueblo romano por carencia de autorización de funcionamiento, o por desviación a campos ilícitos de su objeto social, se buscaba sancionar a los individuos que la componían, dando con ello gran solidez y respaldo al postulado que mencionábamos anteriormente.

No obstante la nitidez de los apotemas jurídicos románicos, la verdad es que nunca ha existido unanimidad de criterios en cuanto hace con el tratamiento legislativo y doctrinal que deba otorgarse a las potenciales conductas contrarias a derecho que, en un momento específico, puedan observar las susodichas personas jurídicas, por intermedio de sus órganos individuales o colegiados de administración o representación. En efecto, y según un breve recuento histórico expuesto por el ibérico Cuello Calón, certificando la enorme disparidad de criterios en las diversas etapas evolutivas de la humanidad, vemos como "el Código de Ammurabi, la más antigua ley conocida, acoge la responsabilidad colectiva para determinados delitos, al igual que en Grecia. Roma, por el contrario, rechazó la responsabilidad colectiva, así, aquellos actos que desde el punto de vista penal se concebían como actos de particulares que habían obrado en común y la pena que pudiera imponerse recaía completamente sobre éstos. Entre los germanos aparece vigorosa la responsabilidad colectiva, la población se dividía en grupos y sus componentes, ligados por una responsabilidad recíproca, debían en caso de delito entregar al criminal, o en su defecto, quedaban obligados al pago de una cantidad" (2).

Si la disparidad de criterios es tal a nivel de la historia misma de las ideas jurídicas, no debe entonces llamarnos a escándalo el cúmulo de posiciones y teorías que iluminan la condición doctrinal moderna, en donde se enfrentan variadas elabora-

(1) Jaramillo, Lucrecio. "Derecho Romano". Tomo I, pág. 78.

(2) Cuello Calón, Eugenio. "Derecho Penal", Parte General, 9a. ed., Editora Nacional, México, 1975, págs. 281 - 282.

ciones conceptuales, que pretenden dar acabadas respuestas a la naturaleza misma de las personas jurídicas. Desde la "Teoría de la Ficción" de SAVIGNY, para la cual las únicas personas que realmente existen son las humanas, toda vez que las personas jurídicas son de naturaleza ideal, esto es, meras ficciones creadas por el legislador; hasta las "Teorías de la Realidad" de GIERKE y SPOTA, quienes aseveran que los entes morales no son más entidades ficticias, sino realidades humanas como personificación de un fin, pudiendo en consecuencia cometer delitos y ser, por tanto, pasibles de penas, como las de muerte (extinción) o pecuniarias; pasando por la "Escuela Positivista" de HANS KELSEN, según la cual, "la llamada persona moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos" anotando que, en su sentir, no hay una diferencia entre las personas morales y las físicas, "ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica", toda vez que sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa" (3); hasta la posición desarrollada por la "Escuela Ecológica" encabezada por ENRIQUE AFTALION, para quien "el ente al que se imputan las acciones no es al agente humano que las realizó; aunque los errores y falsedades son obra humana, la sociedad es la que debe responder civilmente, por lo menos, hasta la concurrencia de su enriquecimiento", con lo cual deja expuesta su creencia de que las personas jurídicas deben responder jurídico penalmente por sus actuaciones, llegando si se quiere, a una aproximación a la teoría de la Realidad de GIERKE y SPOTA, a la que tuvimos oportunidad de referirnos sumariamente, y llega hasta el extremo de citar "antecedentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: la venganza de sangre, la responsabilidad en el ámbito del derecho internacional público, el texto de las Sagradas Escrituras que expresa que ciertas culpas de los padres recaen sobre sus hijos por varias generaciones" (4).

En todas y cada una de las tesis aquí muy brevemente reseñadas, puede fácilmente apreciarse el afán que ha presidido el incansable esfuerzo de los autores, en aras de discernir la realidad ontológica de esas entidades que se conocen comúnmente con el nombre de "Personas Jurídicas". Por otro lado, a pesar de no haber finiquitado la discusión en torno a su real naturaleza y entidad, lo cierto es que teorías como la de KELSEN han logrado impactar grandemente en el mundo de las ideas jurídicas, dejando a su paso toda una constelación de adeptos y seguidores que elevan dicha conceptualización academicista al nivel de normas jurídicas; y que teorizaciones como la de AFTALION han llevado a más de un autor a seguir fervientemente su postulado de que "si la actual estructura del delito impide por su elemento culpabilidad que algunos acepten la posibilidad de las personas jurídicas como sujetos activos de delito, por qué no pensarse en una estructuración delictual *sui generis* que se amolde a las particularidades de los entes colectivos; ya que es imposible seguir pensando que una teoría determinada nos haga desconocer una realidad criminológica, cual es la de que las personas ideales realizan

(3) Kelsen, Hans. "Teoría Pura del Derecho". Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina, 12a ed. 1974. págs. 127 - 128.

(4) Aftalión, Enrique. Citado por Roberto Terán Lomas. "Las Personas Jurídicas y el Derecho Penal", en Revista de Derecho Penal y Criminología. Buenos Aires, Argentina, No. 4. Octubre-Diciembre 1969, pág. 487.

conductas dañinas a la sociedad”(5), o dicho en términos diferentes: Si el derecho penal no se ajusta a las condiciones y necesidades sentidas por una comunidad, respecto de un punto determinado de sus regulaciones normativas, pues peor para él, toda vez que deberá ser modificado desde sus cimientos mismos.

Sea de todo ello lo que fuere, podemos decir que a partir de la posición asumida por cada uno de ellos frente a la cuestión en tratamiento, es dable clasificar como escépticos de la responsabilidad criminal de las personas colectivas a F. VON LISZT, E. VON BELING, R. MAURACH y H.H. JESCHECK en Alemania; a G. ROMAGNOSI, E. PESSINA, B. ALIMENA, E. FLORIAN, S. RAINIERI, F. ANTOLISEI, G. MAGGIORE y G. BETTIOL en Italia; en España, a L. JIMENEZ DE ASUA y M. BAJO FERNANDEZ; en Argentina, a S. SOLER, R.C. NUÑEZ, C. FONTAN BALESTRA y R. TERAN LOMAS, y en Colombia, a B. GAITAN MAHECHA y E. REYES ECHANDIA (6). Del otro lado, es decir, como partidarios del establecimiento legislativo de la responsabilidad penal del ente moral, está la actual minoría que incrementa su número de adeptos en proporción geométrica y dentro de la cual cabe mencionar al argentino C.S. NINO (7), el alemán E. MEZGER (si bien estima que ello, con un criterio de excepcionalidad) (8), el maestro CARRARA, al español DEL ROSAL, y a los nacionales E. SAAVEDRA ROJAS L.C. PEREZ, L.E. ROMERO SOTO y A.V. ARENAS, si bien este último con alguericencias (9).

Mención aparte nos merece el español MIGUEL ZUGALDIA ESPINAR, quien sostiene que a pesar de que en las actuales legislaciones punitivas enraizadas en el derecho continental europeo, no sea dable predicar tal forma de criminalidad, resulta claro que razones de peso, apoyadas en fundamentos de justicia y de conveniencia Político-Criminal, hacen aconsejable la entronización de tal teoría en el ámbito de un “nuevo” Derecho Penal (10).

En síntesis, podemos sintetizar las críticas formuladas al establecimiento de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, diciendo que ellas provienen de

- (5) Aftalión, Enrique. “Derecho Penal Administrativo”. Ediciones Arayú. Buenos Aires, Argentina. 1956, pág. 52.
- (6) Según exposición sintética de los diversos pareceres doctrinales traída por Terán Lomas, Roberto. “Las personas jurídicas y el Derecho Penal”, en Revista de Derecho Penal y Criminología. Págs. 482 - 505. No. 4, octubre - diciembre, 1969.
- (7) Nino, Carlos Santiago. “Los Límites de la Responsabilidad Penal”. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1980.
- (8) Según la exposición que de su parecer hace Roberto Terán Lomas en Op. Cit. (“Las Personas Jurídicas y el Derecho Penal”).
- (9) Según exposición sintética de los pareceres de los autores nacionales efectuadas por Saavedra Rojas, Edgar. “La Responsabilidad de las Personas Jurídicas en el Proyecto de Código Penal 1978”, en Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle. Cali, No. 1, II Semestre 1979, págs. 11 a 25.
- (10) Zugaldía Espinar, José Miguel. “Conveniencia Político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *Societas delinquere non potest*”, en Revista Cuadernos de Política Criminal del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. Madrid, 1980. Págs. 67 a 88.

argumentos tales como su carencia de capacidad de acción en sentido jurídico penal (BELING, MAURACH, ROMAGNOSI, SOLER, NUÑEZ, FONTAN BALESTRA, BAJO FERNANDEZ); o de la imposibilidad de configuración del elemento subjetivo, por carecer ellas de conciencia y de voluntad (PESSINA, ALIMENA, FLORIAN, MANZINI, JIMENEZ DE ASUA); o porque con tal potencia teórica se violarían los principios penales de la individualidad y la personalidad de la pena, al sancionar a “justos por pecadores” (FLORIAN, ANTOLISEI, SOLER, BAJO FERNANDEZ); o porque carecen del supuesto de la culpabilidad, esto es, que no puede decirse si tienen o no imputabilidad, por ser el suyo un concepto ajeno por completo a tal clasificación binaria de los sujetos activos del delito mismo (RANIERI, TERAN LOMAS, SILVELA); o de que respecto suyo, la pena no satisface sus finalidades o propósitos constitutivos esenciales, cuales son la retribución, la prevención y la resocialización (BETTIOL, JIMENEZ DE ASUA, SOLER, NUÑEZ, BAJO FERNANDEZ); o de la no predicabilidad del elemento culpabilidad con referencia a ellas (BAJO FERNANDEZ); o de su carencia absoluta de “Capacidad ad procesum”, esto es, de su falta de capacidad para comparecer al proceso, tal como lo indica RODRIGUEZ DEVESA, citado por BAJO FERNANDEZ (11); o la muy interesante de G. MAGGIORE, para quien “la introducción en el derecho de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es inútil y dañosa. Es inútil porque las personas jurídicas que se opongan al ordenamiento jurídico, pueden ser castigadas con medidas de prevención administrativas, como la suspensión y la disolución, fuera de la eventual responsabilidad civil; es inútil, además, porque los delitos cometidos eventualmente en interés y a nombre de la persona jurídica, siempre pueden imputarse individualmente a quienes los han cometido, castigando a cada uno de los reos con sanciones penales. Y es dañosa e inmoral —como con razón observa Florián— la pena, por más que esté formalmente destinada a castigar a la corporación, se tuerce y cae sobre todos los socios, lo mismo sobre los inocentes que sobre los reos, así sobre los jefes como sobre los asociados, sobre los pícaros y los ingenuos, tanto sobre los engañadores como sobre los engañados” (12).

Lo anterior no traduce, ni mucho menos, que los defensores de este género de responsabilidad jurídico penal, se encuentren huérfanos de argumentos frente a ese cúmulo ingente de críticas y objeciones. Por el contrario, diversos autores se han dado a la tarea harto fatigosa, de elucubrar fundamentos válidos y sólidos que hablen en favor de su pretendida querencia de responsabilizar penalmente a los entes morales, y no solamente a las sociedades.

En este sentido, vale proceder al estudio de los planteamientos del argentino CARLOS SANTIAGO NINO, quien se afana por certificar tal género de responsabilidad, aduciendo para tales propósitos que la doctrina tradicional se ha visto imbuida, en cuanto toca con este tema, de prominentes “errores categoriales” de apreciación. En su opinión, que se vincula estrechamente a los postulados kelsenia-

(11) Según cita que Miguel Bajo Fernández hace de Rodríguez Devesa en “Derecho Penal Económico”, pág. 113.

(12) Maggiore, Giuseppe. “Derecho Penal”. Editorial Temis, Bogotá. Tomo I, pág. 495.

nos, "la idea es que "persona jurídica" no denota ninguna entidad real o ficticia. Constituye una expresión técnica que hay que analizar en el contexto de los enunciados en que aparece, toda vez que "el concepto de persona colectiva forma parte de una técnica especial para hablar abreviadamente de un complejo de relaciones entre individuos". De esta guisa, las personas jurídicas son potenciales sujetos activos del Hecho Punible, toda vez que cuentan con el ingrediente volitivo, indispensable a efectos de configurar una verdadera acción, en sentido jurídico penal, si bien "la palabra 'voluntad' " cambia de significado cuando la usamos en relación a una persona jurídica. Cuando decimos, por ejemplo, que tal sociedad quiso esto o lo otro, lo que queremos decir no es que la sociedad tuvo un proceso análogo, aunque ficticio, al que describimos con los términos "voluntad" o "intención" cuando hablamos de los hombres, sino que un cierto individuo tuvo la actitud subjetiva en cuestión, en condiciones fácticas y normativas tales, que es posible imputársela a la sociedad". Del mismo modo se pronuncia cuando debate el tema que invoca la doctrina tradicional, de la imposibilidad fáctica de penar a la persona moral, toda vez que a su modo de entender, "la responsabilidad penal de las personas colectivas implica, tras el velo de la personificación, penar a ciertos individuos por los actos de otros, o sea estatuir un modo de responsabilidad vicaria", al tiempo que señala formas alternativas de responsabilidad penal para los directores y para los asociados, bien a título de "encubridores", por la "omisión de impugnar o denunciar los actos de los directivos", si bien "en este caso el delito que se les imputa sería diferente de aquel por el cual se castiga a la persona colectiva y requeriría una figura delictiva autónoma y que se hubiere establecido legalmente el deber de actuar", o a título de partícipes (sea como verdaderos autores o como cómplices) (13).

El profesor EDGAR SAAVEDRA ROJAS, partiendo de un estudio pormenorizado de la teleología de la institución en tratamiento, plantea como contraargumentos que oponer a las observaciones formuladas por la teoría tradicional, los siguientes: a). Atinente al problema de la culpabilidad traído como argumento detractor fundamental a este tipo de responsabilidad, por parte de autores como RAINIERI, TERAN LOMAS y SILVELA, el profesor SAAVEDRA ROJAS indica que "si pretendemos solucionar el problema de la culpabilidad dentro de la teoría psicologista, rechazando toda forma de responsabilidad objetiva, tendríamos que es imposible elaborar una teoría de la culpabilidad para las personas morales", pero agrega que en su opinión, podría acudir a la teoría normativista preconizada por R. FRANK y desarrollada ulteriormente por GOLDSCHMIDT, en aras de así salvar el escollo interpuesto por los tradicionalistas, y en virtud de la cual, "cuando el sujeto activo tiene la obligación de actuar conforme al ordenamiento jurídico, lo hace contrario a éste", se hace pasible de verse avocado a la imposición de una sanción de carácter penal. b). Sobre la pretendida violación del principio de la personalidad de la pena, arguye que "quienes hacen esta afirmación desconocen su contenido y alcance, porque jamás ha sido totalmente personalista, siempre sus efectos se han proyectado sobre personas inocentes", e invoca un paralelo que, a nuestro sentir, resulta bastante endeble, cuando se pregunta si se "podría negar que la familia no sufre las consecuencias de la pena cuando el padre

(13) Nino, Carlos Santiago. Op. Cit., págs. 407 a 418.

es condenado a la pena privativa de la libertad", y a renglón seguido, indica que esas "consecuencias extrapersonales de la pena sobre inocentes, no son sólo a nivel económico, sino también a nivel psíquico y social. c). Pronunciándose sobre la crítica practicada por algunos autores, en el sentido de que no es dable, ontológicamente hablando, aplicar sanciones de naturaleza penal a los entes societarios, concluye "que las penas privativas de la libertad no son aplicables a estas creaciones jurídicas es un hecho que nadie se ha atrevido a discutir", a pesar de lo cual asevera que ello no comporta un juicio negativo sobre la aplicabilidad de sanciones penales a los entes morales, pues cree que todo es cuestión de que el ingenio humano idee las sanciones penales compatibles con la especial naturaleza de los entes colectivos. d). Finalmente, se adentra en el estudio de la parte más interesante de la crítica a la pretendida responsabilidad penal de las personas sociales, cuando propone una responsabilidad de tipo objetivo para ellas, con miras a obviar el inconveniente de sus falencias voluntaristas: "la más grave objeción que se formula a la posible responsabilidad penal de la persona jurídica es la imposibilidad de que actúe culpablemente y por ende sería la entronización de la responsabilidad objetiva"; pues estima que tanto la doctrina como el derecho comparado, certifican con numerosos ejemplos la existencia de formas aceptadas de responsabilidad objetiva. Para corroborar sus asertos, enumera casos como el de las lesiones personales seguidas de parto prematuro o el del aborto seguido de muerte. Empero, atempera un tanto su posición inicial cuando expresa que con todo ello no pretende "que se establezca la responsabilidad objetiva, ni que, porque la teoría de la culpabilidad presente tales fallas, se acepten nuevos casos donde se evidencien sus falencias", sino que sencillamente desea "hacer hincapié en la doble posición del jurista ante problemas de su incumbencia". Si se quiere, coincidiendo con el pensamiento del profesor ENRIQUE AFTALION, concluye afirmando que "debemos deshacernos de todo prejuicio, olvidarnos un poco del pensamiento rector de Savigny en el tema, y pensar más en el bienestar de la colectividad y en la concreción de una ley que sea realmente representativa del equilibrio y la justicia social" (14).

En último término, aparece dentro del panorama jurídico penal relativo al tema en tratamiento, la figura del español MIGUEL ZUGALDIA ESPINAR, quien afronta las necesidades político-criminales con la actual dogmática del Derecho Penal. En su sentir, "existe un dato que no debe ser ocultado por más tiempo: frente a la doctrina tradicional mayoritaria, que se aferra al principio "societas delinquere non potest", la idea de la conveniencia político-criminal de renunciar a dicho principio va encontrando cada vez un mayor eco en las reuniones científicas y en los más recientes proyectos de reforma y Códigos Penales", reseñando varios Congresos, Conferencias y Jornadas, en todas las cuales "se acordaron votos favorables al enjuiciamiento criminal para exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas, en atención a su conveniencia político-criminal". Compara el Derecho Continental Europeo, de raíces germano románicas, con el Derecho Insular Anglosajón del "Common Law", y resalta como dentro del segundo de estos sistemas jurídicos una persona moral "puede ser penalmente responsable de todos los delitos", con la obvia excepción de aquellas infracciones que las personas jurí-

(14) Saavedra Rojas, Edgar, Op. Cit., págs. 11 a 25.

dicas, dada su misma naturaleza, no pueden cometer (asesinato, adulterio, bigamia), al paso que dentro del primero de los ordenamientos citados, la cuestión se reduce a las pequeñas fisuras que una posición de avanzada, viene generando en los sólidos muros de la fortaleza tradicional, enconada rival de este género de responsabilidad. Y a pesar de encontrarse en inferioridad numérica, fija una serie de argumentaciones con las cuales justifica y promociona tal género de responsabilidad criminal. Entonces, analizando el problema desde el ángulo visual del problema penológico, dice que: a). "La eficacia de la pena aplicada a personas jurídicas está demostrada en lo que se refiere a delitos" como los que atentan contra la salud pública, la seguridad del Estado, el orden económico social, el contrabando, la propiedad industrial e intelectual, etc., etc. Ello porque, de lo contrario, "se castigaría a los que generalmente no son sino instrumentos utilizados por la corporación", además de que no se actuaría directamente sobre la causa generadora del delito. b). Predica que son insuficientes e ineficaces las sanciones administrativas aplicadas a las personas jurídicas, tanto porque en verdad no son normas administrativas o de policía las que están violando dichos sujetos colectivos, como que son aplicados por órganos políticos, por lo que no se dan "en esta materia de índole penal las garantías de investigación y enjuiciamiento que ofrecen la jurisdicción y procedimiento judiciales". c). Asimismo cree, con referencia al problema de la pena, que "la objeción de que las personas jurídicas no pueden sentir los efectos de la sanción prescinde de la consideración de que las sanciones penales impuestas a las personas jurídicas no pueden perseguir finalidades de corrección o readaptación social, pero sí dirigirse a la prevención general y especial respecto de unos entes cuya peligrosidad rebasa, con mucho, la cuota que es posible alcanzar por la persona física individual". d). Del mismo modo, afirma que "la utilización exclusiva no es conveniente", a pesar de lo cual reconoce que existe una evidente incompatibilidad entre cierto tipo de penas y las personas jurídicas.

Dejando un tanto aparte la problemática de la pena, enfoca sus baterías contra la teoría de la ficción de SAVIGNY, pues esta tesis en la actualidad, "cuando existen sociedades con más poder que los Estados, es de escaso poder de convicción". Postula que "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. Como los demás seres humanos, los colectivos son una realidad. Tienen una existencia real, distinta de la existencia de los miembros que la componen, y una voluntad también propia".

Al tiempo, decide reevaluar las acendradas críticas tradicionalistas que indican que con el entronizamiento de esta responsabilidad, se violarían los principios de la personalidad de la pena y del "non bis in idem". Respecto del primero de estos enunciados, presenta una interpretación en virtud de la cual "la expresión principio de personalidad de las penas" no quiere decir sino que la responsabilidad criminal es personal y que ni ella ni las penas que acarrea puede trascender a otras personas: es un pronunciamiento expreso contra la inhumana idea de que las culpas de los padres contaminan a los hijos". Esto es, que el empleo de la palabra "individual" no excluye la posibilidad de que el responsable de ciertos delitos sea una corporación, ya que ésta también es un individuo social, y citando a MARINO

BARBERO SANTOS, plantea que, en sentido contrario a lo que normalmente se piensa, “el dogma de la personalidad de las penas induce precisamente a tomar medidas en relación con las personas jurídicas. Si el ente social es una persona jurídica, lo que constituiría una transgresión del principio referido, sería precisamente castigar sólo al órgano y no a la misma persona jurídica” (15). En este sentido, insiste en su creencia de que las personas jurídicas son entes reales: “Cuando se propugna la responsabilidad criminal de las personas jurídicas se parte de la premisa de que existe una persona distinta de los individuos que la componen y que la misma tiene capacidad jurídico-penal. De ello se deriva que la pena así entendida no recae sobre los socios individualmente, sino sobre un ente real.

Consiguientemente no cabe argumentar a propósito de que los socios personalmente reciben pena alguna, pues tal razonamiento debía llevar a quienes lo comparten a afirmar que respecto de las personas jurídicas tampoco podrían preverse medidas de seguridad, ni sanciones administrativas, ni incluso aplicar sanciones reparatorias civiles, lo que nadie pretende”.

En cuanto al segundo de los principios aludidos, y que quiere defender en cuanto a supervivencia, asevera que “no se comprende tampoco, en consecuencia, el argumento de la pretendida violación del principio “non bis in idem”; tal razonamiento, . . . prescinde de que se parte del supuesto de la existencia de una persona distinta, pues de lo contrario llevaría a afirmar que se viola tal principio en todas las hipótesis de coautoría”.

Lo desalentador del caso viene dado en el hecho de que el propio ZUGALDIA ESPINAR reconoce lo vano y estéril de sus esfuerzos, pues encuentra en su camino el escollo insalvable de la dogmática actual del Derecho Penal, que “se basa en un mecanismo simple y metafísico: la constatación de que el hombre aislado se ha decidido libremente por el mal (por el delito), cuando libremente pudo decidirse por su negación (el Derecho), lo convierte en un “perversus homo” al que cabe reprocharle su mal comportamiento”, y por ello, “No puede resultar extraño, por consiguiente, que sus esquemas sean imposibles de aplicar a supuestos distintos de aquellos para los que han sido creados. Y evidentemente no se pensó en la posibilidad de que llegara un día en que fuera necesario exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas. De ahí los obstáculos que para dicha responsabilidad suponen los conceptos de acción, culpabilidad y pena”. No obstante, persevera en su intento, y nos muestra como los “grandes trust, monopolios, grupos desconocidos acaparadores de acciones, muchas asociaciones que se denominan culturales o benéficas producen, efectivamente, resultados delictivos: Su poder y peligrosidad es cada día más evidente, y más evidente también cada día la necesidad —en orden a la defensa social— de hacer recaer sobre ellas el instrumento preventivo por excelencia del Derecho Penal: la pena”.

Volviendo sobre sus propios pasos, reconoce que por mucho que la Criminología o la Política Criminal demuestren la conveniencia del establecimiento de este tipo de responsabilidad, es lo cierto que media una imposibilidad casi que absolu-

(15) Marino Barbero Santos, citado por José Miguel Zugaldía Espinar en Op. Cit., pág. 79.

ta de llevar a cabo el empeño. Piensa que crear un Derecho Penal “de nuevo cuño”, como da en calificar al propuesto Derecho Penal Económico, no es la solución más aconsejable para el problema, toda vez que la criminalidad de las personas jurídicas no se limita, ni mucho menos, a este campo.

¿Cuál será, entonces, la solución a este tema, dentro del cual se yuxtaponen irremisiblemente la dogmática y las conveniencias político criminales? La respuesta es concisa pero avasalladora: “la opción que se presenta al científico en la actualidad, es más simple, y, a la vez, más complicada. Se trata de optar entre el mantenimiento del statu quo o la revisión de las categorías dogmáticas vigentes. El mantenimiento de estas categorías parece cerrar el paso a los avances que propone la política criminal al recoger los resultados de las investigaciones empíricas sobre el delito. La dogmática debe ser un vehículo, no un obstáculo. Por ello opino que debe optarse por la citada revisión. Deben revisarse las categorías dogmáticas de la acción y la culpabilidad, a la vez que se formule la teoría de la pena. Paralelamente sería necesario iniciar la elaboración de las categorías dogmáticas del Derecho Penal de las teorías relativas de la pena. Ello supondría acercar el Derecho Penal a la Política Criminal, prescindir de las categorías de un Derecho Penal sin futuro y allanar el camino para dar en el futuro nuevas soluciones a otros tantos problemas que, como el discutido, se van a presentar” (16).

Con la exposición detallada de las razones teóricas de ZUGALDIA ESPINAR, dejamos atrás nuestro recuento doctrinal, y damos paso al estudio del problema dentro de la legislación nacional, con referencias concretas y específicas al ordenamiento jurídico penal.

II. LA REGULACION NORMATIVA SOBRE LAS PERSONAS JURIDICAS

En un ejemplo del desarrollo ordenado de lo que KELSEN denominase “estructura jerárquica” del orden jurídico nacional (17), sea lo primero discernir los pilares básicos sobre los cuales se asienta todo el posterior desarrollo legislativo en torno a las personas jurídicas, en nuestro medio. Y siendo ello así, lo primero será revisar los postulados que en ese sentido trae nuestra Carta Fundamental, la que en su artículo 44 el “Derecho de Asociación”, cuando establece que “es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal” (artículo 44, inciso 1o. C.N.).

Ya dentro del campo del Derecho Privado, es el Código Civil redactado por don Andrés Bello el que se encarga de sacar adelante el contenido de este canon constitucional, cuando en una nítida adopción de las teorías de SAVIGNY, define tal entidad como la “persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente” (artículo 633, inciso 1o. C.C.); definición ésta que ha sido duramente criticada por “incompleta y antitécnica, pues se limita a definirla como persona ficticia y a señalar sus atri-

(16) Zugaldía Espinar, José Miguel. Op. Cit., pág. 86.

(17) Kelsen, Hans. Op. Cit., pág. 135.

butos y representación" (18). Gústenos, entonces, o no, lo cierto es que, a tenor de lo dispuesto por la legislación nacional, las personas jurídicas, in genere, no pasan de la precaria condición jurídica de "Personas Ficticias".

En este momento, creemos oportuno señalar que el ya mentado género de las "Personas Jurídicas" se encuentra ampliamente conformado por conceptos jurídicos tales como "la nación, los departamentos, los municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública", a más de "las corporaciones creadas o reconocidas por la ley (artículo 80, Ley 153 de 1887); "las iglesias y asociaciones religiosas de la religión católica" (artículo 24, Ley 57 de 1887), y, de manera más extensa, en los diversos tipos de sociedades, las que, conforme con el artículo 44 de la Constitución Nacional, "pueden obtener su reconocimiento como personas jurídicas" (artículo 44, Inciso 1o., C.N.), y que son ampliamente reglamentadas, según su tipo y naturaleza, por el Código Civil o por el Código de Comercio. Así, recordamos que no sólo son "Personas Jurídicas" las Sociedades, Civiles o Comerciales, cuestión que parecieran olvidar la mayoría de autores que se ocupan de analizar el "Societas delinquere non potest", sino que también lo son el Estado y demás entidades territoriales de derecho público, a más de otras figuras existentes, tales como las Iglesias, sociedades masónicas (artículo único, Ley 62 de 1935), o los sindicatos de trabajadores o empresarios (C.S.T.) (19).

Igualmente cabe reseñar que las prementadas Sociedades, sean ellas de naturaleza civil o comercial, requieren reconocimiento por parte del Estado, a la manera en que ocurría en Roma, con miras a cabal ejercicio de su objeto social: Unas veces está implícito en la misma autorización que da la ley sobre su creación, previo el cumplimiento de los requisitos y formalidades exigidos por la propia ley, como sucede respecto de las sociedades mercantiles; otras veces requieren expreso reconocimiento por parte del Estado, como sucede con las Asociaciones y Fundaciones, en las cuales se requiere de la aprobación del Gobernador del respectivo departamento, y en otras, finalmente, es menester la concesión del permiso de funcionamiento por parte del mismo Estado, bien a través de la Superintendencia Bancaria, bien a través de la Superintendencia de Sociedades, etc., según sea el respectivo caso.

Anotamos que a pesar de que el sistema de administración y representación es diferente en cada forma específica de sociedad, en términos globales podemos aseverar que los actos de los dichos administradores o representantes sólo obligan a la entidad, en la medida que actúen dentro de la órbita concedida expresamente por sus facultades legales o constitucionales o estatutarias (artículo 640 C.C.), o dentro del giro ordinario de los negocios de la empresa (artículo 196 C. de Co.), lo que plantea una clara responsabilidad individual para los administradores o representantes, excluyente de la vinculación de la entidad misma, al menos en princi-

(18) Angarita Gómez, Jorge. "Derecho Civil". Tomo I. Parte General y Personas. Editorial Temis, Bogotá, 1980, pág. 141.

(19) Este es un punto sumamente importante dentro del replanteamiento que nos atreveremos a sugerir más adelante, y que marca el punto de partida del desenfoco que doctrinalmente se le ha dado al problema en análisis.

pio. Además, el ordenamiento jurídico privado nacional deja bien establecido que las sanciones impuestas al administrador con ocasión de los delitos o contravenciones que realice en ejercicio de su cargo, no le dan acción contra la empresa, para repetir el pago de lo sufragado con ese motivo (artículo 201, C. de Co.).

Y si aparece claro que la responsabilidad recae única y exclusivamente sobre el representante o administrador que, excediendo sus facultades, compromete delictual o contravencionalmente a la empresa, ello es cierto en la medida en que efectivamente haya excedido o distorsionado el mandato que le haya encomendado el cuerpo directivo social. Esto, porque si por ejemplo, dentro del ejercicio de su cargo, y obrando dentro del marco de sus funciones, se presenta un acto ilícito, no creemos que la responsabilidad deba recaer con toda su fuerza sobre la figura del representante o administrador, sino que en ese caso la responsabilidad también comprenderá a la entidad misma.

Aun más, no solamente somos del parecer de que las sociedades pueden llegar a verse comprometidas dentro de actividades un tanto oscuras, o limítrofes con el campo de lo manifiestamente ilícito, sino que vamos más adelante para postular que el Estado puede llegar a verse comprometido en una actividad delictual: Piénsese, por un momento siquiera, en los inhumanos y descarriados actos genocidas del Estado alemán durante la nefasta época del III Reich; o en la recién denunciada "Conexión Boliviana", donde el principal promotor de las actividades relacionadas con el tráfico de la cocaína en Bolivia durante épocas recientes, fue el gobierno del General Siles Suazo; o en el cúmulo incontable de desaparecidos en Argentina, muestra de lo cual lo son las madres de la "Plaza Primero de Mayo", cargo que pesa sobre los hombros de las dictaduras militares; o en los "expatriados" a Siberia, a un Gulag sólo descrito por la pluma incomparable de una víctima, por orden del Comité Central del Partido, en la U.R.S.S. De esta misma manera, podríamos citar una lista inacabable de paradigmas sobre la posibilidad de que el Estado se vincule a actividades con notorios ribetes de ilegalidad, pero preferimos no extendernos demasiado, a efectos de no hacer pesada nuestra exposición, si bien dejamos constancia de tal realidad incontestable.

El problema es que no solamente el Estado, sino inclusive las diversas religiones e iglesias que vienen cobrando inusitado auge dentro del mundo actual, y que pueden recibir la bendición estatal en la forma de personería jurídica, pueden verse envueltos en líos de esta o mayor naturaleza delictual. Para el caso, bástenos recordar la nefasta orden de muerte que impartió Jim Jones en la Guyana, no hace aún muchos años, y cuyo espeluznante saldo está representado en 900 inocentes vidas que fueron segadas por órdenes de maniáticos pseudo religiosos.

III. PROBLEMATICA DENTRO DE LA LEGISLACION PUNITIVA

Ya hemos visto cuál es la naturaleza jurídica de las personas morales dentro de la legislación nacional, y más concretamente dentro del campo privado. Veamos ahora las posibilidades fácticas y teóricas que dentro de nuestra legislación penal, tendría una responsabilidad penal conjugada sobre las dichas personas morales.

Y comencemos profundizando sobre un punto que será el postulado fundamental, en torno al cual se desarrollarán las siguientes líneas: A partir de la estructura misma del Hecho Punible dentro de la legislación nacional, resulta ser un IMPOSIBLE, en sentido lógico jurídico, al tratar de denunciar un juicio de responsabilidad penal sobre las personas jurídicas, cuando aparentemente su actuar aparezca como contrario a Derecho.

La anterior afirmación no es gratuita, sino que es la muestra tangible del corolario surgido del repaso de los factores que, aunados, dan paso a la gestación del ente delictual. Por ello es que nos atrevemos a sostener que, en nuestro medio, no es posible pretender sancionar penalmente las conductas aparentemente ilícitas que, en un momento determinado, haya desarrollado una persona jurídica, y que, por el contrario, la sanción, forzosamente, habrá de revestir los ropajes administrativos, policivos o civiles (como resarcimiento por los perjuicios causados con ese desviado actuar).

¿Cuáles son las razones que nos sirven de sustento para lanzar esta afirmación? Esas razones no son otras que las que resultan de cotejar la estructura del ente delictual, con la base "ficticia" que a las Personas Jurídicas otorga nuestra legislación, y que podemos plantear de la siguiente manera:

1. TEORIA DE LA ACCION:

Entendidas como ha quedado bajo los lineamientos de la legislación nacional, en la categoría de "Personas Ficticias", y no como organismos con una realidad existencial verdadera, imperioso resulta colegir que las Personas Jurídicas carecen de la naturaleza propia que las faculte para producir modificaciones en el mundo exterior, sea por acción, sea por omisión, y que sean susceptibles de calificarse como "acciones" en sentido jurídico penal, y menos aún si se tiene presente la norma que sobre "Causalidad" consagra el artículo 21 del Código Penal, en razón de la cual debe mediar un nexo de causa a efecto entre el resultado dañoso y la acción; o, dicho en otros términos, que la mutación material o real acaecida en el mundo exterior, debe ser consecuencia del actuar criminoso del agente, como manifestación tangible de su voluntad organizada en razón del fin propuesto.

2. EL TIPO DE INJUSTO:

Contrario al que fuese el Proyecto de Código Penal de 1978, y que sirvió de antecedente inmediato del que actualmente nos rige, no se establece una norma que establezca la potencialidad criminosa de las personas jurídicas. De allí que cuando el encabezado de cualquier artículo correspondiente a la Parte Especial del Código Penal inicia diciendo "el que. . ." (hiciere tal o cual cosa), habremos de entender que se refiere a la persona natural, motivo por el cual las personas jurídicas no podrán conformar, con un actuar pretendidamente contrario a derecho, una conducta que se ajuste a los moldes del Tipo de Injusto preceptuado por la ley penal, tanto por que no se establece su potencialidad como sujeto activo del delito, como por su no comprensión de la expresión legislativa, "el que. . .".

De otra parte, como el Código Penal no trae una fórmula que expresamente consagre, o abra paso, siquiera indirectamente, a una capacidad penal para las susodichas personas jurídicas, no existe un grupo o género de Hechos Punibles respecto de los cuales pueda sostenerse, sin temor a equívocos, que pueden ser tipificados por las Personas Jurídicas, si bien se nos plantea aquí un problema que habremos de absolver un poco más adelante: Si por "Hecho Punible" se entienden tanto los delitos como las contravenciones, ¿de dónde las personas jurídicas no son pasibles de sanciones penales, pero sí de las sanciones contravencionales? (20).

3. TEORIA DE LA ANTIJURIDICIDAD O EL JUICIO DE DISVALOR

Si bien determinadas actuaciones de la Persona Jurídica podrían llegar a clasificarse con un aparente juicio de disvalor, no es menos cierto que al carecer ellas del elemento intelectual indispensable para acometer la gestación de una acción en sentido jurídico penal, no podremos decir que su actuar pretendidamente delictual, se ha visto amparado, en un momento determinado, por una circunstancia excluyente del juicio de antijuridicidad, más técnicamente denominadas "Causales de Justificación".

La pregunta, pues, sería: ¿Cómo predicarles un Estado de Necesidad o una Legítima Defensa? Si bien pueden estar defendiendo sus intereses corporativos o societarios, no puede llegarse al extremo de sostener que con ellas concurría en ese instante, un elemento intelectual presionante que las determinase a actuar en el sentido en que efectivamente lo hicieron, ya que, como se ha visto, les falta precisamente ese ingrediente volitivo e intencional que caracteriza al ser humano sujeto activo por excelencia del Derecho Penal.

4. TEORIA DE LA CULPABILIDAD O EL JUICIO DE REPROCHE:

Al carecer del elemento afectivo e intelectual al cual hemos venido haciendo repetidas referencias, mal podría sostenerse que los entes morales están habilitados para configurar alguna de las formas de la Culpabilidad, tal como las define y entiende nuestro Código Penal (artículo 35, C. P.) (21).

Si el Dolo es un mixtum de conocimiento y voluntad, con ello se excluye de por sí toda posibilidad de correspondencia entre las personas morales y el elemento intencional de la culpabilidad, pues ellas carecen de uno y otro elemento. Además, si partimos de la definición de que la forma culposa hace nuestro Código

(20) Dentro de la misma legislación nacional, como acertadamente lo observa Jairo Rodrigo Hernández, tal evento está solucionado, toda vez que, directamente, se hace pasibles de sanciones contravencionales a las personas jurídicas. Vid: Hernández, Jairo Rodrigo. "Derecho Penal Administrativo en Colombia". Editorial Pax. Bogotá, 1974. pág. 314.

(21) Entendido que la Culpabilidad puede revestir alguna de las tres formas del dolo, la culpa o la preterintención, y asumidas las respectivas definiciones que de cada una de ellas otorga el Código Penal, fácilmente puede colegirse que, dentro de todas ellas, se hace indispensable la presencia de un elemento intelectual, psicologista si se quiere, a pesar de lo cual es normativo en razón de la redacción misma de la norma, que excluye toda posibilidad configurativa para los entes morales

Penal en su artículo 37, llegamos a idénticas conclusiones que las obtenidas en el segmento anterior: ¿Habrán algún margen de posibilidad para que las Personas Jurídicas actúen con impericia, con negligencia o con imprudencia, aspectos todos que requieren una especial disposición de ánimo del agente del punible, cuyo proceder, por circunstancias varias, resulta contrarios a Derecho? ¿Y qué decir de lo gaseoso e inasible de la posibilidad de que lleguen, por sí mismas, a violar un reglamento, de suerte tal que dicha conducta alcance ribetes de trascendencia en el campo jurídico penal? ¿No serán, más bien, las personas naturales que en su nombre y representación actúan, las que han violado determinados reglamentos de higiene, seguridad industrial, salubridad, etc.? (22). Finalmente, y dentro de este mismo punto de la forma culpable, consignemos que un grave problema depararía la demarcación de la frontera que separa la Culpa Consciente de la Culpa Inconsciente, respecto de las Personas Jurídicas: Hasta qué punto ello sería factible de materialización, sería cuestión que sólo nos solucionaría el exhaustivo análisis, no sólo de estas variantes culpables, sino de la naturaleza misma de las Personas Jurídicas, ausentes de todo elemento intelectual diferenciador, que a la postre arrojaría un saldo negativo en cuanto toca con la posibilidad de estructurar debidamente una u otra forma de culpa.

Y cómo entender la forma culpable de la preterintención, que a la luz de lo señalado por el artículo 38 del Código Penal, se presenta cuando el resultado de la conducta observada por el agente, "siendo previsible, excede la intención del agente", respecto de las personas jurídicas, si el enfocamiento del concepto "intención" hace superfluo todo comentario posterior que desee adentrarse en el hipotético mundo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, siempre que la intención como la voluntad son fenómenos intelectivos que sólo pueden predicarse de las personas naturales.

Pero no podríamos rematar el estudio del elemento Culpabilidad, sin preguntarnos si respecto de las "Personas Jurídicas" sería válido esgrimir una de las denominadas Causales de Inculpabilidad, como excusa con la cual el sujeto moral pretendiese demostrar la no exigibilidad de otra conducta, respecto suyo. Vale aquí anotar, que no creemos que no es que a la Persona Jurídica no pudiese exigírsele otra conducta, y con ello ajustar su obrar a los cauces legales, sino que pensamos que lo que ha sucedido es que la Persona Jurídica no ha acometido la realización de una "acción" en sentido jurídico penal, al menos tal como el concepto se debe comprender con base en los cánones rectores de nuestra legislación punitiva.

(22) Una crítica bastante estructurada sobre la potencial configuración de alguna de las tres formas de Culpabilidad consignadas por el Código Penal, es la que realiza Roberto Terán Lomas en Op. Cit., págs. 503 y 504: "... el dolo significa voluntad, representación, asentimiento; en su construcción dogmática, consiste en la efectiva comprensión de la criminalidad del acto y dirección de las acciones, todo lo cual está referido exclusivamente a la persona individual. La culpa, tanto como afrontamiento de riesgos—imprudencia u omisión de diligencia—negligencia— está referida exclusivamente a actitudes humanas; la impericia está referida a la actividad de titulares de profesiones, artes u oficios, que sólo pueden ser personas físicas, asimismo, sólo una persona humana puede incurrir en inobservancia de reglamentos o deberes de su cargo".

5. LA IMPUTABILIDAD

De manera negativa define el artículo 31 del Código Penal esta institución del Derecho Penal, cuando preceptúa que "es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión", siempre que sus falencias cognoscitivas o de autodeterminación provengan de un trastorno mental o de una inmadurez psicológica. De acuerdo con ello, diremos que las Personas Jurídicas no pueden clasificarse bajo la esfera ni de los Imputables ni de los Inimputables, pues ellas son sujetos ajenos a tal clasificación binaria de los sujetos de Derecho Penal, precisamente por ello: Porque las personas Jurídicas no son sujeto activos del Derecho Penal, como se ha explicado reiteradamente.

Si la Imputabilidad exige por parte del sujeto activo la presencia de unas facultades cognoscitivas y comprensivas mínimas del mundo externo, y una capacidad de autodeterminación compatible con el primero de los supuestos señalados, en ausencia de los cuales nos encontraremos frente a un Inimputable, fácilmente vemos que las Personas Jurídicas escapan a ambas categorías, para colocarse al margen de las mismas: Si las Personas Jurídicas no tienen, como en última instancia se los niega la misma legislación, una verdadera y real existencia, carecen de todo elemento cognoscitivo o volitivo de índole propia y autónoma, que no sea otro que el conocimiento y la voluntad de sus administradores o representantes, no pueden ser imputables de las conductas punibles que tipifica el Código Penal; y no es que sean inimputables, porque no es que esas falencias cognoscitivas o volitivas provengan de una inmadurez psicológica o de un trastorno mental, aspectos éstos que tampoco son predicables respecto de las personas morales, sino que están por fuera de las categorías psicológicas de la voluntad y del conocimiento (23).

6. LA CONSECUENCIA DEL DELITO:

LA PENA.— Considerada por algunos (24), como el sexto componente del ente delictual, a nuestro entender la pena no es más que la consecuencia que se deriva del actuar típico, antijurídico, imputable y culpable del autor.

Señaladas como están dentro del mismo Código Penal las finalidades de la pena (artículo 12, C.P.), como retributiva, preventiva, protectora y resocializadora, justo es reconocer que no operan tales cometidos teleológicos de la sanción penal

(23) Anotemos que entendemos la Imputabilidad como presupuesto y no como elemento integrante de la culpabilidad, con lo cual nos separamos de la posición del Doctor Fernández Carrasquilla, para quien "la imputabilidad no es, en este articulado, presupuesto de la culpabilidad, sino de la pena, o, si se quiere, del reproche". Vid. Fernández Carrasquilla, Juan. "Derecho Penal Fundamental". Editorial Temis. Bogotá, 1982. pág. 313. Pero tampoco compartimos las tesis normativistas de Frank, para quien la imputabilidad es elemento integrante de la culpabilidad, según cita del mismo Fernández Carrasquilla en Op. Cit., pág. 225.

(24) Para Jiménez de Asúa, "Sólo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena", con lo cual reafirma su teoría de que la pena no es consecuencia, sino componente activo de la infracción penal. Jiménez de Asúa, Luis. "La Ley y el Delito". Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1979. Págs. 425 a 431.

sobre el ente moral, toda vez que, como puede apreciarse a primera vista, no son éstas, situaciones condicionantes que intimiden el "actuar" de la persona jurídica, puesto que como se ha visto, no es ella quien propiamente actúa en sentido jurídico penal, sino que son los administradores o representantes de la misma, quienes materializan las pretendidas conductas de la Persona Jurídica, cargando con las potenciales sanciones que deban imponerse como corolario de un actuar contrario a Derecho; no la retribuyen, toda vez que al no haber sido ellas quienes ejecutaron la "acción", ni quienes tuvieron el designio criminoso, mal podría decirse que debe retribuírseles, a manera de retaliación, esa conducta delictual, y menos sostener que ellas van a sentir el peso aflictivo de tal sanción. Más lejano todavía, se encuentra la posibilidad de que ellas vayan a verse "resocializadas", porque se les imponga una sanción, ya que la realidad jurídica nos enseña que la conducta criminal fue ideada y ejecutada por las personas naturales, quienes, a decir de la legislación vigente, son las únicas "reales", motivo por el cual a quienes debiera resocializarse, sería a esos administradores o representantes, que no a la persona moral.

Desde otro punto de vista, la crítica que hagamos a la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, a partir de los patrones que establece la legislación nacional vigente sobre la materia, no sólo hace referencia a la no materialización de las finalidades de la pena respecto de los entes morales que puedan verse sometidos a una sanción penal, sino que es discutible en alto grado la conveniencia no sólo político criminal, sino también práctica, de aplicar determinado género de penas a las dichas personas morales, al tiempo que en otros casos, ello deviene en un imposible material: Resultaría imposible aplicarles sanciones privativas de la libertad, como la prisión o el arresto, por motivos varios que saltan a la vista, y que nos eximen de toda aplicación; o sería cuestión de dudosa conveniencia, como en el caso de las penas pecuniarias, toda vez que "son ridículamente insignificantes, o aun siendo cuantiosas, la infracción de la ley por parte de la persona jurídica opera de tal naturaleza, que la conducta ilegal realizada, la da por pagar la multa y obtener así jugosas ganancias" (25); en otros casos, la inconveniencia de determinadas penas raya en las fronteras de lo abiertamente improcedente o nefasto, como en el caso de la sanción propuesta por algunos, de imponer la disolución como pena a las personas jurídicas, o la suspensión o cancelación de su licencia de funcionamiento, toda vez que, como acertadamente lo advierte SAAVEDRA ROJAS, "se convertiría en arma de doble filo, porque ello significaría el despido de trabajadores y una incidencia negativa en la economía con efectos catastróficos, si la empresa sancionada tiene especial importancia en la economía del país" (26).

Finalmente, señalemos que sería harto difícil pretender la concesión de alguno de los subrogados penales a la persona jurídica que, eventualmente, se viese enfrentada a una sanción de carácter penal, tales como la Condena de la Ejecución Condicional como la Libertad Provisional, tanto porque ella no es susceptible de

(25) Saavedra Rojas, Edgar. Op. Cit., pág. 13.

(26) Saavedra Rojas, Edgar. Op. Cit., pág. 22.

verse recluida dentro de un centro carcelario donde pueda demostrar su "readaptación social" (artículo 72 Código Penal), como porque su "personalidad" es un concepto demasiado gaseoso, que no permite asirse a una realidad jurídico existencial (artículo 68 Código Penal).

7. OTROS ASPECTOS:

Apoyados en algunos autores, podemos rematar nuestra visión de las objeciones a la pretendida responsabilidad penal de las personas jurídicas, en nuestro medio, apuntando otras críticas a tal pretensión doctrinal, como sería que las personas jurídicas carecen de capacidad procesal per se, esto es, que no tienen la capacidad procesal para comparecer al proceso ellas mismas, sin sujeción a una persona natural que las esté representando o que esté actuando en su nombre, motivo por el cual no podrían rendir por sí mismas una indagatoria, asistir a un careo, etc. (27). Además, respecto suyo se presentan unos problemas prácticamente insolubles cuando se pretende derivar un juicio de participación o autoría, en el evento de la coincidencia de los designios criminosos de sus administradores o representantes con los suyos propios.

Por lo anteriormente anotado, es por lo cual hemos dicho que, conforme a la legislación nacional vigente, no resulta viable proponer una responsabilidad de índole criminal para las personas jurídicas, incluidas las sociedades civiles o comerciales, sino que la responsabilidad deducible por conductas lesivas de derechos ajenos, debe circunscribirse al ámbito administrativo, contravencional o policivo, o, en el mejor de los casos, al estrictamente civil. Y de una vez aclaremos un punto que habíamos dejado pendiente, cuando nos preguntábamos por qué, conforme a nuestra legislación nacional, las personas podían considerarse como sujetos activos de la especie contravencional, que no dentro de la delictual, dentro del amplio género del Hecho Punible: La razón de esa diferenciación no es otra que la naturaleza misma de las contravenciones, dentro de las cuales, la sola imputabilidad material de la comisión del hecho sancionable, legalmente descrito, hace al agente merecedor de un Juicio de Reproche; contrario a los delitos, en donde no basta con la mera constatación de la atribuibilidad material de la comisión del reato sancionable, pues es menester verificar un nexo síquico que media entre el agente y la conducta, so pena de desdibujar la cadena de la materialización del Punible. De esta manera, como se fundamentan sobre supuestos esencialmente diversos, es como la misma legislación nacional, eleva a las personas jurídicas a la categoría de "agentes contravencionales", que no de sujetos activos del delito: La misma esencia de la contravención, justifica la posibilidad de responsabilidades contravencionales para las personas jurídicas, al ser entidades jurídicas desprovistas de ingredientes psicológicos o volitivos, los que, en todo caso, no están compren-

(27) Rodríguez Devesa, José María. "Derecho Penal Español". Pág. 347 (citado por José Miguel Zugaldía Espinar en Op. Cit., pág. 74).

didos dentro de las características propias de la naturaleza de las personas jurídicas (28).

Ahora bien, el hecho incontrastable de que a la luz del Derecho Punitivo nacional, no pueda edificarse este género de responsabilidad, no significa que no pueda elaborarse una sugerencia doctrinal que abogue por el establecimiento positivo de la misma, dentro de una legislación sancionatoria consecuente con las realidades que demarcan los hechos, tal como a continuación pasamos a certificar.

IV. CONVENIENCIAS POLITICO CRIMINALES vs. DOGMATICA JURIDICA

Teniendo como punto de partida los argumentos detractores ya explicados, nos enfrentamos con la dualidad insalvable que ha acompañado de antaño este problema: De un lado, está la realidad fáctico social que nos impulsa a propugnar por el establecimiento de una responsabilidad criminal, que cobije a las Personas Jurídicas, y del otro, los rígidos moldes de una normatividad que, tanto a nivel nacional como internacional, pretermiten tal eventualidad. De esta suerte, una vez más se pone de manifiesto que el Derecho se ha colocado por fuera del marco existencial de la sociedad misma, es decir, que se ha salido del ámbito de las realidades socio-culturales a las que pretendidamente debiera regular, a la par que ser intérprete fidedigno de las mismas.

Es un dato plenamente establecido, que frente al Derecho Positivo sólo cabe predicar una forma de responsabilidad penal, esto es, la responsabilidad que acompaña el actuar delictual de las "Personas Naturales", al tiempo que se cierra todo margen de posibilidades para una responsabilidad, siquiera similar, para las Personas Jurídicas. Pero tampoco puede negarse que frente a esas normaciones incólumes e impasibles, se batan violenta y furiosamente los vientos de la renovación y la revisión de las categorías fundamentales que inspiran el Derecho Penal de nuestros tiempos, tal como lo certifican escuelas de relativa novedad, tales como la "Normativista" de R. FRANK y J. GOLDSCHMIDT, o la "Finalista" de H. WELZEL.

En verdad, es una realidad de a puño que frente a las normatividades jurídico positivas se plantan grupos de personas y asociaciones de individuos que, bajo el auspicio de la personalidad jurídica que un reconocimiento estatal les confiere, actúan cual corsos en el campo del Derecho, con todos los privilegios y prerrogativas que dicha calidad comporta, con un alto índice de resultados en su favor, ante todo lo cual no puede permanecer impasible el orden jurídico, celoso como debe ser en la preservación de sus propios cimientos, so pena de afrontar su des-

(28) En este sentido, vid Jairo Rodrigo Hernández, Op. Cit., pág. 315: ". . . el principal argumento para sostener la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de contravenciones administrativas no es otro que la misma razón de ser de estas infracciones, es decir, la intervención estatal, pues si lo que se busca con ellas es la garantía de dicha intervención, es necesario que las compañías o sociedades, alguns veces usadas como medio para eludir la acción estatal, tengan que soportar una pena por actuaciones irregulares, tipificadas como contravenciones. No hay que pensar, pues, en la incapacidad de las personas jurídicas. . .".

trucción. El orden jurídico no debe permanecer inmóvil frente a ficticias "sociedades" de naturaleza civil o mercantil, que a la postre resultan no ser más que mamparas tras las cuales se ocultan la ilicitud y la impunidad, al orientar su objeto social a fines evasores de impuestos, de especulación y acaparamiento (29), violadores de reglamentos administrativos o policivos, o, en más de las veces, declaradamente delictivos (en delitos como los que atentan contra el orden económico social, el patrimonio económico, la salud y la fe pública, etc.). No puede ese orden jurídico quedarse estático cuando los grandes consorcios, los grandes omnipotentes "holdings", "cartels" y "trust" se afanan para manipular a su antojo, y en su exclusivo provecho, con claras y patentes violaciones de las normas penales, la ya muy resquebrajada y desbaratada economía nacional, al tiempo que desconocer los lineamientos sobre los que se edifica la convivencia social. No puede el orden jurídico permanecer al margen de toda actuación, cuando el Estado mismo quebranta las normas legales, para adentrarse en el campo de la "Negación del Derecho", como diría HEGEL (30). No puede, en última instancia, permanecer quieto ese ordenamiento jurídico cuando las grandes transnacionales se aventuran, cual voraces aves de rapiña, a carcomer las pobres entrañas de la esquelética organización social y económica del país, irrespetando la soberanía nacional; entrometiéndose descaradamente en el manejo de los asuntos internos del país que hace las veces de anfitrión; irrespetando abiertamente las normas de competencia, en los mercados nacionales e internacionales; exportando al llamado país anfitrión, productos o medicamentos prohibidos en la matriz, por su carácter perjudicial a la salud y a la higiene públicas (caso de la talidomida, de la cual aún existen serios vestigios sobre su lúgubre paso por el territorio nacional); o localizando en el país anfitrión, actividades contaminantes del medio ambiente que, por su carácter denotadamente nocivo, han sido pretermitidos en el país de ubicación de la matriz (31), o, ejemplo típico de la explotación imperialista, entregándose a "la explota-

(29) Si bien en este punto existe una perniciosa y nefasta doble reglamentación, tanto administrativa como penal, motivo por el cual resultará un absurdo de marca mayor sostener que si la tarea de especulación o acaparamiento desplegada por la persona jurídica no tiene mayores cuantías, será de naturaleza contravencional, y ella será susceptible de sanciones; pero que si ya la cuantía alcance los linderos mínimos exigidos por el artículo 229 del Código Penal (\$ 500.000), la conducta es ya de índole eminentemente penal, y que, como las personas jurídicas no son ni pueden ser sujetos activos de este ordenamiento, no pueden sancionarse con penas.

(30) Hegel, J. G. F. "Principios de la Filosofía del Derecho". Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1975; pág. 123.

(31) Vid, Rodríguez Ramos, Luis. "La protección del medio ambiente en el Código Penal", en Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle. No. 6, Primer Semestre de 1982, pág. 80. Al respecto, Rodríguez Ramos, esquematizando los diferentes tipos de autor en el ámbito de la delincuencia ecológica, menciona a los "delincuentes industriales o financieros", dentro de los que distingue tres subtipologías: a) "Por excesivo ánimo de lucro, desplegando actividades contrarias al medio ambiente para obtener mayores beneficios"; b) "Por excesivo apego a las riquezas que ya se tiene, considerando que existe una equivalencia entre el tener y el poder, no admitiendo renunciadas ni por motivos ecológicos" y c) "Por un desmedido ánimo de productividad, operando el mecanismo anterior (haber-poder) no como defensa sino como ataque. La disminución de la productividad a corto plazo, que puede compensarse con planteamientos económicos a largo plazo coincidentes con los económicos, no se acepta".

ción irracional y abusiva de las fuentes de recursos naturales" (32), etc.

Así, haciendo eco de las expresiones de ZUGALDIA ESPINAR, sostenemos que "la admisión de la responsabilidad criminal de las sociedades aparece como una deseable y elemental medida político-económico-social a la que no debe sustraerse un sistema jurídico que, lejos de los preciosismos del sistema, pretende afrontar realmente y con seriedad los problemas" (33), si bien habríamos de formularle el reparo de que tal problema no debiera conjugarse exclusivamente respecto de las "sociedades", sino del género global de las "personas jurídicas". De esta manera, no se hace más que resaltar un punto que desde antaño ha venido mencionándose, cada vez con mayor profundidad y acogimiento dentro de la doctrina jurídico penal: la liquidación del derecho penal "clásico" es ahora simple cuestión de tiempo (34), pues no responde con sus arquetipos conceptuales a las realidades existenciales de una sociedad que, como la actual, reclama unos patrones normativos que interpreten con toda justeza, las verdades sociales, culturales y económicas que interactúan en su seno, todo con un marcado impulso en cuanto hace con la "eticidad" de la pena y sus presupuestos básicos de la tipicidad, la entijuridicidad, la imputabilidad y la culpabilidad, sobre los cuales no cabe promulgar acabadas teorías, siempre que aún no logra establecerse concepto siquiera mayoritario en torno a la naturaleza del "deber ser" de cada una de estas instituciones (35): "Si aún subsiste alguna dificultad para compaginar la responsabilidad

(32) Warschaver, Eduardo. "Castigar a las transnacionales: Un ensayo de futurología en política criminal", en Revista Doctrina Penal, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Año 5, Nos. 17 - 20; 1982, pág. 118. En cuanto a la impresionante capacidad delictiva de las E.T.N. de que habla Warschaver, el profesor Roberto Bergalli, en conferencia inédita pronunciada durante las Jornadas de Estudio sobre "El Juez frente a la criminalidad económica" celebradas en Madrid, 1983, sostenía que "en cuanto a los sujetos con capacidad para cometer, por acción u omisión, esas conductas dañosas de incidencia transnacional es evidente que, incluyendo personas naturales y jurídicas, el espectro es vasto en razón de que, por lo menos en términos formales, incluiría desde los propios Estados nacionales hasta el individuo, pasando por las grandes corporaciones", resaltando en este oriente, la profundización de la investigación criminológica que habrá de recaer sobre la actividad delictual de las transnacionales.

(33) Zugaldía Espinar, José Miguel. Op. Cit., pág. 84.

(34) En ese sentido se pronuncia Zugaldía Espinar, en Op. Cit., pág. 86, posición a la que adherimos, citando a Stratenwerth, para quien ha hecho crisis el concepto jurídico penal de culpabilidad, pues como dice Gimbernat Ordeig, se basa en presupuestos indemostrables, los que no pueden ser fundamento de la pena. Vid: Gimbernat Ordeig, Enrique. "Tiene futuro la dogmática jurídica penal?". Editorial Temis, Bogotá, 1983, pág. 26. Igualmente, Stratenwerth, Gunther. "El futuro del concepto jurídico penal de culpabilidad", pág. 89. No obstante, otros autores como el doctor Juan Fernández Carrasquilla, a quien pertenece la cita anteriormente transcrita, sostiene tesis diametralmente opuesta, pues para él, "la liquidación del derecho penal "clásico" no es ahora simple cuestión de tiempo, pues de lo que se trató es de la reviviscencia y reconstrucción de sus principios". Vid, Fernández Carrasquilla, Juan. "Hacia una dogmática penal sin culpabilidad", en Revista Nuevo Foro Penal. Editorial Temis, octubre - diciembre, 1982, pág. 969.

(35) Tal como se ha planteado respecto de la Culpabilidad, es un hecho cierto que aún hay fuertes divergencias sobre el real contenido de los demás elementos del hecho punible, y de sus respectivas funciones dentro de la estructura del ente jurídico delictual.

criminal de las personas jurídicas con la llamada teoría jurídica del delito, pues peor para esta última" (36).

No obstante, justo es reconocer, como hasta el momento lo hemos venido haciendo, que aún es largo el camino que resta por trasegar en procura del establecimiento jurídico positivo de una responsabilidad criminal que comprenda a las personas jurídicas, como "centros de imputación de sus normas, a la manera kelseniana (37). A pesar de ello, creemos que el problema ha sido mal enfocado por parte de quienes se han erigido en abanderados de este tipo de responsabilidad penal: En efecto, somos de la opinión de que no debe hablarse más de la responsabilidad penal de las sociedades, de manera exclusiva y excluyente, sino que deben comprenderse también otras formas de "Personas Jurídicas", tales como las asociaciones, las fundaciones, el Estado mismo y las E.T.N., como denominase EDUARD WARSCHAUER a las Entidades Transnacionales (38); esto es, una serie de entes infra y supraestatales susceptibles de encuadrarse dentro de la categoría de las Personas Jurídicas. En segundo lugar, no debe buscarse más la dilucidación de una "responsabilidad" penal de las personas jurídicas, como hasta el presente se ha venido haciendo, sino que lo que nos atrevemos a sugerir como guía orientadora para estos esfuerzos teóricos, es una "responsabilización" penal "Para" las Personas jurídicas: Con esto queremos significar que la capacidad penal de estos entes morales, no debe ser buscada más dentro de los moldes tradicionales del ente delictual, que reciben su consagración más acabada dentro de la Dogmática Jurídica, puesto que allí no encontraremos nunca la respuesta a nuestras inquietudes academicistas, sino que lo que debe buscarse es la creación de nuevos conceptos y nuevos arquetipos jurídico penales: Conforme a las legislaciones vigentes, es un hecho innegable que está excluida toda posibilidad de deducir responsabilidad penal a las Personas Jurídicas, pues ellas no son potenciales Sujetos Activos de sus normaciones, toda vez que esa posibilidad no ha sido contemplada por los diversos ordenamientos jurídico punitivos; en consecuencia, y dado que las Personas Jurídicas no son responsables penalmente, HAY que hacerlas responsables a partir de la creación de nuevos patrones y de nuevas formas de aprehender el Derecho Penal. No debemos, pues, buscar acomodar la naturaleza de las Personas Jurídicas a las normaciones existentes, sino que se debe propender por la creación de nuevas formas de abordar el conocimiento del Derecho Penal, y, con ello, de nuevas categorías normativas. Y partiendo de este postulado, es como nos aventuramos a proponer algunos parámetros que rebatan las críticas formuladas por los detractores de este intento teórico, de tal manera que sirva de apoyo para futuros estudios y análisis sobre la materia, que lleguen a niveles más acabados en cuanto a la elaboración de la teoría que un sector doctrinal del Derecho Penal, al cual nos adscribimos, se ha propuesto construir.

(36) Aftalión, Enrique. "Acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas". La Ley, T. 37, 1945, pp. 286 y ss.

(37) Kelsen, Hans. Op. Cit., pág. 127 y ss.

(38) Warschaver, Eduardo. Op. Cit., pág. 111.

Y el primero de estos mojonos estaría constituido por la tipificación positiva de una norma de corte parecido a la que consagraba el frustrado proyecto de Código Penal de 1978, en virtud del cual podían imponerse determinadas sanciones a las Personas Jurídicas, como tales, en el evento de que sus administradores y representantes, cometiesen algunas formas delictuales "con los medios que para tal objeto la misma entidad les proporcione, de modo que se entienda cometido a nombre o en beneficio de ella". (39). Dicha norma, que inexplicablemente desapareció en lo que vino a ser el Nuevo Código Penal de 1980, merece una serie de comentarios:

En primer lugar, resulta menester criticarle su limitación en el campo de los delitos que podían "cometerse" por parte de las Personas Jurídicas, toda vez que los circunscribía a los delitos contra el orden económico social, la seguridad pública, la salud pública y los delitos de peligro común, olvidando de manera olímpica que estos entes morales también puedan desarrollar su "dinámica criminal a nivel de corrupción administrativa; falsedad documental; contra la propiedad (industrial o intelectual), de cambio y comercio exterior; de contrabando, monetaria, persecución sindical, fiscal, etc., etc.; y ¿por qué no mencionar los delitos contra la seguridad del Estado y el régimen constitucional?." (40). Pero, en segundo lugar, tal disposición representa grandes avances, los que deben traducirse en voces de

(39) Por considerarlo de singular trascendencia, nos permitimos transcribir literalmente el texto de tal norma:

Artículo 360. Penas Aplicables a las Personas Jurídicas. Cuando un representante, directivo, administrador o dependiente de una persona jurídica de Derecho Privado, cometa alguno de los delitos previstos en este título y en los capítulos segundo y tercero del Título V, con los medios que para tal objeto la misma entidad le proporcione, de modo que se entienda cometido a nombre o en beneficio de ella, las penas accesorias previstas en el artículo 358 se impondrán a la persona jurídica la cual, además, será condenada solidariamente al pago de la multa señalada para el delito y a la indemnización a que hubiere lugar, sin perjuicio de la pena que corresponda al autor o partícipe de éste". (Tomado de Saavedra Rojas, Edgar. Op. Cit., pág. 20).

Si se revisaban las remisiones a que hacía alusión el artículo transcrito, nos encontraríamos con que el Título donde se tipificaba esta norma era el de los "delitos contra el Orden Económico y Social", y que los capítulos segundo y tercero del Título V, "delitos contra la Seguridad Pública", se ocupaban, respectivamente, de los "delitos de peligro común o que pueden ocasionar grave perjuicio para la comunidad y otras infracciones", y de los "delitos contra la Salud Pública". Por lo demás, las penas accesorias de que trata el artículo 358, comprenden sanciones como suspensión temporal o cancelación definitiva de nombre, enseña, marca, rótulo, dibujo, etiqueta, patentes de invención o modelos industriales, etc.; prohibición temporal para negociar con las entidades de Derecho Público; suspensión del derecho de obtener licencia de importación o exportación; prohibición para ejercer el comercio; intervención oficial o cierre del establecimiento, y, "en casos de excepcional gravedad", disolución o liquidación por intermedio de la respectiva superintendencia. Vale aquí anotar que se dejan por fuera de la vinculación jurídico penal, a las entidades de derecho público, quizá con una influencia notoria del pensamiento kelseniano de que al Estado, "que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esa manera". Kelsen, Hans. Op. Cit., pág. 132. Pero no compartimos tal parecer puesto que tal como lo señalase el profesor Roberto Bergalli en la conferencia anteriormente anotada, "aun un Estado Nacional puede verse involucrado, en forma directa o indirecta, en prácticas delictivas".

(40) Saavedra Rojas, Edgar. Op. Cit., pág. 21.

halago y elogio para la norma en comento, cada vez que el contraer la potencialidad punitiva de las Personas Jurídicas, al evento de que los administradores o representantes de la misma, utilicen para la ejecución del reato punible, "los medios que para tal efecto la misma entidad les proporcione", se nos están solucionando dos problemas básicos que surgían desde el bando de los detractores de este esfuerzo conceptual: De un lado, se está salvando la crítica que apuntaba a la falta de la capacidad de acción, en sentido jurídico penal, de las personas jurídicas, pues ya se está diciendo que los actos delictuales desplegados por los gerentes o representantes, efectuados con empleo de los medios que para tales casos les facilite la misma entidad, de tal suerte que se entiendan cometidos en su nombre o en su beneficio, no se REPUTAN acciones de la sociedad, o, mejor dicho, de la Persona Jurídica, sino que verdaderamente SON acciones del ente moral, con amplia trascendencia en el ámbito jurídico penal. De otra parte, al establecerse que esos actos serán punibles en cabeza de la persona jurídica, en la medida que sean materializados con apoyo en los medios que ella proporcionase a sus órganos administrativos o de representación, se soluciona el lindero que separa la responsabilidad exclusiva, concurrente o alternativa, entre la persona jurídica como tal, y el administrador o representante que materializó la conducta: Si el administrador o representante utilizó los medios que le proporcionaba la misma entidad, donde cabrían las mismas disposiciones estatutarias o legales que le atribuyen sus funciones, lo mismo que los medios materiales, la responsabilidad es de la persona jurídica, quien fue la que, en Derecho, infringió las disposiciones legales, y no habría lugar a extender tal juicio de reproche al administrador o representante como persona natural, pues éste no fue más que el instrumento, es decir, el órgano a través del cual se exteriorizó la conducta de la Persona Jurídica; por el contrario, si el hecho sancionable se cometió por el agente administrador o representante, con trasgresión de sus atribuciones estatutarias o legales, o con empleo de medios materiales diversos a los que para el ejercicio de su cargo le facilitaba la persona jurídica, creemos que la responsabilidad debe ser deducida exclusivamente sobre el administrador o representante como persona individual, sin que haya posibilidad alguna de vincular la responsabilidad penal del ente moral, quien en momento alguno concurrió a la comisión de ese desviado actuar.

Con todo, no creemos estar invocando un retorno a la Teoría de la Realidad de GIERKE y SPOTA. Simplemente, se trata de diferenciar entre la actuación delictual desplegada en el ínterin de las atribuciones estatutarias o legales del administrador o representante, y las desarrolladas por fuera de tal ámbito de facultades, a partir de todo lo cual cabría la distinción en cuanto a quién debería afectar el juicio de reprochabilidad delictual. Además, con ello se acoge la teoría de que los administradores o representantes SON la persona jurídica en la medida en que actúan dentro de sus competencias, pero que dejan de serlo, cuando trasgreden los límites de sus facultades administrativas o de representación.

Igualmente, el establecimiento de una norma de este corte soluciona otras barreras ya explicadas, como la talanquera de la "Tipicidad", puesto que ya cuando el Código Penal dijese en su Parte Especial: "El que. . .", no sólo se comprendía dentro de tal fórmula a la persona natural sino también a la persona jurídica, quien para estas épocas ya tendría plena capacidad jurídico penal, al tiempo que

se libraría la crítica de su carencia de capacidad procesal, y se esclarecerían grandemente los interrogantes que anteriormente nos surgían sobre participación y autoría.

Mas no todo el entuerto quedaría resuelto con la consagración de un precepto del calibre anteriormente reseñado, pues ello equivaldría a dejar la cuestión prácticamente a mitad de camino, siempre que aún subsistirían los puntos capitales atinentes al vínculo psicológico entre el agente y la conducta, si bien para esta altura estaría parcialmente resuelto el aspecto de la vinculación entre la conducta y resultado, esto es, del Nexo de Causalidad de que trata el art. 21 del C.P. ¿Qué decir entonces, del elemento psicológico indispensable para el surgimiento a la vida jurídica del ente delictual? Ya hemos subrayado que lo que ahora se debe hacer por parte de los abanderados de la "responsabilización" penal "para" las Personas Jurídicas, es auscultar otras formas de abordar el conocimiento de esta rama normativa del Derecho, y no seguir intentando vanamente, impetrar el establecimiento de este tipo de responsabilidad, dentro de los moldes que encuadran el moderno Derecho Penal. No. Lo que debe hacerse ahora es elaborar toda una serie de nuevas categorías conceptuales, tal como lo hemos reiterado a lo largo de este informe, a efectos de comprender que la realidad social no puede seguir ajena al auge desmesurado de las conductas delictuales de diversas formas y variantes, de personas jurídicas que gozan del manto inexpugnable de la impunidad, ya que el Derecho Penal vigente se muestra inerte para hacerlas destinatarias de sus normas, por no tener una estructura compatible con la naturaleza estrictamente jurídica de las personas morales. Por tanto, la solución es radical: reside en la persecución de la gestación y formación de un Derecho Penal desicologizado, que pueda abarcar ese número ingente de sujetos jurídicos que, paradójicamente, se están quedando por fuera del Derecho. Debe, en consecuencia, perseguirse la estructuración de arquetipos conceptuales que nos permitan abarcar a las personas jurídicas como sujetos a-sicologizados que son, a-imputables y a-culpables que son, dentro del extenso campo del Derecho Penal: Y huelga decir que con estos nuevos términos, por nosotros acuñados, sólo se quiere poner de presente que los entes morales no son más que fenómenos jurídicos que se colocan por fuera de las tradicionales clasificaciones de imputables e inimputables, como binariamente divide nuestro Código Penal a los sujetos activos del delito, y allende de culpables o no culpables, o, en otros casos, de inculpables, en virtud de la confluencia de alguna de las causales de "no exigibilidad de otra conducta" que trae el art. 40 del mismo Código Penal. Con esto, pues, sólo queremos expresar nuestra opinión de que las personas jurídicas son entidades que se sitúan por fuera de este tipo de clasificaciones o encasillamientos a los que, en diversas oportunidades, puede verse sometido un Agente Delictual. Esta es, entonces, la solución que proponemos al sicologismo jurídico penal que se eleva como la principal barrera que excluye, respecto de las personas jurídicas y su pretendida responsabilidad jurídico penal, los juicios de disvalor, de reprochabilidad y de conexión entre Agente y Conducta.

Dejémonos de pensamientos aferrados a normas que no responden a las necesidades sociales del momento, y adentrémonos en la elaboración de una nueva visión del Derecho Penal. Lo que sugerimos es, si se quiere, la elaboración de un Derecho Penal Específico, que tenga como destinatarios de sus normaciones a los

entes morales (41), a partir de parámetros ajenos al gaseoso concepto de "culpabilidad", respecto de cuya real naturaleza no hay consenso unánime en la doctrina, llegándose incluso a decir por parte de autores de la talla del profesor Mesa Morales que la pretendida escuela partidaria de la "responsabilidad objetiva", esto es, el Peligrosismo, era también manifestación de las tesis culpabilistas, ya que, como él mismo lo expresa, "tanto la Escuela Clásica como la Escuela Positiva se inspiraron en la responsabilidad subjetiva, es decir, que fueron doctrinas penales culpabilistas", si bien reconoce que mediaba gran diferencia entre una y otra, en cuanto hace al modo en que concebían toda la estructura del delito (42). En este sentido, encontramos que si aún no existe claridad sobre lo que sea y en verdad represente la Culpabilidad, como al efecto lo certifica la pugna sostenida entre los finalistas y sus detractores (43), ¿por qué habrá de rechazarse de entrada nuestra sugerencia teórica del establecimiento de un Derecho Penal Desicologizado, que encuentre como sujetos activos del delito a las Personas Jurídicas, sustrayendo su regulación sancionatoria a los certificadamente ineficaces campos, del derecho administrativo y civil, a más del policivo? (44).

Creemos que vale la pena el intento, tal como el Proyecto de Código Penal de 1974 quiso establecer un Libro III dentro del ordenamiento jurídico penal, que se ocupara de las principales contravenciones en materias varias para, por fin, integrar en un solo cuerpo normativo las dos variantes del Hecho Punible, aceptadas en nuestro medio, es decir, los delitos y las contravenciones. Tal esfuerzo, si bien a la postre fue deshechado por los señores comisionados que los siguieron, merece nuestro aplauso y total reconocimiento. De esta misma manera, invocamos la atención para nuestra propuesta, a partir de la cual se salvarían todos los escollos planteados sobre las falencias psicológicas de los entes morales, con la subsecuente resolución de las críticas provenientes del Juicio de Disvalor, del Juicio de Reprobabilidad y sus anversos de la Juridicidad, en razón de las causales de Justifica-

(41) Damos la denominación de "Derecho Penal Específico" a la nueva normación que proponemos, a efectos de no confundirla con la ya difundida de "Derecho Penal Especial" que se emplea por los tratadistas para designar la Parte Especial de los Códigos Penales. Si bien reconocemos que la denominación por nosotros ofrecida no es la más afortunada, somos del parecer de que por lo menos es altamente útil para diferenciar sus propios cometidos, esto es, ser un ordenamiento punitivo específico "para" las personas jurídicas, al tenerlas como sujetos activos, por esencia, de sus postulados.

(42) Meza Morales, Fernando. "Derecho Penal de Culpabilidad", en Revista Temas de Derecho Penal Colombiano. Segunda Epoca, No. 14, 1981, pág. 27.

(43) Gimbernat Ordeig, Enrique. Op. Cit.

(44) Ya ha quedado plenamente establecido, a partir de las prácticas de tales normaciones, que las mismas resultan ser completamente ineficaces para combatir el tráfico delictual que patrocinan las personas jurídicas, con su poderosa capacidad económica y de poderío social. Por tanto, y como dijésemos anteriormente, siendo como es el Derecho Penal, "el último expediente a que recurre el aparato regulador de conductas intersubjetivas del ente estatal, cuando todos los demás instrumentos coercitivos de que disponía en un momento dado, han dado fe de sus falencias", lo más sensato es acudir ahora al empleo de este mecanismo sancionador, so pena de que su acción sea extemporánea y que, por lo tanto, sea ya demasiado tarde para actuar (Molina, Carlos Mario, "El delito de usura y su regulación legal", en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana. No. 59, 1982, pág. 156).

ción traídas por el artículo 29 del Código Penal, y de la Inculpabilidad, consagradas por el artículo 40 del mismo Estatuto Punitivo. En este sentido, diríamos que a los entes morales se les aplicarían las causales de justificación del hecho o de inculpabilidad del agente, en la medida en que el administrador o el representante que, obrando con los medios que para tales efectos le facilitaba la entidad, hubiese obrado bajo el amparo de algunas de las circunstancias justificantes del artículo 29 del Código Penal, o de no exigibilidad de otra conducta del artículo 40 de la misma obra.

Finalmente, y atinente al elemento-consecuencia del ente delictual, esto es, la pena, decimos con el profesor GIMBERNAT ORDEIG que, contrario a lo que usualmente se piensa, "la pena— . . .—no tiene una función metafísica de retribución y expiación, sino la más simple y modesta de prevenir delitos" (45). De allí que, en sentido contrario a los pareceres sincréticos contemplados por el Código Penal en cuanto a las finalidades atribuidas por la ley a la pena (46), somos del parecer que la sanción penal, primordialmente, tiene por función la de orientarse a la prevención del delito, y no retribuirlo después del materializado, pues ningún bien trae a la familia del occiso el que su victimario se encuentre tras las rejas de un establecimiento carcelario; mejor habría sido que se previniese la comisión de tal homicidio. De igual manera podemos decir que, para las personas jurídicas, concepto dentro del cual se engloban sujetos de singular poder socioeconómico, en algunas veces capaz de enfrentarse a la organización estatal misma, vale más la prevención de sus potenciales conductas ilícitas, que sancionar con multas exiguas las actuaciones delictuales consumadas. Parodiando una frase de EDUARDO WARSCHAUER (47), podríamos decir que tal vez nos resulte difícil definir con precisión como habrá de ser un mundo sin las "personas jurídicas" pero en cambio comenzamos a tener cabal conciencia de cómo es el mundo con las "personas jurídicas", WARSCHAUER habla de las "transnacionales", pues nos hemos permitido la libertad de modificar un tanto su frase, con miras a adaptarla a nuestros propósitos expositivos. Y si ya sabemos cómo es el mundo de hoy CON las personas jurídicas, lo mejor es prepararnos para afrontar el reto punitivo que ellas establecen con mayor fuerza cada día al Estado y a los entes encargados de la administración de Justicia y la salvaguardia del orden público y social. Por ello, no creemos que se convierta en obstáculo insalvable la problemática de las penas

(45) Gimbernat Ordeig, Enrique. Op. Cit., pág. 73.

Sobre la evolución experimentada en los últimos años, profundizada en la consecuencia del delito, puede verse, sobre Criminología: Roxin, Claus. "Las transformaciones de la criminología y la situación actual de la política penal", en Revista Universitas. Stuttgart (Alemania Occidental), Vol. XVII, No. 4, junio de 1980; págs. 251 a 258; y a Jescheck, Hans Heinrich. "La crisis de la política criminal", en Revista Doctrina Penal. Editorial Depalma, Buenos Aires, Año 3, No. 9 - 12, 1980, pp. 45 y ss.

(46) Estrada Vélez, Federico. "Relación explicativa al Nuevo Código Penal Colombiano", en Revista Fiscal de la Contraloría General de Antioquia. No. 4, Abril, 1981, pág. 15: "La descripción de las funciones de la pena conduce hacia la concepción sincrética, con particular acentuación sobre la retribución, que diferencia fundamentalmente la función punitiva de las medidas de seguridad que conducen hacia finalidades muy diversas, de carácter curativo, protector del individuo sindicado, y rehabilitador".

(47) Warschaver, Eduardo. Op. Cit., pág. 127.

que habrán de imponerse a las personas morales, para el caso hipotético, desafortunadamente hemos de reconocerlo así, de que sea aceptada la Teoría de la Responsabilización penal para las personas jurídicas. En tal sentido, dejamos aquí planteadas sumariamente, algunas medidas sancionatorias que, adecuadamente implementadas, pueden servir de instrumento de gran valor para la lucha anti-delictiva a que nos vemos enfrentados, teniendo como poderosos contrincantes a los entes morales.

Inicialmente, destaquemos que no somos muy partidarios de la muy difundida opinión de aplicar a las personas jurídicas la pena de disolución, o la de la suspensión de su licencia de funcionamiento, porque, tal como lo apuntase SAAVEDRA ROJAS, "se convertiría en arma de doble filo, porque ello significaría el despido de trabajadores y una incidencia negativa en la economía con efectos catastróficos, si la empresa sancionada tiene especial importancia en la economía del país" (48). Por lo demás, de establecerse en normas positivas, sería una medida que, dados los ribetes nefastos que alcanzaría según las palabras ya transcritas de SAAVEDRA ROJAS, resultaría de escasa o nula aplicación por parte de los jueces, al contemplar la dureza de tal resolución, y sus fatales efectos por el lado de la economía nacional. Con todo, no puede tampoco descartarse de plano que, circunstancialmente, podría elevarse esta forma sancionatoria a la calidad de pena imponible a las personas jurídicas que incurriesen en conductas delictuales, por parte del órgano jurisdiccional, si bien, en nuestra opinión, tal sanción adolece de más desventajas y reparos, que de eventuales beneficios y bondades, pues no podemos olvidar las sabias palabras de LEWIS A. COSER: "Cuando los propios hombres de quienes se suponía que defendían la ley, se mofan de ella más o menos abiertamente, ésta ya no se puede imponer. El control social debe derrumbarse cuando ya no se puede confiar en los agentes de control. En este punto, la aprobación de nuevas leyes es inefectiva. Por cierto, mientras más severas son las condenas, más laxa es su aplicación" (49).

A continuación, habremos de reconocer que la sanción que, pese a todos los defectos que puedan atribuírsele, resulta ser más conveniente, dada la propia naturaleza del ente moral, sería la de índole pecuniaria, es decir, la de multa. Pero. . . ¿bajo qué condiciones? Bajo condiciones tales que la conviertan en un mecanismo intimidatorio, en verdad, de la potencial conducta delictual que por intermedio de sus administradores o representantes, ponga en ejecución la entidad, de tal manera que sus montos no aparezcan como irrisorios, frente a las jugosas y astronómicas ganancias que con sus ilícitas operaciones pueda devengar la entidad, a efectos de que se le haga sopesar dos veces la conveniencia de ejecutar tales actos: Sería el caso de situar en consonancia las multas, con la conducta dañosa perpetrada, salvándose así el principio de proporcionalidad de la pena, de tal suerte

(48) Saavedra Rojas, Edgar. Op. Cit., pág. 22.

Manifiestamente partidaria de esta sanción extintiva se manifiesta la Dra. Beatriz Acevedo Pinzón, toda vez que guarda, en su muy respetable opinión, "la adecuación requerida por su naturaleza incorpórea", refiriéndose al ente moral. Vid, Acevedo Pinzón, Beatriz. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas". Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas. Bogotá, 1967.

(49) Coser, Lewis A. "Hombres de ideas". Fondo de Cultura Económica, México, 1968, pág. 100.

que las ganancias ilícitamente obtenidas, no alcanzasen a cubrir en la cuenta de pérdidas y ganancias, la multa impuesta, sino que la misma llegase a efectuar rubros tales como el del capital que sirvió para la constitución del ente social, tal como podría servir por ejemplo, el de establecer multas equivalentes a un segmento del patrimonio social, según balances.

Por lo demás, otras formas penológicas imponibles a los entes morales serían la privación en el disfrute de ciertos beneficios, exenciones o bonificaciones por parte del gobierno (por ejemplo, no permitirles determinadas exenciones tributarias, o pretermitirles el uso de los CATs, o no admitirlas a las bonificaciones y beneficios para la importación dentro de los preceptos del "Plan Vallejo", etc.; la interdicción para ejercer determinados tipos de actividades dentro del giro ordinario de sus negocios, que hayan tenido relación con la conducta sancionable que se les reprocha (en el caso de que se hubiesen dedicado a las "exportaciones ficticias", Vr.Gr., no admitirlas más, sea ello temporal o definitivamente, a la actividad exportadora nacional, restringiendo su actuar al sector interno de la economía nacional; o para el caso de actividades de contrabando, no permitirles las negociaciones conexas con actividades que potencialmente pudiesen tentarlas a nuevas trasgresiones de la ley); la prohibición de residir en el territorio nacional, para las sucursales de las transnacionales que se dediquen a actividades delictuosas, o dentro de determinadas zonas de la geografía patria, en el caso de entidades nacionales (en el mismo caso citado del contrabando, no permitirles tener residencia en las denominadas zonas de frontera), etc.

Sabemos de la dificultad que representa el tratar de "idear", que en este caso se hace sinónimo de "inventar", formas penológicas compatibles con la naturaleza incorpórea de las personas jurídicas, motivo por el cual las anteriormente propuestas no son más que un tímido esfuerzo por marcar un avance dentro de estos rumbos. Empero, no creemos que la dificultad ideativa sea sinónimo de "imposibilidad epistemológica", con lo cual sólo dejamos abiertas las puertas de la adecuación de una serie de medidas sancionatorias, a una especial forma jurídica cual es la de los entes morales, o, ¿"acaso el ingenio humano es tan escaso que no alcanza a elaborar el concepto de nuevas penas aplicables a las personas colectivas?; y esto lo afirmamos hoy cuando el mundo entero está de acuerdo en que la pena privativa de la libertad se encuentra en crisis, pues sus finalidades no se cumplen, o se ha demostrado su ineficacia" (50).

V. A MANERA DE CONCLUSION

A lo largo del extenso y agotador devenir histórico de la humanidad, son incontables los ejemplos que podríamos evaluar para demostrar la importancia capital que determinados eventos fácticos tuvieron respecto del desarrollo ulterior de la

(50) Saavedra Rojas, Edgar. Op. Cit., pág. 23.

Valga anotar que no somos partidarios de la aplicación de "medidas de seguridad" a las personas jurídicas, como ha sido propuesto por algunos, porque tales medidas son la consecuencia que se impone al actuar como "sujetos realizadores del tipo", de que hablaba nuestro profesor Carlos Jaramillo R., categoría ésta que no puede conjugarse sobre las personas jurídicas como hemos dado en demostrar anteriormente.

misma Humanidad. De esta suerte, fácilmente colegiríamos que han acaecido determinados hechos que, en un momento histórico dado, marcan un hito dentro de la línea continua que señala la evolución del género humano, los que en su oportunidad se elevan a la categoría de elementos modificadores del resultado último que fue en efecto, y el que hubiese resultado de la extrapolación de términos dados y conocidos, respecto de la historia. Con esto, sólo pretendemos subrayar el papel trascendente que, en últimas, han venido a tener determinados hechos o circunstancias respecto del ciclo evolutivo que ha acompañado al género humano.

Y si con referencia a la Humanidad, en cuanto toca con su desarrollo integral, es dable reconocer esta teoría, quizá con mayor claridad y nitidez pueda ella apreciarse en el terreno específico del saber, y más concretamente en el caso del conocimiento científico del Derecho, sobre todo, en el ámbito del Derecho Penal. En verdad, las grandes e inolvidables discusiones y polémicas doctrinarias y teóricas que han acompañado el desarrollo y evolución del Derecho Penal, son los bastiones sobre los que hoy se levanta orgullosa la ciencia jurídico penal. Es a partir de foros internacionales y nacionales, polémicas interminables entre los más connotados tratadistas, como se ha gestado la enorme tarea evolutiva del Derecho Penal, la misma que lo ha llevado desde los estadios de la primitiva ley del talión, hasta las más modernas teorías sostenidas por la Dogmática Alemana y la Teoría Finalista del Profesor HANS WELZEL.

De todas y cada una de las diversas luchas intelectuales que se han sostenido por ostentar la primacía, en cuanto hace con la exposición más acabada o representativa de un determinado punto o aspecto del Derecho Protector de los Criminales, como lo denominase algún día el profesor DORADO MONTERO, de quien fue discípulo afortunado el inolvidable LUIS JIMENEZ DE ASUA, el único que ha salido favorecido es el propio Derecho Penal, que ha salido rubustecido y fortificado, no sólo en sus cimientos sino también en sus ramificaciones superiores.

Es por esto, que el tema que ocupa este informe, congítador de una abismal disparidad de criterios de los doctrinantes y tratadistas, lejos de parecernos preocupante o de movernos a escándalo, es por nosotros estimado como la manifestación palpable de la necesidad evolutiva que debe acompañar a todas las ramas del saber y, dentro de ellas, al Derecho de Represión, como instrumento regulador de conductas interpersonales dentro de un grupo social determinado que es. Es cuando existe consenso general y uniforme entre los estudiosos de una rama determinada del saber, cuando debe comenzar a preocuparse quien se precie de patrocinar el perfeccionamiento de la disciplina de sus preferencias, siempre que es cuestión de común ocurrencia que con el asentimiento y el consenso general, viene irremediablemente ligado al estancamiento y la abulia cognoscitiva. De allí, que en vez de sentirnos escandalizados porque los estudiosos del Derecho Penal no logren ponerse de acuerdo en torno al conocido aforismo "Societas Delinquere non Potest" y su real validez dentro del mundo jurídico actual, ello sea para nosotros motivo de singular satisfacción, toda vez que ello es símbolo de las inquietudes investigativas y academicistas que permean el tratamiento analítico del Derecho Punitivo, que no se limita a los cauces meramente repetitivos, que nefastamente

son los que orientan el sistema educativo nacional.

Por estas razones, finalizamos nuestro informe dejando abiertas las puertas de la investigación y el progreso jurídico penal, pues como con sabias palabras lo propusiese ENRIQUE AFTALION, "en el campo de las ciencias no hay conquistas definitivas, sino arribos a nuevos puntos de partida" (51).

(51) Aftalión, Enrique. "Derecho Penal Económico". Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1959.