LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS

T
343.6
M536

SCIB 2

"LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS"

TESIS DE GRADO PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
Biblioteca Universitaria
Fernandez de Madrid

ELABORADO POR:

ARGEMIRO MENCO MENDOZA

DAVID OLIER BUENO

S C I B
00019100

47288

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

CARTAGENA, 1985

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS

RECTOR	:	Doctor LUIS H. ARRAUT ESQUIVEL
SECRETARIO GENERAL	:	Doctor CARLOS MENDIVIL CIODARO
DECANO	:	Doctor FABIO MORON DIAZ
SECRETARIO ACADEMICO	:	Doctor PEDRO MACIA HERNANDEZ

PRESIDENTE DE TESIS	:	Doctor ANIBAL VERGARA AVILEZ
PRIMER EXAMINADOR	:	Doctor PEDRO P. VARGAS VARGAS
SEGUNDO EXAMINADOR	:	Doctor ALVARO VILLARRAGA M.

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

CARTAGENA, 1985

DEDICATORIA

A mis padres, esposa e hijos

ARGEMIRO MENCO MENDOZA

A mis padres, esposa e hijos

DAVID OLIER BUENO

Cartagena, 15 de Julio de 1.985

Doctor
GUILLERMO BAENA PIANETA
Director Centro de Investigaciones
Jurídicas. Facultad de Derecho.
E.S.D.

Estimado Doctor:

De la manera más respetuosa, me permito rendir un informe favorable del proyecto de tesis, de los egresados ARGEMIRO MENCO MENDOZA y DAVID OLIER BUENO, titulado "LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS"
Los autores clasifican su obra en nueve (9) capítulos,en los cuales desarrollan, además de otros, los siguientes temas: Una parte general de conceptos jurídicos, teorías de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fuentes de la tesis en Colombia y en el universo, justificación y la debida sustentación de las conclusiones.
El tema seleccionado por ellos, es supremamente interesante, a pesar, de que ha constituído un permanente debate a través de toda la historia del derecho penal.
Se observa mucho dominio acerca de la comprensión y análisis de la materia del trabajo; asimismo pureza y propiedad en la exposición.
Informo que el proyecto de tesis, cumple con todos los requisitos exigidos por nuestra querida Facultad de Derecho, para que un alumno opte al título de ABOGADO.

Atentamente.

ALVARO VILLARRAGA MARTINEZ
SEGUNDO EXAMINADOR.-

DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

"Un trabajo sobre cualquiera especialidad del Derecho o de la ciencia en general, no concluye nunca, porque a cada paso debe ser revisado, bien por la mudanza de propio objeto, o por la versatilidad legislativa cuando no debido a las extravagancias doctrinales que nieguen o excluyan el escaso aporte de los aciertos teóricos". LUIS CARLOS PEREZ

"Nuevos valores y nuevas necesidades sociales azotan ininterrumpidamente, ese derecho petrificado e insuficiente por ineptos para adecuarse a las realidades emergentes. Y si las normas jurídicas no son capaces de latir al compás acelerado de la vida, no será el ritmo de ésta el que se retarde, aunque deba vencer obstáculos y por momentos parezca que disminuye su marcha". EDUARDO NOVOA MONREAL

I. INTRODUCCION

El presente trabajo, LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS, se origina en la necesidad de sus autores, de cumplir con el requisito-deber de elaborar una tesis de grado para obtener el título Académico de Abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena.

Otros motivos, son los de índole científica. Es decir, el deseo de aumentar los conocimientos en esta materia particular y atractiva, y el de aportar nuestros modestos enfoques a fin de mantener viva la descusión sobre tan apasionado asunto.

Los antecedentes de nuestra idea, germinaron en la motivación que nos despertó el estudio de la carrera, en concordancia con lecturas de connotados tratadistas y la observación detenida del fenómeno de la criminalidad corporativa en el mundo y en nuestro país.

El debate que se dió en las comisiones redactoras del Anteproyecto del Nuevo Código Penal Colombiano 1.978, y el Proyecto de 1.979, nos crearon el ambiente esencial de conciencia y nos despertaron la voluntad definitiva para trabajar en torno del tema que nos ocupa.

Evidentemente, la historia del Derecho Penal, revela que la RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS, no es un tema, di-

gamos, que tan nuevo. Desde hace siglos forma parte de la realidad histórica de muchos pueblos y ha estado en el centro de las preocupaciones y atenciones de los mas esclarecidos e influyentes cultores del Derecho Penal, ya negando o afirmando este género de responsabilidad. Cada época ha contado con factores y elementos compositivos del contexto material en donde se ha levantado la evolución del pensamiento jurídico y las direcciones que ha seguido tratando de decifrar el tema.

En nuestro país, (y en cualquier otro que considere que las personas jurídicas no pueden o están exentas de cometer ilícitos penales) sentar criterios sobre este tipo de responsabilidad, es un acometido de suyo importante e interesante.

Para muchos investigadores la materia es motivo de inspiración y obligada discusión: por razones de elevados imperativos éticos en tanto que respaldan como sagrado ideal, el desarrollo de la sociedad humana en armonía conciente con el espacio natural en donde es posible la vida y la civilización.

Nuestro trabajo adquiere especial importancia porque ilustra con objetividad lo grave del libertinaje conque operan numerosas corporaciones, creadas con fines de explotación económica. La tolerancia de sus comportamientos compromete la seguridad y la existencia del hombre y de su medio ecológico, porque son comportamientos que ponen en peligro bienes jurídicos amparados por la ley, pero como no

hay norma actual que los tipifique como conductas criminales, con su precepto preventivo, persecutor y sancionador continúan moviéndo se ante nuestros ojos con arrogancia imperturbable.

Con la tesis pretendemos demostrar que personas jurídicas de concreta naturaleza, por su estructura, finalidad y función poseen capacidades muy superiores a las del hombre, para delinquir; que al gunas de sus conductas en cumplimiento del ejercicio social y explo tación del objeto socioeconómico, ponen el peligro o destruyen, al hombre y el paisaje, y son contrarias a la ley, a la moral y a las buenas costumbres; que la ley, la doctrina y la jurisprudencia mas moderna y avanzada ya tiene en su haber suficientes criterios jurí dicos para proceder a conferirles poderes delictivos a estas perso nas morales; que las normas de tipo administrativo y de penal admi nistrativo, en práctica en nuestro ordenamiento legal, son insufi-cientes o poco y casi nulas en su poder intimidatorio frente al ava sallador desenvolvimiento del crimen societario; que en nuestro país pulula un ambiente de corte criminógeno, propiciado por tales corpo raciones,lo cual brinda la existencia de condiciones sociológicas pa ra que se legisle en tal sentido, o sea, el de punibilidad. Y final mente nos proponemos presentar nuestros argumentos de tesis, que as piramos contribuyan al enriquecimiento del debate, no por lo novedo so, sino por su precisión y efectividad.

El trabajo contiene una parte general, expositiva de conceptos jurídicos necesarios dado que a lo largo del trabajo los trajinamos

señalándoles sus aciertos y limitaciones. Hay un capítulo dedicado a la clasificación de las personas jurídicas, otro a los sistemas legislativos, y los que desarrollan teorías referidas a la responsabilidad penal que tratamos y estudiamos, la fuente universal de la tesis, fuentes en Colombia, la justificación y sustentación y las conclusiones.

El método que empleamos es el de investigación y consulta de autores nacionales y extranjeros. Contiene el trabajo citas textuales, comentarios de citas y juicios de nuestro valor. Resaltamos la colaboración que nos brindaron eminentes profesores de nuestra Alma Mater local.

En suma final, este trabajo nos deja la conciencia de haber progresado en conocimientos y la de que tenemos por delante todavía todo un campo vírgen, inexplorado por nuestra investigación, hecho que configura un desafío y causa de motivos para seguir decantado y depurando en fondo y forma nuestra tesis.

GRACIAS.

II. GENERALIDADES

A. De la Responsabilidad.

Al iniciar este tema nos remitimos a la definición que de él da el artículo 2341 del Código Civil Colombiano, que a la letra dice:

> "El que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o delito cometido".

Esto es lo que se denomina, Responsabilidad Civil Extracontractual.

Se entiende claramente que el Código alude a las personas naturales y jurídicas. Pero en cuanto a las personas morales, para efectos del castigo penal las excluye. Para mayores datos he aquí una orientación de una jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que data de 1.896, que concuerda con el razonamiento que en esta materia la misma institución ha venido haciendo hasta el presente:

DEPARTAMENTO ... BIBLIOTECA

"Las entidades de derecho público y las personas jurídicas no son capaces de cometer los delitos o culpas que caen bajo la sanción del Código Penal Colombiano, pero sí lo son de cometer culpas civiles, no ellas sino sus agentes legales y por lo tanto son responsables de los perjuicios que caucen a las personas contra quienes se cometen. La responsabilidad por actos ilícitos no solo corresponden a la persona natural, sino a la jurídica, por el hecho de sus legítimos y plenarios representantes en el desempeño de sus cargos. Si la entidad jurídica puede adquirir por medio de sus represntantes, debe también, por constituir una persona, capaz de obligarse. Asi cuando al moverse en el radio de sus atribuciones y funciones han ejecutado los representantes de la persona jurídica medidas perjudiciales a los intereses y sobre todo a las propiedades ajenas, está obligada a reparar el

daño causado. Las personas jurídicas son, pues, civilmente responsables por los actos ilícitos de sus representantes cometidos en el ejercicio de sus funciones o cargos. La Responsabilidad Civil de la persona jurídica por actos ilícitos se desprende como una lógica consecuencia de la capacidad amplia y reconocida de obrar, por estas personas o entidades colectivas".

B. De la Responsabilidad Civil

Nuestro Derecho es claro cuando dice que de las obligaciones civiles o contractuales responden las personas naturales y jurídicas, capaces de obligarse. Las personas naturales en el supuesto caso de ser incapaces por las razones que señala la misma ley responderán mediante su representante legal. Las personas jurídicas responden a través de sus representantes.

C. De la Responsabilidad administrativa

En el Derecho Administrativo, el funcionario responde de sus faltas administrativas mediante acciones disciplinarias ante la jurisdicción administrativa. De las fallas en el servicio que presta la administración a la sociedad responde el Estado quien se obliga a la indemnización mediante sentencia contenciosa. Anteriormente las fallas o faltas cometidas por el funcionario con ocasión de sus funciones respondía el Estado. El nuevo Código Administrativo en su última reforma, extendió la responsabilidad de los funcionarios cuando se prueba que por negligencia, culpa, acciones y omisiones flagrantes de la ley, la administración lesiona un interés particular o el de la comunidad. En este caso responde el funcionario.

D. De la Responsabilidad en lo Penal

En nuestro actual estatuto penal, es punible toda conducta típi

ca antijurídica y culpable. Solo las personas naturales imputables responden de culpa dolo o preterintención al momento de consumar y agotarse el hecho punible. Las personas jurídicas están eximidas de cometer delitos. Pero penalmente responden por el daño sus represen tantes, los cuales actúan en interés de la persona jurídica. En el Derecho Penal existe la responsabilidad civil derivada del delito. El condenado tiene una doble responsabilidad: la penal y la civil.

A los inimputables se les aplican medidas de seguridad. Son in imputables los que no tienen capacidad para comprender la magnitud de la conducta prohibida o de determinarse conforme a esa comprensión. La inmadurez sicológica y el trastorno mental son los presupuestos de la inimputabilidad.

El artículo 34 del Código Penal Colombiano dice que los menores de dieciseis años estarán sometidos a jurisdicción y tratamientos especiales.

E. Concepto del Delito

Dado el hecho de que el concepto de delito es relativo, en cuanto depende de cada legislación y ésta, a su vez, se basa en las coordenadas culturales de cada pueblo, puede decirse que no es dable definir el delito en forma que satisfaga de un modo universal, todas las exigencias. La imposibilidad aumenta si se pasa del campo legislativo al doctrinario, pues en este, puede afirmarse, cada autor tie

ne una definición propia.

Es tan cierto esto, que, según refiere JIMENEZ DE ASUA, en el Segundo Congreso Internacional de Criminología, celebrado en París en Septiembre de 1.950, no pudo llegarse a una definición criminológica del delito a pesar de que el objeto de la reunión era, primordialmente, hallar el concepto criminológico de lente ilícito penal en dicho Congreso, el relator general DE GREEF, luego de rechazar que las descripciones legales del delito pudieran tenerse como definiciones, se negó a dar que reasumiera las que en el plano criminológico se habían dado y que pudieran considerarse como definitiva en este campo.

Sin embargo, los juristas creen menos difícil definir el delito desde el punto de vista del Derecho, pero la verdad es que aquí también se han dado tantas definiciones, que resulta poco menos que imposible escoger la única. Nosotros, por lo menos, no lo intentaremos

Empero, los autores suelen buscar la significación definitoria de lo que es el delito a través de la clasificación de las diversas definiciones. Es así como se las agrupa, unas veces por su aspecto estrictamente legal, otras, por sus fundamentos filosóficos; algunas por su carácter antijurídico y buena parte de ellas (en el campo positivista), por su aspecto natural, bien sea sociológico, antropológico, etc.

Las definiciones que se basan en el aspecto antilegal del delito, pueden resumirse en la de que este es un acto contrario a la ley A este escueto núcleo, suelen añadir los autores diversos agregados. Así, IMPALLOMENI dice que el delito es "un acto prohibido por la ley con la amenaza de una pena, para la seguridad del orden social constituído en el Estado". ALIMENA añade el elemento subjetivo, para diferenciarlo del caso fortuito, insistiendo, no obstante, en que también debe haber un elemento objetivo o exterior (el de la violación de la ley penal), sin el cual se confundiría con el pecado.

Como pertenecientes a este grupo pueden considerarse las definiciones que da la escuela dogmática (entendida no en la forma como la estima JIMENEZ DE ASUA, sino como aquella en la ley) y entre las cuales figura la de MANZINI, para quien el delito puede definirse, desde el punto de vista formal, como "el acto humano (acción u omisión) con el que se viola un precepto jurídico que contiene aquella sanción específica de coerción indirecta que es la pena en sentido propio". Aunque el autor citado suministra también una definición sustancial (esto es, basado en el contenido) del delito, tampoco se aparta mucho del concepto legal, ya que al decir que "el delito es una acción u omisión castigada con una pena, imputable, a una o mas personas, lesivas o peligrosas para un interés penalmente tutelado, constituída por determinados elementos y eventualmente subordinada a ciertas condiciones de punibilidad o acompañada de determinadas circunstancias", en realidad está manejando conceptos legales. JIMENEZ DE ASUA califica de "tautológicas" estas definiciones y hace obser-

var que si bien fueron las primeras que del delito se dieron, han sido poco a poco superadas ya desde los tiempos de BECCARIA y de FILANGIERI.

Existe otro tipo de definiciones en que el delito no aparece meramente como una contradicción entre un hecho del hombre y la ley penal, sino que se le buscan fondos filosóficos o jurídicos.

De definición filosófica puede calificarse la de ROMAGNOSI, quien considera el delito como "acto que en virtud de los derechos entre hombre y hombre puede ser objeto de pena humana, realizado con inteligencia y voluntad, como medios y la violación de los derechos ajenos y de la justicia como resultados.

Hay quienes lo conciben, filosóficamente también, como quebrantamiento de un deber (ROSSI), o como violación de un derecho (FRANK) o como lo opuesto a la "voluntad general" (BERNER), o como la violación de los fines sociales y humanos (ROUSSEAU).

En cambio, otros hacen resaltar como elemento primordial del delito el quebrantamiento del orden jurídico. Así, conforme a CARRARA, "el delito civil se define: la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".

En la misma categoría pueden incluírse las definiciones de ROE-

DER, quien tiene como delito toda "perturbación del orden social del Derecho", y la de PESSINA, para quien el delito, según su esencia, tiene como objeto el derecho, del cual es una violación.

Subformas de ésta clasificación del delito como ofensa al Derecho, se deben considerar las definiciones que lo hacen consistir en una lesión, no ya el orden jurídico general, cosa que ocurre con frecuencia en Alemania, en donde lo exponen TITMANN y BIRNBAUM, entre otros, sin que hayan faltado imitadores de otras nacionalidades, como el italiano ARTURO ROCCO, quien concibe el delito como "la violación de un derecho subjetivo", característica que permite la diferenciación entre aquel y la contravención.

VON LISZT, adhiriendo a este tipo de definiciones, afirma que el delito es un acto humano "contrario al derecho, es decir, que contraviniendo formalmente a un mandato o prohibición del orden jurídico, implica materialmente, la lesión o peligro de un bien jurídico", nota que también le sirve para diferenciarlo de la infracción de policía.

Otra subespecie de este tipo jurídico de definiciones está constituída por aquellos que atribuyen especial importancia, en la fijación de los caracteres del delito, a la pena.

Asi mismo ponen de relieve el elemento pena otros autores, entre los cuales están VON HIPPEL ("delito es figura legal a la que el

Estado asocia la pena pública como consecuencia"), MANZINI (en su definición formal del delito, ya mencionada) SABATINI ("delito es lo ilícito castigado con una pena"), LONGHI, MASSARI (igualmente en una definición formal del delito, que él cree única posible) y hasta el propio ALTAVILLA (quien sin embargo, atenúa el formalismo con una definición sustancial del delito, que hace consisstir en la violación de un derecho que la ley protege bajo la amenaza de una pena"). MAGGIORE distingue entre la definición "en sentido formal" del delito y aquella "en sentido real" y al dar la primera, dice que se llama delito "toda acción legalmente punible", haciendo figurar también el elemento pena en la segunda definición.

F. Elementos del Delito

TRIPARTICION o BIPARTICION? Tradicionalmente, el delito se consideró como un compuesto de dos elementos: Culpabilidad y Antijuridicidad. Tal fue la base sobre la cual levantaron su estructura los clásicos desde FEUERBACH hasta CARRARA.

Durante mucho tiempo, se pensó que el delito solo tenía dos aspectos: Subjetivo y Objetivo, y que en ellos se agotaba cualquier posibilidad de análisis. Pero la ciencia Alemana con BELING a la cabeza, agregó otro, que fue la "adecuación del tipo".

Se decía que no bastaba que una conducta fuera subjetivamente culpable y objetivamente antijurídica, sino que tenía que responder es-

trictamente a una descripción legal, esto a lo que BELING llamó "tipo de delito". La tipicidad vino pues, a colocarse al lado de las otras dos características en el elenco de los elementos del delito.

No tardaron en surgir nuevos elementos, entre ellos las "condiciones objetivas de punóbilidad", que el mismo BELING agregó a las anteriores y que definía como "aquellas circunstancias objetivas que no es necesario sean abarcadas por la culpabilidad y que por eso no son características del delito tipo, sino elementos puramente objetivos de la figura", como la muerte ocasionada durante una reyerta es condición para que exista el delito de riña o el de malos tratos.

Esta tendencia analítica, al extremarse, provocó una reacción, desde luego en sentido contrario. Se proclamó entonces que el delito debía ser considerado como un conjunto, esta afirmación fue, a su vez exagerada por los penalistas del tercer Reich.

Así, H. MAYER considera el delito como una exteriorización de la personalidad del autor y señala como su principal característica la vinculación del hecho, de que este carece de significación si solo se le refiere a factores objetivos y en cambio, la adquiere plenamente en el campo del derecho cuando hace ostensible la voluntad delictuosa.

Este derecho penal voluntarista (WILLENSTRAFRECHT), unido a la

consideración del sano sentimiento popular (GESUNDES VOLKSEMPFIN-DEN) puesta en la base de todo el Derecho Penal, llevó a los tradis tas del Tercer Reich a justificar toda clase de arbitrariedades, ya que el castigo de hechos no contemplados expresamente por el Código Penal, se hizo considerando que era la expresión de sentimiento con trarios al ya mencionado, y se dijo que en esos casos la parte obje tiva del delito estaba subordinada a la subjetiva y formaba con esta un todo inescindible.

En parte como reacción a este sistema, y en parte, también como un deseo de regresar a las teorías antiguas, se ha venido preconizando en estos últimos tiempos la dicotomía en el delito, es de - cir, su división en dos elementos o partes, subjetivas la una y obje tiva la otra (culpabilidad y antijuridicidad). Si bien algunos autores tal vez bajo el influjo de las tendencias unitarias, critican el empleo del término elemento y dicen que se trata de meros aspectos o características del delito.

No faltan, sin embargo, quienes empleen indistintamente los tér minos elementos y características, como puede observarse en MEZGER, quien habla de que los elementos comunes a todo delito son tres y luego, al estudiarlos, les da la denominación de características.

La lucha, empero, sigue siendo ardua entre quienes sostienen la tricotomía y quienes insisten en volver a la bipartición. La doctrina alemana sobre todo, mantiene que el delito se compone de tres par

tes (llámense elementos o características o aspectos): la tipicidad la antijurídica y la culpabilidad.

De este concepto son MEZGER (si bien hace de la tipicidad un mero objeto de la acción), quien enuncia como elemento del delito la "acción típica", la antijuridicidad y la culpabilidad y había manifestado en principio (1.931) una inclinación unitarista (?) del delito , y SCHONKE, entre otros.

En Italia sostienen la división tripartita de los elementos del delito, MAGGIORE, quien sin embargo, manifiesta que no importa la denominación de los mismos mientras se conserve la "unidad monolítica" del delito; DELITALA, para quien el delito consta de tres elementos: hecho, antijuridicidad y culpabilidad y al que BETTIOL considera como el punto de partida de los modernos desarrollos en Italia ha tenido este tema, y el propio BETTIOL que acogiendo asi al pie de la letra la terminología de BELING, habla de elementos constitutivos (hecho, antijuridicidad y culpabilidad), pero, que además recoge la noción de tipicidad, a la cual considera como un indicio de los hechos que presentan interés para el Juez Penal.

FROSALI dá también una división múltiple de los componentes del delito, dentro de un concepto que él califica de "analítica" del mismo. Para él, hay elementos generales que son los que aparecen en todos los delitos, a saber: acción, nexo causal, resultado y elemento subjetivo, y los particulares, que los singularizan cada delito. Den

tro de los primeros comprende también aquellos que, a pesar de pertenecer a la disciplina general del delito, no aparecen en todos los ilícitos como el dolo específico, la culpa, la responsabilidad objetiva, las condiciones objetivas de punibilidad, etc.

PETROCELLI es también partidario de la tripartición de elementos en tratándose de los llamados por él, "esenciales" al delito y que son el hecho, la culpabilidad y la antijuridicidad. Al lado de estas había otros que él denominaba esenciales especiales y que serían el resultado, la relación de causalidad, la pluralidad de sujetos activos en los delitos plurisubjetivos, la calidad de funcionarios públicos en los delitos contra la administración pública, etc. Y todavía hay una tercera clase de elementos según dicho autor, que son los accidentales y que vendrían a hacer las circunstancias agravantes o atenuantes del delito.

A esta pluralidad de elementos se la ha hecho la crítica de que confunde los delitos con la de la acción. Así, al lado del dolo, que es elemento de todo delito, se coloca el nexo causal que hace parte del acto objetivamente considerado y lo mismo hay que decir del resultado.

Naturalmente no faltan quienes replican diciendo lo contrario, o sea, que tales elementos son componentes del delito en general y no tienen por qué ser considerados privativos de la acción.

La confusión aumenta de punto cuando se ve que también aquellos

elementos que casi todos los estiman como generales, resultan a la postre discutidos por no pocos.

Así, algunos como ANTOLISEI, MAGGIORE y ROCCO, niegan que la antijuridicidad forma parte de los elementos del delito y alegan que ella "constituye la naturaleza intrínsicamente (del hecho delictuoso), su carácter esencial" y que no es mas que un juicio de relación

ANTOLISEI predica el retorno a la bipartición tradicional, vale decir, a la teoría ya mencionada, sostenida por CARRARA y los demás clásicos que solo veía en el delito dos elementos, el uno subjetivo y el otro objetivo, esto es, un movimiento de la voluntad y un acto externo por el cual aquella voluntad se manifiesta.

Afirma ANTOLISEI que no solamente el análisis no revela la existencia de otros elementos en el delito, sino que tratar de encontrar los es inútil y dañoso, a mas de que viene a crear complicaciones en una materia ya de por sí tan difícil.

Argumenta en favor de su tesis diciendo que la dicotomía tiene un solidísimo fundamento lógico, pues asi como el hombre se compone (comparación hecha ya por CARRARA) de cuerpo y alma, del mismo modo en el delito puede verse un elemento material y otro moral o síquico

De otro lado, sostiene ANTOLISEI, la bipartición responde mejor a las exigencias del Derecho Penal, porque permite examinar de un modo consciente y ordenado el contenido del delito.

Y, finalmente, expresa que las conveniencias de la práctica exigen que se adopte términos binarios, porque sobre ellos se mueve constantemente y no gusta de abandonarlos.

No faltan autores que, como MAURACH, plantean este problema de los elementos del delito sobre un plano diverso, más amplio y comprensivo. Este penalista alemán, en efecto, no se limita a contemplar la estructura del delito en relación solamente con el acto delictuoso, sino que hace intervenir al autor y asi dice que numerosos sistemas doctrinales sitúan en primer plano de aquella estructura, las relaciones entre sujeto y objeto. El también lo hace, pero para criticar a los que parten en el análisis del delito, de la consideración del sujeto para determinar si este es o no imputable, y solo cuando han llegado a una conclusión afirmativa, pasan al exámen de la acción, esto es, del objeto, lo cual presupone que tales autores crean que la pena es la única arma del Derecho Penal.

Pero quienes sostienen, como MAURACH, lo contrario, conceden la primacía a la acción, pues consideran que el Derecho Penal, fuera de la pena, dispone de las medidas de seguridad y que para que haya acción jurídica digna de ser considerada por el Derecho Penal, no se necesita que la ejecute un imputable, "capaz de acción, en el sentido propio del Derecho Penal, lo es todo hombre sin considerar su imputabilidad, pasa, pues, esta de ser un presupuesto de la acción a integrar uno de la culpabilidad".

Para la doctrina finalista, a la cual pertenece MAURACH, lo pri

mero que hay que averiguar es si existe acción en el sentido jurídi co y luego, quién la ha ejecutado. El exámen de estos dos presupues tos constituye el "juicio sobre el acto" que es, como dejamos dicho previo a cualquiera otro. Después puede venir "el juicio sobre la culpabilidad" para averiguar si es el caso aplicar una pena, en tanto el autor haya procedido culpablemente y pueda ser reprochado por su acto, o una medida de seguridad, si no es imputable.

DEPARTAMENTO DE BIBLIO... UNIVERSIDAD DE C...

G. Presupuesto del Delito

Para acabar de aumentar la perplejidad en esta materia, hay autores que distinguen entre elementos y presupuestos del delito. Así, MASSARI habla de que son presupuestos de ilícito penal el precepto y la sanción. DELITALA considera como presupuestos el sujeto que obra y el bien ofendido por el delito. MARSICO agrega a estos el sujeto pasivo, y LEONE lo sustituye todos por la imputabilidad del sujeto.

Esta fiebre analista o anatomista del delito viene a acentuarse al distinguir los "presupuestos del hecho" de los "presupuestos del delito". Por presupuestos del hecho se entienden "aquellos elementos naturales o jurídicos, anteriores a la acción delictuosa e independientes de ella, que se requieren para la existencia de algunos delitos, por ejemplo, el estado de gravidez en el aborto, la subsistencia de un primer matrimonio en la bigamia, la calidad de ajena de la cosa en el hurto.

Como presupuesto del delito, algunos autores (MASSARI, RICCIO

BELLAVISTA) señalan la norma penal en sus dos elementos de precepto y sanción.

CARNELUTTI, por su parte, cambia por completo el sentido de los presupuestos y considera como tales el sujeto agente, el sujeto paciente, el bien disputado y el instrumento.

MANZINI estima que son "aquellos elementos jurídicos anteriores a la ejecución del hecho, positivos o negativos y a cuya subsistencia o insubsistencia está condicionada la existencia de un determinado título de delito", por ejemplo, la calidad de funcionario público, aún cuando ésta también puede ser presupuesto del hecho. Sería lo primero si, al faltar el delito, cambia el nombre (v.gr.,no sería peculado sino abuso de confianza) y lo segundo si, al faltar, desaparece el delito (por ejemplo, en el prevericato).

Como categoría de los presupuestos del hecho, señala MANZINI los "presupuestos jurídicos del hecho", que vendrían a ser "las normas de derecho a los actos jurídicos cuya existencia se pone como base del delito". Tal, por ejemplo, es lo que sucede con las llamadas normas en blanco, que presuponen la existencia de reglamentaciones especiales a las que las disposiciones penales remiten para efecto de configurar el cuerpo del delito.

Y los "presupuestos materiales del hecho", que son las condiciones reales preexistentes en las cuales debe iniciarse o concluirse

la ejecución del hecho. Por ejemplo, en los delitos contra la familia, la existencia del matrimonio; en el abandono de niños,la inscripción en el estado civil.

Los presupuestos, según el autor que acabamos de mencionar, se distinguen de las otras partes del delito (elementos, condiciones de punibilidad), por cuanto anteceden siempre al mismo, mientras que los otros son concomitantes o sucesivos.

Sin embargo, algunos autores critican que entre los presupuestos del delito se incluya la norma penal. "No se deben confundir -dice BETTIOL, siguiendo a DELITALA- los presupuestos del hecho con los presupuestos de la valorización del hecho: el acto con su valoración" y al rechazar, como lo hace MANZINI, que se incluya entre los presupuestos del hecho la condición de funcionario público, manifiesta que estos son verdaderos elementos del hecho, ya que como tales deben considerarse "todos aquellos elementos, circunstancias y condiciones que deben subsistir para que el hecho pueda configurarse"

Inclusive se llega, sobre la base de una consideración finalista de la acción, a negar la necesidad de los presupuestos y se dice que su existencia solo se justifica por razones sistemáticas, pero que nada tienen que ver con los valores tutelados.

Del mismo criterio, aunque por motivos distintos, participa MAGGIORE, para quien "todo lo que se cita como presupuesto del delito,

no es sino un elemento esencial del hecho, de modo que si falta dicho presupuesto, falta también el hecho constitutivo del delito. Por lo tanto, hay contradicción al hablar de elementos del todo extraños al hecho, que tengan valor esencial para la existencia del delito.

También es contrario DELITALA a la noción de presupuestos, al menos como la exponen los otros autores, pues, él tiene la suya según la cual estima como tales el sujeto agente y el objeto jurídico del delito, noción que BETTIOL critica diciendo que ni el uno ni el otro tiene por qué ser considerado como presupuesto, ya que el sujeto es una parte del concepto de acción y el objeto pertenece al de la antijuridicidad.

Como se ve, hay discrepancias, a veces fundamentales, entre los autores por lo que se refiere tanto a la existencia de los presupuestos del delito como (entre los que convienen en ella) a los distintos presupuestos. Más aún: algunos son acusados de confundir los presupuestos con los elementos y quienes los acusan afirman que la noción de presupuesto o es inútil o debe limitarse a elementos puramente formales.

A nuestro modo de ver, la noción de los presupuestos más tiende a enmarañar el concepto del delito que a aclararlo. Dada la disparidad de criterios ya expuesta, se puede ver que no hay ni siquiera un acuerdo elemental sobre la naturaleza y contenido de tales ca

racteres.

Es posible que, desde un punto de vista metodológico o formal, se justifique su inclusión en el estudio del delito, pero como quiera que en ningún caso podría afirmarse que hacen parte de este último, resulta mejor prescindir de todo intento de enumerarlos como indispensables a la existencia del ilícito penal.

Tiene la noción de presupuesto, a mas de las desventajas anotadas, la de que atribuye, como ya dijimos, a acentuar la tendencia atomizadora del delito desmenuzando el concepto del mismo y presentándolo como un archipiélago de partes que, si bien relacionadas entre sí, lo están de un modo distante y aún no necesario, con lo de vista la noción unitaria del delito, que es la que debe prevalecer en gracia de verdad y en gracia de claridad.

H. Condiciones Objetivas de Punibilidad

El Código Penal Italiano, en su Artículo 44, dice que "cuando, para la punibilidad del delito, la ley requiere el verificarse de una condición, el culpable responde del delito aunque el hecho del cual depende el cumplimiento de la condición, no sea querido por él"

Aunque la mayor parte de los autores, al estudiar analíticamente el delito, mencionan las condiciones objetivas de punibilidad, es de factores que contribuyen a integrarlo y sin los cuales, como es

obvio, aquel no sería perfecto, o bien de circunstancias exteriores al mismo, vale decir, de factores que obran sobre un delito ya perfecto y cuya única misión es la de permitir que sea aplicada la pena

De éste último criterio, son entre otros, ANTOLISEI, BETTIOL y entre los americanos, FRAGOSO.

Para el primero, considerarlas como elementos esenciales del delito traería como consecuencia el dejar pendiente la existencia del mismo de hechos ajenos a él y dependientes, en no pocas ocasiones, de la actuación de terceras personas.

BETTIOL sostiene enfáticamente que la condición de punibilidad no es elemento constitutivo ni del hecho ni del delito, y que pertenece exclusivamente a las consecuencias que se derivan del delito.

FRAGOSO, por su parte expresa que las condiciones objetivas de punibilidad están fuera del tipo del que son meros elementos accesorios.

Por el contrario, MANZINI es de opinión que sin las condiciones objetivas de punibilidad no es punible el hecho, porque no constituye delito, ni en concreto ni en abstracto. Sin embargo, distingue las condiciones objetivas de los elementos del delito propiamente dichos, en que aquellas son exteriores al hecho, en tanto que estos son intrínsecos al mismo.

La razón para que el legislador establezca que sin el verificarse de una condición no se castiga el delito, es la de que solo hasta entonces se considera necesaria la sanción del mismo, bien sea porque no ha salido de la esfera íntima del agente o porque no ha producido daño ni peligro.

Como ejemplo de condiciones objetivas de punibilidad, puede citarse el daño en los Artículos 254 (inc.2) y 306, 411 (inc.2.) y, para algunos, los Artículos 231, 126 (inc.2),Código de 1.936(derogado).

Algunos autores distinguen entre las condiciones objetivas de punibilidad y las llamadas "condiciones de mayor punibilidad", que son aquellos cuyas verificaciones aumentan la pena.Tales serían,en nuestro derecho, las de los Artículos 121 (inc.2), 122, 137 (inc.3), 144, 161, 168 (inc.2), Código de 1.936 (derogado).

En nuestra opinión, las condiciones objetivas de punibilidad no son elementos del delito, sino meras circunstancias exteriores que obran sobre delitos, ya perfeccionados, permitiendo su sanción.

Por eso consideramos, de una parte, que como lo dice el Código Italiano, se debe sancionar el delito aún cuando el cumplimiento de la condición no haya dependido de la voluntad del culpable, y por la otra parte creemos que la consumación solo se verifica cuando se cumple la condición.

DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS
UNIVERSIDAD DE CHILE

I. Análisis o Síntesis ?

Examinando, de un modo general, la necesidad de análisis en el concepto del delito, tenemos que decir que estamos de acuerdo con JIMENEZ DE ASUA y cuantos sostienen que debe hacerse análisis, pero que es preciso ponerlo al servicio de la síntesis. Esto es, que la noción del delito es unitaria, si bien resulta posible y necesario distinguir en aspectos.

O, como afirma MAGGIORE, debe tenerse del delito la noción poliédrica, es decir, de que es uno, pero con diversos aspectos, cada uno de los cuales "es todo el delito, visto desde un punto determinado, en perspectiva, al de que el prisma se ofrece todo a la vista desde una de sus caras".

Dentro de esta concepción, si bien no es aconsejable, salvo por vía metodológica, hablar de presupuestos, si lo es hacerlo de elementos. Es más fácil discernir dentro del delito, estos conceptos, señalar las diferencias que los separan, ver el modo distinto (aunque armónico) como intervienen para integrar la noción total del ilícito penal.

La naturaleza misma, como ya lo señalaban CARRARA y otros autores, muestra que en todo acto del hombre un aspecto externo y uno interno, que correspondem, el primero al acto y el segundo a la voluntad que por medio de tal acción se manifiesta.

Traducido este concepto al Derecho Penal, deben agregársele las nociones de antijuridicidad y de tipicidad y terminarse con la pena, para tener una perfecta definición del delito.

No es del caso, en este enunciado general, entrar a examinar la razón de ser, en la definición, de estos últimos elementos. Basta ahora decir que ellos son indispensables en un concepto normativo del mismo, esto es, dentro de una teoría que trata de diferenciar la acción natural de la jurídico-penal.

De ahí por qué en los capítulos siguientes hayan de examinarse en su orden, primero la acción, después la causa y en tercer término, la tipicidad.

Corresponde ahora, como conclusión de lo que dejamos dicho, dar una definición del delito.

III. CLASIFICACION DE LAS PERSONAS

A. Persona Natural

Nuestro ordenamiento civil, en el libro primero del Código que trata de las personas, dice en el artículo 73 que las personas son naturales o jurídicas. Juridicamente, persona es todo ente capaz de ser sujeto de derechos y obligaciones. Las personas son naturales o individuales y jurídicas, morales o colectivas, reglamentadas por el título 36 (Código Civil).

En su artículo 74, el Código Civil dice: "Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición."

El Doctor Jorge Ortega Torres, sostiene que hombre y persona son términos sinónimos. Que el hombre existe en la naturaleza, la persona solamente en el Derecho.

El hombre -como recuerda ORGAZ- es persona para el Derecho solo en cuanto es capaz de adquirir y ejercer derechos, en cuanto tiene aptitud para ser titular de unos y otros.

En el artículo 75 de la misma obra, encontramos otra división de las personas consistente en domiciliadas y transeúntes, división referida a los extranjeros.

B. Personas Jurídicas

Se llama persona jurídica "una persona ficticia capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones y de ser representada judicial y extrajudicialmente". No nos vamos a deterner dilucidar la discusión que ha engendrado en la doctrina esta definición.

Las personas jurídicas se clasifican en personas de Derecho Público, personas de Derecho Privado y personas Jurídicas Mixtas.

1. Persona Jurídica de Derecho Público, es la que emana directamente del Estado y tiene por fin la prestación de los servicios públicos y la realización en el más actual derecho de ciertas empresas de carácter comercial.

La NACION es la más importante persona de Derecho Público y representa la personación del ordenamiento jurídico aplicable a los colombianos.

Los DEPARTAMENTOS, INTENDENCIAS, COMISARIAS Y MUNICIPIOS, son también personas jurídicas públicas, pues, emanan del Estado. Estas personas tienen un radio de acción más pequeño que el de la NACION, pues, al paso que ésta se extiende a los habitantes de todo el territorio nacional, las otras solo abarcan circunscripciones territoriales de aquellas en que se divide la NACION.

Los ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS, son servicios públicos personi-

ficados que carecen de asiento territorial, como sucede con la Universidad Nacional.

Al lado de las anteriores personas jurídicas públicas han aparecido recientemente en el Derecho Nacional, las empresas comerciales e industriales del Estado y cuyo fin no es la prestación de un servicio público, sino la realización de actividades mercantiles y que antiguamente correspondían a la iniciativa particular. Este tipo de empresas están regidas por el decreto 1050 de 1.968, artículo 6o. ibidem.

2. Personas Jurídicas de Interés Económico. En este sentido hemos tomado el concepto de persona Jurídica de interés económico como aquella cuya finalidad es el enriquecimiento de sus propietarios ya sea creadas por el Estado o de iniciativa privada. Para un mejor estudio de este tema las ubicamos en tres grupos a saber: De Derecho Privado, de Derecho Público y de Economía Mixta.

a) Las de Derecho Privado: De acuerdo con el Doctor Arturo Valencia Zea las personas jurídicas de Derecho Privado son:

> "Aquellas que nacen de la iniciativa privada y que se establecen con fondos privados.
> Algunas de estas personas prestan verdaderos servicios públicos como sucede

DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECA

con las instituciones de utilidad común (fundaciones. Existen hospitales establecidos por la nación, un departamento o un municipio y costeados con fondos públicos y hospitales fundados por un particular y sostenido con fondos particulares, o privados. Los primeros son personas Jurídicas Públicas (establecimientos públicos) y los segundos son personas Jurídicas Privadas (fundaciones o instituciones de utilidad común)".

47288

Al anterior concepto del Doctor Valencia Zea, es menester hacerle las siguientes críticas: veamos, El artículo 650 del Código Civil Colombiano, habla de fundaciones como aquellas entidades de Derecho Privado que no tienen ánimo de lucro, cuyo fin es eminentemente filántropico. Para el caso que nos ocupa, el Doctor Valencia Zea parece que se refiere a este tipo de entidades, como aquellas que simplemente tienen como objeto social, la prestación de un servicio. Pero en efecto cuando una entidad de Derecho Privado tiene como objeto la prestación de un servicio, será o no una fundación en cuanto a que sea o no, una entidad sin ánimo de lucro, es este último aspecto el que nos permite determinar a las entidades privadas como fundaciones, no su objeto social.

A este caso anterior, lo ilustramos con el siguiente ejemplo: Si un hospital, cuyo objeto social es la prestación de un servicio y su finalidad económica es el enriquecimiento de los socios, mal podríamos decir que éste es una fundación. Pero si por el contrario, ese mismo hospital, no persigue el enriquecimiento de sus fundadores sino, el acto filantrópico de mejorar las condiciones sociales de una comunidad, entonces, estaremos ante una fundación, porque como se ha dicho, las fundaciones no son entidades de Derecho Privado con ánimo de enriquecimiento, sino sin ánimo de lucro. En este último caso, los estatutos de la entidad deberán establecerlo asi y de acuerdo a nuestro ordenamiento civil, tendrán tratamiento especial. Precisamente, son estas entidades de Derecho Privado, las que hemos querido llamar "Personas Jurídicas de interés filantrópico".

b) Empresas industriales y comerciales del Estado. Estas empresas, como ya se dijo, tienen como finalidad comercial, no la prestación de un servicio, sino la realización de actividades mercantiles que antiguamente correspondían a la iniciativa privada.

3. Personas Jurídicas Mixtas, son aquellas que se forman con aportes de capital estatal (nación, departamentos, municipios, etc.) y aportes de capital privado, por una parte, y por otra, son administradas por órganos del Estado y órganos particulares.

La principal variedad de ésta novísima clase de personas son las denominadas SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA.

C. Personas Jurídicas en la Constitución Nacional

Nuestra Constitución Nacional en el Título III dedicado a los Derechos Civiles y garantías sociales, consagra el Derecho de asociación siempre y cuando que la asociación no sea contraria a la ley y la moral.

Este principio ha sido reglamentado ampliamente por el Derecho Civil, primero al establecerse que las personas son naturales y jurídicas (Art. 73) y luego al hacer una detallada especificación de la forma de su constitución, funcionamiento y liquidación (Art.633 a 652).

Veamos qué dice el Artículo 44 de la Constitución Nacional respecto de las personas jurídicas:

> "Es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal. Las asociaciones y fundaciones pueden obtener su reconocimiento como personas jurídicas..."

Se advierte que la capacidad de acción de la persona jurídica en el Derecho Civil, Comercial o Administrativo, surge de los prin-

cipios constitucionales consagratorios del Derecho de Asociación, y al reconocerse un derecho de esta naturaleza, se abre el campo de actuación jurídica en los entes que surgen de ese animus societario de no ser así no se justificaría el reconocimiento constitucional del derecho.

En la misma disposición constitucional se está reconociendo la capacidad de acción en el ámbito del Derecho Penal, al imponer límites a ese derecho de asociación, cuando la Carta advierte que no podrán formarse corporaciones con finalidades ilícitas, o también corporaciones con finalidades lícitas. Pero que en el curso normal de sus actividades realicen actos de carácter ilícito.

La violación de la ley puede suceder en el ámbito del derecho privado o del público y ésta sola posibilidad exige que se prevea la adecuación de tales realizaciones al ámbito del Derecho Penal.

IV. SISTEMAS LEGISIATIVOS PARA EL TRATAMIENTO DE LA CRIMINALIDAD CORPORATIVA

Para el tratamiento de la Criminalidad Corporativa, actualmente existen tres sistemas jurídicos diseñados los cuales pasamos a indicarlos en su orden: el de la Responsabilidad Penal Administrativa de la Corporación (el más generalizado), luego el de la Responsabilidad Penal y Administrativa de los directores, gestores o administradores y por último, el de la RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURIDICA.

A. Responsabilidad Penal Administrativa de la Persona Jurídica

El concepto de Derecho Penal Administrativo, debe ser sometido a una revisión a fin de precisar su alcance y contenido.

Y esto se justifica dado que es necesario saber si la represión de la corporación queda o no inmersa en tales postulados.

Autores de la categoría de GOLDSCHMIDT sostienen que "el Derecho Penal Administrativo, de naturaleza propio, está por fuera del Derecho Penal Criminal por razón de su sustancia, y mas bien forma parte del Derecho Administrativo, ya que el delito Criminal ataca los bienes jurídicamente protegidos, en tanto que el delito administrativo no se proyecta en la conciencia jurídica o moral, solo re-

presenta una lesión a simples intereses administrativos declarados administrativamente".

Otros, como SOLER, definiendo esta disciplina, afirma: "el Derecho Penal Administrativo, es el conjunto de disposiciones que garantizan bajo amenaza penal, el cumplimiento de un deber de los particulares frente a la administración".

TEHERAN LOMAS no llega a suministrar una definición exacta sobre el particular, no obstante, nos indica las finalidades que comprenden sus sanciones y así nos da una idea de lo que él estima que es el Derecho Penal Administrativo cuando sostiene que "la sanción administrativa -multa o arresto- importa una privación de bienes jurídicos, aunque se aplique en resguardo de la administración, en vez de tener por objeto la protección de bienes jurídicos".

Un afortunado resúmen sobre las diferencias entre el Derecho Penal Administrativo y el Derecho Penal, la hace RICARDO C. NUÑEZ, cuando opina: "el Derecho Penal común porque determinadas acciones lesionan o ponen en peligro real los derechos naturales o sociales de los individuos, alterando así de manera directa e inmediata la seguridad de esos derechos; en tanto que el Derecho Penal Contravencional, aunque indirectamente, en mayor o en ménor medida, también protege la seguridad jurídica, reprime porque determinadas acciones trasgueden, al no cooperar con ella, la actividad administrativa, cuyo objeto es la prosperidad social o bienestar colectivo".

HEINZ MATTES dice que EBERHARD SCHIMIDT "vió el contenido material de lo injusto en los delitos judiciales en el daño (que también podría ser un peligro concreto), concreto y mesurable inferido a un bien jurídico, mientras que el delito administrativo no opera más allá de la relación establecida por el deber de obediencia del ciudadano del Estado con los órganos administrativos, es decir, en su significación social no rebasa el ámbito de los intereses administractivos y no surge un daño concreto".

El notable jurista colombiano, ALFONSO REYES, dice: "El Derecho Penal Administrativo es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre la adminitración pública y los sujetos subordinados, y cuya violación trae como consecuencia una pena".

Es pensamiento de EBERHART SCHMIDT que la falta administrativa se circunscribe a la infracción del deber de obediencia que liga al ciudadano en relación con los órganos administrativos del Estado, sin que surja un daño concreto; luego la criminalidad corporativa escapa a su contenido, si se tiene en cuenta que las infracciones trascienden más allá del simple incumplimiento de un deber ciudadano en relación con el ESTADO y sus consecuencias causan incalculables daños a bienes con protección penal.

El orden y la seguridad afectados en muchos países por la acción de las transnacionales, como el caso de un gobierno del Cono Sur, elegido demócráticamente que fue afectado por los intereses de

acciones de una multinacional norteamericana; o la situación no muy lejana de las Repúblicas Bananas afectadas en su integridad constitucional por las manipulaciones e intereses económicos de las trans nacionales dedicadas a la producción y comercialización del banano; la vida y la integridad personal de la colectividad infantil afecta da por la producción de sustancias lesivas para la salud de quienes la consumen, y es la situación denunciada por el columnista Daniel Samper Pizano, en la venta de pijamas infantiles prohibidas en los Estados Unidos por tener elementos cancerígenos para la piel y cuya distribución posterior se hizo en América Latina, y de las transnacionales productoras y distribuidoras en nuestro medio, de insecticidas y fungicidas, prohibidos en sus países de orígen debido a los comprobados que ocasionan en la salud de las personas que entran en contacto con ellos, los cuales en regiones del Tolima y del Huila produjeron un gran número de abortos y la aparición reiterada de niños de labios leporinos con características monstruosas.

Recuerdan aún los españoles aquella compañía distribuidora de aceites comestibles, que en busca de mayores garantías lo combinó con aceites de usos industriales, produciendo consecuencias fatales en la vida e integridad personal de decenas de ciudadanos; el patrimonio individual, social y estatal, afectados con las manipulaciones de quienes detentan el poder económico y financiero de nuestos países, por citar solo algunos de los derechos jurídicos protegidos penalmente, pero desconocidos cuando se trata de infracciones cometidas por las personas jurídicas.

Esto lleva a colegir la imposibilidad jurídica existente para que la criminalidad corporativa pueda ser incluída en el Derecho Penal Administrativo.

A la consagración de la Responsabilidad Penal Administrativa se le advierten desventajas, algunas de las cuales se circunscriben a la realidad colombiana contemporánea, a pesar de que algunas de ellas podrían proyectarse universalmente, con la misma significación negativa, a todo tipo de legislaciones.

Estas desventajas surgen del sistema estructural imperante y de la praxis política adelantada en la democracia colombiana; otras son de tipo sustancial, propias de la estructura del Derecho Administrativo; y, finalmente, otras que afectan una sana política criminal en lo relacionado con la prevención y represión de la criminalidad corporativa.

En Colombia las desventajas de tipo político se resumen en los siguientes factores:

a) De las tres ramas del poder, la mas compleja, numerosa y antitécnica, es la Ejecutiva, pues, involucra entes administrativos autónomos de tipo municipal, intendencial, comisarial, departamental y nacional u organizaciones descentralizadas del mismo carácter. Así mismo se constituye desde el punto de vista burocrático, en la primera empresa del país y consecuentemente la dirigencia política

el ejercicio del clientelismo la estima necesaria para consolidar su poderío burocrático; de allí que los nombramientos de la rama Ejecutivo en todas las escalas surjan de los compromisos y compradazgos políticos y no de la preparación técnica de los designados; los asi nombrados se convierten en ficha de un complejo ajedrez, que deben ejercer la función pública según los intereses políticos de sus padrinos, o de los económicos de las personas naturales, jurídicas o de los grupos financieros que pagaron las campañas políticas.

Mientras no exista una clara reglamentación sobre los fondos económicos de los partidos, estos seguirán siendo voceros de los grupos económicos que manejan el país.

En tan precarias condiciones de organización política es imposible pensar que funcionen adecuadamente los procedimientos administrativos de sanción y diariamente se observa cómo las infracciones de las leyes administrativas son fuente de impunidad permanente, sin que permitan siquiera la apertura de los procesos, o cuando es irremediable iniciarlos, la inactividad los lleva a la prescripción, si no a la nulidad hábilmente decretada, o a sanciones ridículas e irrelevantes.

b) Como consecuencia de estos factores, vemos cómo las personas vinculadas a la administración pública, salvo honrosas excepciones, no se destacan por su preparación, ni por su capacidad, pues,

basta que tengan un patrocinador político.

Estos funcionarios de mediocre capacidad, realizan actos administrativos que la justicia contenciosa en la mayoría de los casos debe anular, condenando a los entes oficiales a pagar cuantiosas sumas por indemnizaciones. En estos casos, el infractor no solo no es castigado, sino, que por el contrario, aprovecha las irregularidades técnicas de la sanción para proceder al Estado.

c) La complejidad de la estructura administrativa colombiano ha creado un acervo de leyes, decretos, ordenanzas, acuerdos, resoluciones y actos administrativos que hacen practicamente imposible al mas docto jurisperito tener conocimiento cabal de la ley administrativa vigente en relación con determinado caso.

La heterogeneidad de normas múltiples faltas, procedimientos, y sanciones que no guardan coherencia entre sí, ni responden a una planeación racional o a finalidades administrativas uniformes; tampoco guardan proporcionalidad y racionalidad. Para citar un ejemplo en el aspecto ecológico existen disposiciones administrativas, faltas, procedimientos y sanciones regulados por empresas municipales, alcaldías, secretarías de agricultura y por institutos desdentralizados en todos los ámbitos administrativos antes mencionados. Completando ésta maraña tenemos un Código Nacional de recursos naturales, muy completo en sus previsiones, pero sin procedimientos ni sanciones. Finalmente el Código Penal consagra algunas conductas con

tra el medio ambiente, pero omitió la responsabilidad culposa y no hace alusión al poder contaminante que puede generar en su actividad la persona jurídica.

Como defectos sustanciales surgidos de la estructura del Derecho Administrativo, podemos mencionar como factores de desventaja la existencia de:

1. Sanciones -generalmente multas- que por su baja cuantía no son una respuesta retributiva a la general gravedad de éste tipo de falta.

El sistema de multa global ha sido tradición legislativa casi universal -con escasas excepciones en la historia- a pesar de que presenta múltiples defectos, pues por cuantiosa que sea la multa máxima prevista, siempre existe la posibilidad de que los perjuicios ocasionados o los beneficios ilícitos obtenidos sean de gran magnitud que el delincuente pueda cancelar la multa y obtener ganancias con su ilicitud, lo que se convierte en una invitación y estímulo a la violación de la ley.

En relación con ésta temática es bueno recordar la norma alemana que prevee multa hasta de cien mil marcos y por encima de ese monto hasta el triple del beneficio ilícito obtenido con la infracción.

En algunas pocas legislaciones hay sistemas nuevos, como el de

los dias multa o escandinavo, el de multa duradera, temporal o esca lonada y el sistema de igualdad.

2. La no previsión, o mejor la no solución de los problemas so cioeconómicos ocasionados con la imposición de algunas penas, como la del cierre de una empresa que aumentaría el desempleo, la disminución de la producción o la afectación de los procesos y bienes de servi cio.

Es importante recordar las soluciones europeas a algunos de los problemas aquí propuestos, específicamente en la ley francesa cuando dispone que en caso de cierre de un establecimiento el culpable debe seguir cancelando los salarios y prestaciones al personal; aquella otra según la cual el decretarse el cierre, un comité especial, de acuerdo con la Cámara de Comercio, puede designar un gerente provisional para que continúe con la actividad normal de la empresa, y los beneficios de ese período estarán reservados al Estado o bien destinarse a la indemnización de las víctimas, etc.

La problemática planteada nos proyecta a nuevos factores, uno de los cuales es que ese tipo de sanciones necesariamente carece de poder intimidativo; además no estigmatiza al sancionado, de tal mane ra que el responsable de conductas, en ocasiones más graves que el mas grave de los delitos, sigue apareciendo ante la opinión pública como un caballero de industria, y en ocasiones recibe distinciones oficiales y particulares que lo colocan en situación de privilegio,

por su potencialidad económica, las mas de las veces efecto de esa ilicitud.

La delincuencia corporativa no se circunscribe a las fronteras nacionales, sino, que por el contrario, en ocasiones son las poderosas transnacionales las que frecuentemente violan la normatividad de los países, especialmente de órbita tercermundista.

Surge por ello la necesidad de unificar la legislación mundial en relación con la delincuencia económica, tal como lo recomendó el 6o. Congreso de las Naciones Unidas para la prevensión del delito y el tratamiento del delincuente, en su informe sobre el delito y el abuso del poder y que señala la necesidad de un tratado internacional, del que ya existe un proyecto que hasta la extradición de las conductas ilícitas descritas.

Respecto de la política criminal surgen factores negativos tales como:

a) La existencia de un doble esfuerzo investigativo, pues si a demás de la infracción puramente administrativa las directivas de la persona jurídica incurren en una infracción de la ley penal, también habrá de iniciarse un proceso penal contra ellas. Esto constituye una disposición de esfuerzos injustificada que puede llevarse a decisiones contradictorias y francos enfrentamientos entre los funcionarios que ejercen las diversas jurisdicciones.

DEPARTAMENTO

No debe descartarse -de hecho se ha dado- que luego del proce so administrativo contra la persona jurídica, del proceso penal contra los directivos de la corporación, si la conducta hubiese in fringido la ley penal, las víctimas hayan de iniciar el proceso civil por responsabilidad civil extracontractual, debido a que la limitación patrimonial o la insolvencia de los directivos podrían obligar a los daminificados a dirigirse contra el patrimonio de la sociedad para de esa manera obtener la justa reparación del daño.

b) La identidad de las acciones administrativas y de las en algunos casos, y especialmente en la multa; la prohibición del ejercicio de una actividad ilícita o el cierre del establecimiento, plantean diferencias teóricas, pues, la una es impuesta jurisdiccionalmente, mientras que la otra es eminentemente administrativa; la una requiere la demostración de la existencia de una conducta culpable y la otra no, pero en la realidad las consecuencias materiales para el infractor son las mismas, e incluso, las previstas en el Código Penal generalmente son inferiores cuantitativamente a las previstas en las leyes administrativas, como en el caso de algu nas multas.

La previsión administrativa no es la solución legal ideal para enfrentar la compleja criminalidad de las personas jurídicas y de insistirse en tal solución legislativa es preciso corregir los problemas ya indicados y otros muchos, pues, insistimos una vez mas el derecho debe adecuarse a las necesidades del hombre actual; por

ello se requiere de los instrumentos y las teorías que partan de la realidad de cada sociedad, dirigidas a la solución e implantación de esa realidad.

B. Responsabilidad Penal de los Directivos, Gestores, Administradores o Representantes de las Personas Jurídicas

En el campo penal y en el administrativo, este es el sistema legislativo mas utilizado.

En las legislaciones analizadas y en muchas mas, la imputación al representante se hace expresamente, tal como sucede en la legislación argentina, que en su ley 20840 de 1.974 en los artículos 6o. y 7o. consagra responsabilidad penal para quien con ánimo de lucro comprometa injustificadamente el patrimonio de un establecimiento comercial, industrial, minero o agropecuario, y en el artículo 8o. se extiende la responsabilidad de los directivos o gestores de las corporaciones.

Como se plantea en la ley venezolana de protección al consumidor, al disponer en su artículo 42:

> "Cuando los infractores a las disposiciones de la presente ley sean personas jurídicas se presume hasta prueba en contrario que los directores y demás miembros de la Junta Directiva tuvieron conocimiento de los hechos y serán considerados como coautores, sal

"vo que hubieren expresado (sic) y dado aviso al comisario de la compañía, si fuere el caso, y a la Superintendencia de protección al Consumidor en todo caso. Los gerentes, mandatarios o gestores que hayan actuado en nombre de dichas personas jurídicas, serán consideradas como cómplices o encubridores, según el caso, y serán sancionados conforme a lo establecido en el artículo 40 de ésta ley.

En Colombia no es diferente la situación cuando en el Decreto 2920 de 1.982, que busca la protección del sistema financiero, se establece responsabilidad para el director, gerente o revisor fiscal, o el funcionario o empleado que autorice o ejecute actos violatorios de los estatutos de la corporación, la ley o el reglamento.

La claridad existente en el Derecho Penal Administrativo no existe en la mayoría de los estatutos penales, pues, se considera innecesario hacer este tipo de precisiones partiendo del supuesto de que la responsabilidad penal básicamente ha ido consagrada para las personas naturales y, por tanto, se ha de aplicar inexorablemente sobre cualquier persona que infrinja la ley penal así haya actuado en su propio nombre o en representación o beneficio de una persona ju-

rídica.

Son positivas las innovaciones que en este sentido han hecho algunas leyes penales especiales, relativamente recientes, que en sus preceptos ha incluído una expresa referencia a la responsabilidad de los directivos de las personas jurídicas. Débense mencionar la ley 66 de 1.968 y el Decreto 2610 de 1.979, reguladores de actividades urbanísticas y de construcción que expresamente hacen referencia a la responsabilidad de los directivos de la corporación constructora o urbanizadora; el Código de Comercio en los delitos relacionados con la quiebra, también hace expresa mención de la responsabilidad penal de los directivos de las empresas, y finalmente al Decreto 2920 de 1.982, dictado en la primera emergencia económica decretada por el Doctor Betancur, por medio del cual se pretende someter a un adecuado control a las entidades financieras, algunas de las cuales son de triste recordación para los ahorradores colombianos; también hace expresa referencia a la responsabilidad penal de los directivos de dichas entidades.

Cualquiera de los eventos planteados, es decir, responsabilidad puramente administrativa o penal, y hágase o no mención expresa de los directivos de la corporación, genera problemas diversos que es importante resaltar:

1. La existencia de dificultades para que las víctimas obtengan una adecuada indemnización de perjuicios, ocasionados por la ilicitud, porque en cualquiera de estos diversos casos, al no existir

responsabilidad penal de la persona jurídica, la víctima no puede dirigir la acción indemnizatoria en el proceso administrativo, adelantado contra los representantes de la sociedad, pues, no existe, y el proceso se tramita para imponer la sanción prevista en la ley.

Tampoco es posible al ser declarado responsable el directivo, que se pueda adelantar una acción de responsabilidad extracontractual por la vía civil o administrativa, porque la responsabilidad de los directivos de la corporación no indica la responsabilidad de la persona jurídica como tal.

En el campo penal los problemas son similares, y si bien es cierto que la acción civil, se puede ejercer simúltaneamente con la acción penal, también lo es que la obligación de indemnizar los perjuicios surge para quien sea declarado responsable y al estar excluída la responsabilidad penal de la persona jurídica sería imposible pensar en la posibilidad que sea este el ente jurídico el que deba responder con las cargas civiles surgidas de un delito.

De opinión contraria es el Doctor BERNAL CUELLAR, cuando refiriéndose al tema, sostiene: "El Artículo 105 del Código Penal introdujo en nuestra legislación la sana innovación de permitir dentro del proceso penal la condena de aquellos que de acuerdo con la ley están obligados a reparar". Conforme a la legislación penal anterior -art. 92-, dentro del proceso penal, no era posible ordenar por perjuicios a personas diferentes al sujeto activo o copartícipe del de-

lito, obligado al perjudicado con la infracción a recurrir al proceso ordinario civil, con el fin de conseguir la condena de aquellos que de acuerdo con los presupuestos de la responsabilidad extracontractual (art. 2341 y ss del C.C.) están obligados a reparar los perjuicios ocasionados por sus dependientes, y más adelante explica el procedimiento que se seguirá en este tipo de casos cuando sostiene: "La sentencia que se dicte en el proceso penal, de conformidad con el artículo 105 y 110 del Código Penal, es vinculante para los terceros civilmente responsables, porque en la sentencia se decreta el decomiso de los bienes con los cuales se ha perpetrado el delito. Nos preguntamos: Puede vincular una sentencia penal, o de carácter administrativo ó civil, a personas que no fueron oídas ni vencidas en juicio ? Nos parece categóricamente que no. El artículo 26 de la Carta y ley 74 de 1.968 sobre garantías y derechos civiles entre otras disposiciones no lo permiten y el juicio que se adelanta con pretermisión del derecho de defensa estaría viciado de nulidad. Qué hacer entonces ? Creemos que ante el vacío de las disposiciones del proceso penal sobre partes incidentales, debe acudirse al procedimiento civil en lo que no se contraponga al Derecho Procesal Penal, para aplicar por vía de remisión las reglas pertinentes que orientan la intervención de terceros y tener al civilmente responsable como parte en el proceso penal con atribuciones para convertir e imponer recursos dentro de una órbita de actuación propia de quien pretende simplemente desafectar bienes de un proceso penal al cual no está vinculado en calidad de autor o copartícipe".

El anterior criterio de Bernal Cuéllar no aporta soluciones a

DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECA

los problemas sustanciales. Según él, la consecuencia del delito solo llega al penalmente responsable. Por tanto nos distanciamos de este criterio.

Opinión similar sostiene el Tribunal de Bogotá con ponencia del Doctor PAEZ VELANDIA cuando afirma que "Como bien puede observarse, que el delito es fuente de obligaciones, tanto en el ordenamiento civil como en el penal. Esa responsabilidad civil que se concreta en los daños y en perjuicios causados con el delito solamente es predicable del partícipe en hecho punible y consecuencialmente, en la sentencia condenatoria. Siguiendo el principio general "Quien daña directa o indirectamente paga", recogido desde hace muchos años en el ordenamiento civil y recientemente en el Código Penal, no solamente debe indemnizar el autor o partícipe del hecho punible si no también el que civilmente esté obligado. Hay disposición clara que asi lo indica. En efecto, el artículo 105 así lo dice: "Hay que acudir a la ley civil para saber quiénes están obligados a reparar, a mas de los penalmente responsables y encontramos varias disposiciones tales como el artículo 2346 del C.C. en el caso del menor y dementes en donde la responsabilidad es de las personas a cuya custodia están; el artículo 2347 ibídem, el cual categóricamente afirma: "Toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos estuvieron a su cuidado".

Compartimos nuestra opinión con Martínez Rave, quien sostiene

que "La acción Civil dentro del proceso penal va dirigida únicamente contra los directos responsables de los hechos delictuosos. Esa acción, que excepcionalmente se adelanta dentro del proceso penal, no puede dirigirse ni contra terceros civilmente responsable, ni contra personas jurídicas, cuando de los hechos de sus agentes se puede deducir responsabilidad del ente jurídico. A estas personas que deben responder civilmente por hechos de terceros de acuerdo con lo establecido por el artículo 2347 del C.C. y que son generalmente los padres de familia, los patronos, los dueños de las cosas con las cuales se cometen daños (art. 2356 C.C.), se les puede iniciar una acción civil, simultánea o no, pero independiente de la que se adelanta dentro del proceso penal contra el directo responsable".

La interpretación que acabamos de transcribir, es acorde con las propias expresiones del mismo estatuto cuando afirma que "el hecho punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales que de él provengan" y, dentro de la misma norma cuando afirma que la obligación indemnizatoria "prevalece sobre cualquiera otra que contraiga el responsable".

Además de lo anterior, el procedimiento penal, por ser de orden público, tiene como finalidad básica el descubrimiento del delito y de los responsables, de tal manera que cuando acepta que mediante el mismo se podría adelantar la acción civil contra quienes no son penalmente responsables, pero que tienen la acción civil indemnizatoria, se está olvidando la principal finalidad del proceso penal y

se podría distraer la actividad del funcionario en dirimir aspectos puramente patrimoniales que deben ser resultos por la jurisdicción especializada.

La expresión utilizada en el art. 105 del Código Penal, respecto de quienes deben indemnizar, señala a los responsables del delito, "y quienes de acuerdo con la ley, están obligados a reparar". Es una expresión equivocada que no tiene justificación en el contexto del Código Penal, porque la única indemnización que se puede pretender dentro del proceso penal es la derivada del juicio de responsabilidad penal y siendo éstas de características puramente personales, no es posible que aluda a personas diversas del responsable del hecho ilícito.

La alusión es a la responsabilidad extracontractual y por tanto es una expresión exótica en el Código Penal.

En estos casos es factible que habiéndose realizado el ilícito en beneficio de la corporación, surja para esta una responsabilidad extracontractual que la obligue a indemnizar, pero esto no puede pretenderse dentro del proceso penal, pues, el Juez no solo puede condenar al pago de perjuicios a las personas declaradas responsables del delito, y asi la responsabilidad civil no puede imputarse a personas que no tienen que ver con el delito. Cuál es la razón para que expresiones de ésta naturaleza aparezcan incluídas en el Código Penal ?

Estas consideraciones motivan la crítica, pues cuando los perjuicios ocasionados por la ilicitud cometida en beneficio de la sociedad sean de tal magnitud que el patrimonio de sus directivos sean insuficientes para responder de ellos, se obligaría a las víctimas a enfrentar varios procesos, con el evidente peligro de no poder demostrar la responsabilidad civil extracontractual, pues en los complejos organigramas de las sociedades es fácil eludir o esconder - quién tomó la decisión que genera la responsabilidad.

2. Como consecuencia directa del factor antes anotado surge una segunda desventaja, porque el ejecutivo en la búsqueda de las utilidades infrinje la ley con el objeto de demostrar su eficiencia, actuando en nombre y en beneficio de la sociedad y ocasionándole beneficio injustificado que no le genera ninguna obligación indemnizatoria.

Los complicados sistemas administrativos y tecnológicos, de las grandes compañías en la mayoria de los casos no impide la demostración de la infracción y la determinación de la sociedad en cuyo beneficio se cometió. La dificultad radica en la imposibilidad de demostrar cuál fue la persona que tomó la decisión de infringir la ley.

SUTHERLAND, refiriéndose a esta problemática en la fenomenología económica norteamericana, relaciona los casos de muchas corporaciones productoras de automóviles, declaradas culpables de violar la ley, mientras sus ejecutivos eran absueltos por la imposibilidad de

determinar quien había tomado la decisión criminal.

3. La ausencia de una referencia expresa a la responsabilidad de las directivas de una sociedad crea dificultades interpretativas evidentes, no solo a los administradores de justicia, sino a la ciu dadanía en general, que partiendo del supuesto de que las personerías jurídicas no delinquen, llegan a considerar a los directivos de las corporaciones como irresponsables penalmente cuando actúan en nombre o en favor de las sociedades. No hace mucho el fiscal de un tribunal superior de distrito solicitó la revocatoria del auto de detención vigente contra el presidente y el gerente financiero de una sociedad, argumentando que las corporaciones no podían delinquir y que estos no habían actuado en beneficio propio sino de la empresa que dirigían.

4. Inmensas dificultades procedimentales de punibilidad cuando se involucra una corporación transnacional y la decisión sobre la violación de la ley se ha tomado en los países de orígen de sus casas matrices, fuera del país que sufre los efectos nocivos de la ilicitud.

Ejemplo corroboratorio de esta afirmación son las dificultades que afrontó el grupo de investigación criminológica del Externado de Colombia cuando al abocar la pesquisa sobre el "dumping", farmaceútico, especialmente al tratar de establecer qué productos farmaceúticos estaban prohibidos en los países de orígen y que a pesar de

ello se expendían entre nosotros, encontraron una resistencia pasiva consistente en la demora deliberada de suministrar la información.

La renuencia sistemática de los penalistas a aceptar la responsabilidad penal de la persona jurídica da motivo para proponer algunas inquietudes para que en un futuro sean tenidas en cuenta, especialmente en aquellas legislaciones que se limitan a aceptar la responsabilidad de los directivos de las sociedades.

Es de primordial importancia hacer expresa referencia a la responsabilidad de los directivos y evitando la casuística que impondría la parte especial del Código Penal, debe elaborarse una norma que solucione el problema en la parte general.

Por razones de la técnica legislativa, no es conveniente que un artículo consagre expresamente la responsabilidad de los directivos, porque constituiría una norma repetitiva, puesto que las legislaciones del Código son igualmente aplicables a cualquier persona, exista o no la previsión propuesta.

Podría ser una norma de atenuación o de agravación punitiva, cuando el hecho ilícito se realiza por los directivos, administradores, miembros de juntas directivas, de consejos de dirección, etc., en nombre ó en beneficio de la persona jurídica. Y planteado de esta manera, la solución debe ser una norma de agravación punitiva,

porque los recursos humanos, económicos y tecnológicos de una corporación colocan al directivo en situación de excepcional ventaja, mientras que la víctima está en circunstancias de inferioridad.

5. Respecto del tratamiento de las penas pecuniarias y concretamente de la multa, debe estructurarse un sistema diferente global o de multa fija y la consagración de la prohibición contenida en el numeral 4o. de la Sección 104 de la ley norteamericana sobre prácticas corruptas en el extranjero, que impide el pago de la multa directa o indirectamente por la corporación en cuyo beneficio se actuó.

Una medida de esta naturaleza tiene un inmenso poder intimidativo, porque el respaldo económico de la compañía lleva al ejecutivo a actuar ilegalmente, con la convicción de que de todas maneras responderá será la propia compañía, sin poner en peligro su propio peculio.

6. Consagrar la responsabilidad civil solidaria entre los directivos y la persona jurídica como tal. Si bien es cierto que este planteamiento niega la responsabilidad penal de la persona jurídica y por tanto no podría pensarse en la Responsabilidad Civil derivada del delito, el solo hecho de que los beneficios ilícitos hayan llegado al patrimonio de la sociedad justificada que le afecten las consecuencias indemnizatorias declaradas en la sentencia penal que evita un enriquecimiento sin causa, de origen ilícito.

La propuesta anterior no contradice la tesis de la viabilidad

del ejercicio de la acción civil solo contra procesados penalmente responsables, porque la situación de la persona jurídica es especial y bien diversa de las demás que están legalmente obligadas a indemnizar, ya que la actuación del directivo se hace en beneficio de la persona jurídica y utilizando los recursos humanos, económicos y tecnológicos necesarios para la realización del hecho ilícito

La propia investigación penal deberá determinar el grado compromiso de la persona jurídica y los medios con que partícipó en la realización ilícita.

C. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas

Este sistema legislativo, para el tratamiento de la criminalidad corporativa es el que tratamos de defender para procurar la implantación del mismo en nuestro país.

En otros países la legislación le reconoce capacidad de acción al igual que en el Derecho Civil, Comercial, Administrativo, Laboral etc., exigiéndose expresamente que la voluntad es la de un ente autónomo con capacidad de obrar.

Las penas atribuíbles a estos entes, son de acuerdo con su naturaleza.

En el punto de la sustentación ahondaremos más sobre el tema

que nos motiva a la investigación.

V. TEORIAS ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS

A. Teoría de la Ficción

El Derecho Romano es el antecedente histórico que ha servido de base para elaborar la Teoría de la Persona Jurídica, de allí partió el Maestro SAVIGNY quien planteó en 1.940 la Teoría de la Ficción en su obra titulada Tratado de Derecho Romano; dentro de ésta concepción se identifica el concepto de persona con el de hombre y en tal proyección todo hombre singular, y solo él, es capaz de derechos, pero el derecho puede modificarse, negando dicha capacidad a algunos hombres, o extendiéndola a entes que no lo son, como sucede con las personas jurídicas.

La delimitación del concepto de Persona Jurídica se circunscribe a las relaciones del Derecho Privado, de allí que se defina como un sujeto creado artificialmente, capaz de tener un patrimonio y se las clasifique, unas como poseedoras de una existencia natural y necesaria, en las otras, artificial y arbitrarias constituyendo así las corporaciones y las fundaciones, etc. de que ya antes hemos hablado el hecho de ser mera ficciones son entes incapaces de querer y de obrar. La ficción le da existencia a una contradición entre su capacidad para ejercer derechos y su capacidad para adquirirlos. Esta contradicción la resuelve el Derecho, mediante la figura de la representación. La corporación es un ente que por sí solo puede ser

equiparado a un impúber, es decir, es un ente incapaz de ejercer sus derechos, aquella por intermedio de los miembros que la representan éste por conducto del tutor.

Como ente ficticio la persona jurídica se encuentra absolutamente fuera del terreno de la imputabilidad; los actos ilícitos solo pueden ser cometidos por los individuos que forman parte de ella y por los que la rigen.

No puede la corporación por intermedio de la voluntad de sus miembros disponer ilimitadamente de los intereses de aquella, distinguiendo la totalidad de los miembros vivos de una corporación de la corporación misma, cuya existencia es indefectible e independiente del cambio de sus miembros.

Quienes toman partido de esta teoría no llegan a admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas aduciendo la imposibilidad de castigar una ficción con una pena. Sus rechazos lo fundamentan en la incapacidad de dichos entes de realizar conductas relevantes para el Derecho Penal.

El profesor SAVIGNY fiel a su concepción de la ficción jurídica sostuvo lo siguiente:

> "El Derecho Penal se refiere al hombre natural, es decir, un ser

> "libre, inteligente y sensible"
> "La persona jurídica está desprovista de este caracter, no siendo mas que un ser abstracto al que el Derecho Penal no puede afectar".

Insiste en que por ser un ente de ficción no puede actuar y que los actos corporativos son atribuídos a sus representantes quienes efectivamente son sus protagonistas, sus realizadores, los verdaderos y únicos autores.

Por tal razón y en correspondencia con lo anterior, son éstos quienes deben ser castigados por la faltas de otros.

B. Críticas a la Doctrina de la Ficción

En nuestro Derecho Nacional, el Doctor ARTURO VALENCIA ZEA, ha sistematizado un cuerpo de críticas a la Doctrina de la Fición que consideramos necesario, oportuno y conveniente transcribir. El jurista se expresa así:

> "Para poder comprender la insuficiencia de Doctrina de la Ficción, es necesario, ante todo, plantear lo mas exactamente posible el pro-

"blema de fondo que debe explicar.
La ciencia jurídica actual busca una solución a estos hechos: En primer término, la pertenencia o titularidad de los derechos subjetivos especialmente los(patrimoniales) en favor de sujetos diferentes al del hombre, como sucede con el Estado, los Departamentos, los municipios, las asociaciones, fundaciones, etc. y en segundo término, que esos otros sujetos son centros de voluntad pues deben estar todos dotados de iniciativa para gobernar sus derechos por su propia cuenta y sobre todo en lo que se refiere al más moderno derecho que tengan la suficiente capacidad para responder por los daños ocasionados a otros y por las contra versiones que puedan cometer.
(Subrayado es nuestro).
La doctrina de la Fición, al decir que la persona jurídica debe asimilarse a un menor de edad (Artículo 1504 del C.C.) por carecer en sí de voluntad trató de justificar la existencia

"de las personas jurídicas de Derecho Privado, pero no la de las del Derecho Público (Estado, Municipio, establecimientos públicos descentralizados). La lógica más elemental y la misma realidad social y jurídica rechazan que el Estado, los municipios, etc sean considerados y tratados como si fueran menores de edad. (Para nosotros este aspecto es interesante tenerlo en cuenta porque sobre él más adelante vamos a vincular argumentos de nuestra tesis según los cuales al Estado, en situaciones excepcionales estaría siendo sujeto activo de conductas penales a través de entidades de Derecho Público, responsable de ilícitos y que recibirían por parte del Estado mismo -titular de la acción Penal-, su correspondiente sanción por la vía del autocastigo del Estado). Por otra parte continúa el Doctor VALENCIA ZEA, la vida contractual (Ejercicio de los Dere-

"chos patrimoniales) de las personas jurídicas, no puede explicarse en su totalidad con la teoría de la representación convencional o legal. Cuando el Parlamento expide una ley la Nación o Estado está expresando su propia voluntad y no la voluntad recibida de un mandante o representado. Cuando la Asamblea General de una sociedad anónima decide el aumento de capital social el cambio del objeto social, nombra la junta directiva o el gerente (o sea el representante), en manera alguna puede afirmarse que desarrollan un mandato en el sentido de que la asamblea sería el Mandatario, caso en el cual quién haría el papel de mandante?

Pero lo que vino a quebrar en forma definitiva la tesis de que las personas jurídicas son menores de edad, fue sin duda la necesidad que surgió en la doctrina de casi todos los países, de establecer la responsabilidad

"civil y contravencional de dichas personas. En efecto, las personas jurídicas debe responder por los daños causados en razón de culpas o riesgos que son inherentes a su propia organización y no simplemente por el hecho ajeno de su personal auxiliar; además, deben ser sancionadas por las contravenciones que cometan.

Por otra parte, la tesis de la ficción identificó el concepto de persona con el de la realidad antropológica del ser humano.

La personalidad en sí es una categoría jurídica construída por el orden jurídico y que se atribuye a ciertos subtratos materiales (o entes) que, dada su propia organización, son capaces de una voluntad.

El primer substrato es el hombre; pero existen también otros en que la voluntad es construída por su organización y la persecución de fines colectivos, y a los cuales debe atribuírseles personalidades

" como sucede con el Estado, las asociaciones, fundaciones, etc. Finalmente, la Doctrina de la Fición no ha tenido tada la aplicación en el Derecho positivo. En primer lugar, el art. 638 del Código Civil expresa que la voluntad de la mayoría de los miembros de una corporación es "la voluntad" de la misma, lo cual indica muy a las claras que el Código reconoce que una persona jurídica es capaz de construir su propia voluntad mediante sus órganos completentes de acotación. En segundo lugar, el artículo 44 de la Constitución Nacional estatuye que "es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal. Las asociaciones y fundaciones pueden obtener su reconocimiento como persona jurídica". De manera que uno de los fundamentos de la tesis de la Ficción

"de que el Estado era el que creaba la personalidad jurídica, cesó de te ner vigencia en Colombia por el cita do artículo de la Constitución. Por estos y otros motivos, la Doctri na de la Ficción ha sido definitiva- mente abandonada en nuestro derecho y, además, es rechazada en forma unánime por la ciencia jurídica actual".

C. Teoría de la Voluntad Legal

Figura entre los miembros de esta teoría el Doctor MICHOUD sos tiene que la persona jurídica le falta la voluntad natural. Es la ley la que asigne voluntad legal. Dice el autor citador:

"Desde el momento en que la ley le reconoce una voluntad, esta volun- tad puede oscilar entre el bien y el mal, lo lícito y lo ilícito, sin dejar por eso de ser la del ser mo- ral, bastando para que sea tal el representante haya obrado en ejer- cico de sus funciones".

Naturalmente que estas expresiones son relativas a las ilici-

tudes aceptadas en el Derecho Privado. El mismo autor al plantear la hipótesis del delito cometido por la Persona Jurídica, la niega sosteniendo que:

> "El acto no es obra de una voluntad colectiva real y únicamente el individuo, autor del acto, podrá ser castigado, siendo imposible transportar del individuo a la agrupación las consecuencias del delito ejecutado por el primero; la ficción necesaria en el terreno de la vida civil, se hace anormal e injusta cuando se trata de aplicar la a la ley penal".

D. Teoría de la Voluntad Real

En orden de prioridad, BESELER fue el primero en teorizar sobre este importante tema del Derecho. Después le siguieron WEISKE, DERNBURG, GIERKE y otros. Todos partieron de los siguientes supuestos:

El concepto de persona no coincide con el de hombre, sino que se identifica con el sujeto de derechos y si ello es así no se puede eliminar la posibilidad de existencia de sujetos de Derechos que

no sean hombres.

Es preciso ampliar el concepto de sujeto sacándolo de los ámbitos del Derecho Privado y llevándolo a la espera del Derecho Público.

Todas las personas jurídicas, públicas o privadas son realidades.

El jurista que desentrañó las contradiciones más agudas suscitadas por esta teoría fue realmente GIERKE. Puédese afirmar que su larga y fecunda obra científica de casi 40 años la dedicó íntegramente al estudio de la problemática jurídica de las corporaciones jurídicas.

El planteamiento de GIERKE se concreta en éstos términos:

> "La corporación es una persona real colectiva formada por hombres reuni dos y organizados en una existencia corporativa que tiende a la consecu ción de fines que transcienden de la esfera de los intereses indivi duales, mediante la común y única fuerza de voluntad y de acción. Este todo colectivo es un organis

"mo social dotado, a semejanza del hombre de una potestad propia de querer, y por tanto, capaz de ser sujetos de derechos. Este ente sur ge espontáneamente y por hechos his tóricos-sociales o por constitución voluntaria de los hombres. Al lle- var el hombre una vida individual simultáneamente con las activida- des de la vida social puede dividir su voluntad y contraponer a la vo- luntad de sí mismo el vínculo de la voluntad colectiva. Este cuerpo social existe independientemente de toda intervención del Estado; el reconocimiento no es creación de un sujeto jurídico, sino afirma ción de su existencia, tiene un sim ple valor declarativo. La capacidad jurídica de la corporación es, por lo regular, parecida a la del hom bre, salvo ciertas relaciones que por su naturaleza son incompatibles con ella".

En las condiciones anteriores, la persona real colectiva es ca

paz de querer y de obrar y lo hace por medio de sus órganos de la misma manera que la persona natural requiere de la colaboración de sus órganos corporales para expresar o concretar su voluntad. No se trata entonces de una representación sino de la relación existente entre la voluntad y la acción del hombre que así manifiesta su personalidad.

Es a través de sus órganos dispuestos a su estructura cómo la persona jurídica realiza conductas y por esto hace posible concebir la sanción de la corporación que podría consistir en pena pecuniarias, suspensión o cancelación de la persona jurídica.

VI. FUENTE UNIVERSAL DE LA TESIS

A. Movimiento Legislativo

1. Babilonia. En el famoso Código de Hammurabi, estaba estipulada la Responsabilidad Penal de la Ciudad. El hecho se configuraba en el caso del ladrón que escapaba. La víctima podía ejercer el derecho a reclamar donde tal hecho había ocurrido, debiendo responder la ciudad o el prefecto.

La ciudad era asimilada como persona jurídica. A su amparo el ladrón se escabullía de la justicia. Era un deber de todos los ciudadanos ejercer la captura del agresor de los bienes jurídicos lesionados.

El Doctor ALFONSO REYES ECHANDIA, hizo la traducción del artículo 23 de dicha codificación y textualmente dice:

> " Si el ladrón escapar, la víctima reclamrá ante Dios lo que le fue robado en tal caso, la ciudad donde tal hecho ocurrió o el prefecto, se lo restituirán".

En el artículo siguiente de la misma traducción queda tipificada la rapiña y la responsabilidad penal de la ciudad o del prefecto

cían énfasis especial en el delito de rebelión. Históricamente este delito ha requerido de sujeto activo plural. Los legisladores justificaban la responsabilidad colectiva inferida de la rebelión, a partir del acuerdo presunto en la comisión del hecho delictuoso.

4. Thailandia. En el antiguo imperio de Siam se establecía igualmente la responsabilidad corporativa que se extendía hasta la familia y si se presentaba un homicidio todas las casas circunvecinas hasta sesenta toises a la redonda debían de responder de él. De allí que cuando surgía una riña todos los vecinos acudían como mediadores tratando de lograr la reconciliación para tratar de evitar un presunto homicidio.

En 1.898, se dictó la famosa ley de reparación contra las sociedades secretas, que es una moderna muestra legislativa de responsabilidad corporativa.

5. Corea. Dado a que éste ha sido un pueblo en el pasado, permanentemente invadido por los chinos, recibe su influencia jurídica de allí que su más antiguo código, Myeng-ryoul pou ryei, sea conocido como Código de los Ming, promulgado en 1.397, y reformado en 1.585. En él se establece la responsabilidad penal para toda la familia del delincuente, llegando sus conocimientos a recaer hasta en las cosas inanimadas, pues "su casa es domicilio sin que nadie se atreva a reconstruírla".

Un equivalente oriental al de la prisión por deudas, era el de

en caso de evasión del infractor:

> "Si se trata de una rapiña de persona, la ciudad y el prefecto pagarán una mínima parte de plata a su familia".

Es categóricamente claro el espíritu de la legislación imperial del sexto rey de la dinastía semítica de Babilonia, Hammurabi sobre esta materia.

2. China. En la recopilación Ta Tsing Leu Lee Kiag-Foo-See, aparece la responsabilidad criminal familiar estructurada en dos aspectos: Solidariamente y por Representación.

Phan-Van-Troung, autor moderno, al tratar sobre estos casos, explica y justifica la responsabilidad por estos actos ajenos cuando caben las siguientes circunstancias: a) Necesidad excepcional de defensa política; b) Por exigencias supremas de defensa social; c) Por extensión de las consecuencias de actos ajenos, imputando a los padres su falta de vigilancia o tolerancia culpable, forma de complicidad por tolerancia.

3. Indochina. En el antiquísimo imperio asiático de Anam que tuvo su capital en Hué, produjeron los legisladores una codificación que contemplaba la responsabilidad colectiva. Tales normas ha-

los bastonazos al deudor que se le aplicaban sobre los huesos de las piernas, dos o tres veces al mes. Si moría en el intervalo, sus parientes más próximos quedaban abligados a pagar por él, si no preferían sufrir la misma pena.

El asesinato del ministro Kiminokum en 1.897, siguió la pena de estrangulamiento del autor y de todos sus hijos, incluídos los mas pequeños.

6. Japón. No escapó este antiguo imperio al influjo jurídico chino, y siguiendo su ejemplo crea la responsabilidad penal familiar en los delitos de traición y de aquellos que atentan contra el empe rador. Con la desaparición del régimen feudal con la revolución de los señores (daimios) surge el primer Código Penal en 1.873 y desaparece este tipo de responsabilidad.

7. India. Como es este un país tradicionalmente organizado sobre una rígida disciplina de castas, es apenas lógico que ello tuviera trascendencia jurídica y que cada conducta se constituyera o no en delito o tuviera mayor o menor gravedad, según la casta a que pertenecieran tanto la víctima como el delincuente.

En el Código de Manú se consagra la comunicabilidad de la falta mas allá de la propia corporación criminal, y es así como el autor de la muerte de Brahaman comunica su falta a quien consume el alimento preparado por el homicida.

El responsable de falso testimonio que precipita al infierno a su autor, ocasiona la muerte en la tierra a todos sus parientes, ya que a esta pena se sometían los familiares del delincuente.

8. Israel. En este pueblo socialmente organizado en tribus, la solidaridad entre los miembros es ilimitada. RENAN sostiene que el servicio prestado por el individuo se entendía prestado por la tribu, y el delito cometido por él infama también a la comunidad.

En la Biblia, libro del Génesis aparece como ejemplo de castigo colectivo el inflingido contra Adán y que se extiende a toda la humanidad. También el diluvio es pena universal consecuencia de la corrupción existente, al igual que los casos de Sodoma y Gomorra, por la misma causa.

Los libros sagrados están plagados de multitud de formas de responsabilidad colectiva, en los que la familia, tribu, ciudad, pueblo y la misma humanidad deben responder de las consecuencias punitivas por la conducta delictiva de otra persona.

9. Grecia. Los antiguos helenos, en sus diversas repúblicas conocieron la responsabilidad penal solidaria con respecto a la familia, la ciudad y el Estado.

Esta solidaridad en algunas ocasiones es activa (deber de vengar la afrenta), como en Macedonia, donde existía la pena de lapida-

DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECA
Universidad de Cartagena

ción; o la pasiva (deber por responder de la falta de otro), conocida y practicada en la república ateniense y en Creta.

En la Grecia moderna se conoce un caso de responsabilidad penal familiar en la ley provisional dictada para combatir el bandolerismo que data desde 1.871.

10. Derecho Musulmán. En todos los estados influídos por el islamismo existe la responsabilidad penal corporativa, denominada Kábila, mientras que la comunidad responsable es la Aaquila, que responde por medio de la indemnización o de la composición, sin que surja ella como reflejo del influjo religioso, sino que es el estado musulmán el encargado de socializar la pena.

En Corea encontramos claras disposiciones consagratorias de la personalidad e individualidad de la sanción, tal el precepto según el cual "Nadie debe hacer que otros soporten el fardo de sus acciones", o aquel según el cual "Cada uno responderá de sus obras".

11. Derecho Canónico. Fueron los canonistas los primeros en aplicar la denominación "persona" a las diversas agrupaciones existentes y los que investigaron sobre la naturaleza propia de las agrupaciones.

Según GIERKE, Inocencio IV "recogió de un modo general la idea de hecho dominante en el derecho romano, pero aún no expresada, de

la persona moral. Adjudicándose de este modo la paternidad del dogma de la ficción todavía dominante.

Consecuente con su pensamiento, este Papa fue quien en el Concilo de Lyon, en 1.245, prohibió excomulgar a una universitas, por que consideró que no existe en realidad y no es mas que una ficción y no puede querer ni obrar por sí misma , razón que le impide cometer actos ilícitos, que serían los que podrían dar lugar a la excomunión.

Los reyes y los papas impusieron sanciones a los pueblos, ciudades y universitas cuando se hacían culpables de algún delito, y los estaturos de las ciudades italianas contemplaban penas imponibles, tales como la multa prevista para aquellos que diesen asilo a un criminal.

La concepción por parte de los canónistas del delito corporativo implicaba la creación de una pena corporativa que solo debe alcanzar a la universita, abstracción hecha de las penas individuales impuestas contra los miembros que hubiesen actuado como instigadores o que hubiesen facilitado a la corporación los medios para la realización de la conducta delictiva.

Las penas para las corporaciones fueron, la privación de sus privilegios, el derecho de asociación y la multa.

12. Alemania. SALDAÑA sostiene la existencia de noticias según

las cuales una ley del Estado de Sajonia, dictada por Eduardo (desconociéndose si fué El Viejo, el Mártir o el Confesor, entre el año 975 y el 1.066), establecía que los habitantes de las aldeas respondían con sus propios bienes y los de su burgo.

En la legislación imperial se encuentra la ordenanza criminal de 1.670 que en su título XXI contempla "la manera de incoar el proceso contra las comunidades de las ciudades, villas, aldeas, corporaciones y compañías".

En Alemania moderna, la GEWERBEORDNUNG de 1.900 establece: "Una corporación puede ser disuelta cuando se haga culpable de acciones u omisiones contrarias a la ley, por las que se ponga en peligro el bien público, o cuando persiga fines que no sean lícitos".

13. Inglaterra. El antiguo derecho inglés admite la responsabilidad colectiva, solo condicionada por la legalidad de institucionalización, esto es, que no hay responsabilidad corporativa sino cuando esté expresamente contemplada en la ley y solo en los delitos punibles sin culpa, pues la persona jurídica solo puede actuar por representación y la culpa del representante no se comunica al representado.

Es importante destacar la existencia de un principio en el Interpretation Act de 1.889, que establece: "En los estatutos relativos a delitos, la palabra persona comprenderá asi mismo las corpora

ciones".

14. Rusia y Unión Soviética. Tanto en el Derecho Imperial, como en el Derecho Revolucionario se encuentran constancias de la responsabilidad colectiva. El código promulgado por Nicolás I en 1.845 establecía sanciones contra las comunidades religiosas que burlaran el deber del servicio militar o la prohibición de mendigar.

El primer Código Penal de los Soviéticos, publicado en Julio de 1.922, imponía sanciones a "las organizaciones con fines contrarrevolucionarios, de sublevaciones armadas o invasiones en el territorio" y la participación o la cooperación con estas organizaciones.

El código de 1.927, de larga duración, pues, rigió hasta 1.960, también alude a "organización de bandas armadas" (art. 59) y a la usurpación de funciones administrativas, judiciales u otras de derecho público y de los derechos correspondientes a personas jurídicas, cometidas por organizaciones religiosas o eclesiásticas, será sancionada con trabajos correccionales..." (art. 125).

15. Suiza. El Código de Cantón de Lucerna (1.860), contemplaba expresamente en su artículo 37 que "si los miembros de una asociación o corporación cometen aislados o conjuntamente un crímen, no es punible ésta, sino solamente los individuos culpables". De manera similar en el Código del Cantón de Vaud de 1.843, que no castiga cuando un delito fué cometido por "miembros de una sociedad, obrando en

calidad de tal... y solo a los miembros que tomaron parte en el de lito, contra cada uno de ellos personalmente". (art. 50).

16. Francia. Como los sostiene MESTRE, "las nociones de delito colectivo y de pena corporativa singularmente se encuentran en la práctica francesa". Son muchos los casos mencionados por este autor en los que se imponen penas a las ciudades y a las comunas. En 1331 la ciudad de Tolosa por el parlamento parisino a la pérdida de su de recho de cuerpo y comunidad, con confiscación de su matrimonio; y en 1.379 la ciudad de Montpellier fue condenada a la pérdida "de su Universidad, Consulado, Ayuntamiento y todos sus privilegios" con la obligación de pagar una multa de 600.000 libras de oro, parte de sus murallas derivadas, cegados sus fosos y ejecutados 600 de sus habitantes mas culpables como consecuencia de haberse sublevado ante un impuesto real.

La Ordenanza de 1.670 a pesar de ser un Código de Procedimiento Penal, establece en el artículo lo. que "el proceso se dirigirá con tra las comunidades de las ciudades, villas y aldeas, cuerpos y com pañías que hayan cometido algún acto de rebelión, violencia u otro crimen". Los comentaristas de la ley entre ellos JOUSSE, sostienen que debe entenderse como delito de la comunidad, la conducta ilícita "presidida de una asamblea o deliberación. De otro modo, y en el caso que sin ninguna asamblea o deliberación precedente, todos los habitantes de una región se arrojasen sobre alguno y le diesen muerte aún cuando se hiciese arrebato y los regidores se encontrasen entre

los asesinos, un delito semejante no podría ser cometido por la co munidad sino por los particulares que la forman".

Las penas previstas en la Ordenanza excluye las corporales ina plicables a la comunidad que no está dotada de cuerpo; por ello las condenas no pueden consistir en la reparación civil de daños y perjuicios a la parte ofendida, privación de sus privilegios, multa y cualquier otro castigo público.

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

Las leyes revolucionarias bajo el influjo del pensamiento de Rousseau, desconocieron la responsabilidad corporativa puesto que no se conocía la existencia misma de estos antes, sin embargo, una ley del imperio del 10 Vendimiario del año IV estableció la responsabilidad de las comunas, y una ley municipal de 1.884 establece respon sabilidad para los municipios por delitos de violencia cometidos en su territorio con motivo de reuniones tumultuosas.

En los tiempos contemporáneos, año de 1.977, en Francia se gesta un proyecto de ley que contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La Comisión Redactora de este proyecto, instituída por decreto de Noviembre de 1.974, remitió al Ministerio de Justi

cia en Junio de 1.978 el primer libro que habla sobre la responsabilidad penal. Atendiendo las realidades económicas francesas, y especialmente europeas, surgidas del Mercado Común y de las comunidades europeas, ésta comisión no limita el principio de responsabilidad penal a las personas morales, sino que lo proyecta a cada una de las sociedades que forman diversos grupos económicos, sociedades comerciales, holdings, etc.

El artículo 37 de dicho proyecto dispone que las normas relativas a la responsabilidad penal "son aplicables a todo grupo de naturaleza comercial, industrial o financiera", absteniéndose la Comisión de proyectar esa responsabilidad penal a grupos de sindicatos patronales y de obreros, por considerar que se trataba de una política que no debía ser objeto de una discusión en una comisión eminentemente técnica.

El artículo 38 distingue dos situaciones: la primera cuando todos los miembros del grupo o consejo han estado de acuerdo con la decisión de que la sociedad viole una norma penal consagrada en el inciso primero del artículo que se comenta, estableciéndose la responsabilidad para la sociedad. Dice la norma:

> "Sin perjuicio de la persecución ejercida contra las personas físicas, todo el grupo es responsable del delito que se haya cometido por

"la voluntad deliberada de sus órganos, en su nombre y en interés colectivo".

A renglón seguido en el inciso segundo se dispone:

"Cuando el delito no se ha cometido por el interés colectivo, son penalmente responsables, los miembros del grupo, personas físicas o grupos por cuya voluntad o interés se han verificado los actos".

El profesor de la Universidad de París de nombre JACQUES LEAUTE explica la razón de la norma cuando dice:

"En ocasiones sucede que en una sociedad comercial algunos miembros del consejo de Administración ele van más la voz que otros, porque el grupo que respalda tiene un paquete de acciones más importante que puede ser utilizado para servir a los intereses de una empresa HOLDING de la cual no es más que una filial

DEPARTAMENTO DE

"parcial. En la vida de las soc-
ciedades comerciales de hoy el
penalista debe tener siempre pre
sente que el control de una sociedad
por otra, no se efectúa comprando
todas las acciones, ni incluso, a
veces obteniendo el 51% de las
mismas. A través del juego de po-
deres en blanco, puede, en cier-
tos casos, obtener el control
de una empresa solo con el 15% de
acciones. Puede ocurrir perfecta-
mente que una parte del Consejo
Administrativo tome una decisión
que los accionistas no deseen y
que, además no es de interés pa-
ra la sociedad. El más fuerte, el
que controla la sociedad, impone
su ley, y comete en solitario el
delito. Solo él debe ser el res-
ponsable".

"El artículo 39 se legisla para el
caso de esas sociedades que se han
creado específicamente con el fin
de facilitar o realizar un hecho

"delictivo, pudiéndose en este ca-

so disolver la sociedad".

En los artículos 63 y 64 se señalan las sanciones aplicables a los grupos económicos, que pueden ser: disolución de la sociedad, prohibición de acudir al capital, colocación bajo vigilancia judicial, multa.

Queda claro que en este proyecto legislativo se aceptó a plêni tud la responsabilidad penal de los grupos económicos y de las sociedades individuales consideradas, lo que constituye un verdadero avance si se tiene en cuenta la realidad económica actual que nos de muestra que son muchas las personas jurídicas que no son independientes, pues, hacen parte de un grupo económico que domina el paquete accionario y es el que toma las decisiones finales.

De lo inmediatamente expuesto se infiere que la responsabilidad penal de la corporación es independiente de la responsabilidad indi vidual de las personas físicas que hubiesen tomado decisiones corpo rativas de carácter delictivo.

Es igualmente interesante la distinción que se hace cuando la decisión delictiva fuere tomada por un grupo minoritario, que a pesar de ello tuviere el control de la empresa, fenómeno que se presen ta con mas frecuencia de la que pudiera creerse.

17. Italia. En la antigua legislación de Federico II, los crímenes de los particulares, cuando se quedaban impunes, se inculpaba a la comunidad, pues los habitantes debían responder. En ocasiones respondían los habitantes de provincias enteras.

18. Estados Unidos.- En el Penal Code of New York, con influencias manifiestas del Derecho Británico, se inicia la tradición de responsabilidad corporativa en 1.892. Esta codificación trajo en su artículo 13 la responsabilidad penal de las corporaciones, a las que se puede imponer multa hasta por cinco mil dólares.

En ese mismo texto legislativo se dice que el término "personal" comprende la corporación, la asociación y la persona natural, concepto reproducido con mejor técnica en el Código Penal Federal que define el término persona para efectos de la capacidad criminal común a las corporaciones y a los individuos.

19. España. Como en otras legislaciones antiquísimas, la responsabilidad familiar no escapa del mas antiguo derecho español. Es un constante en dicho derecho.

El fuero de Sayonia más que ningún otro acto de derecho positivo amplió la cobertura de la responsabilidad penal colectiva. Estableció la responsabilidad territorial o solidaridad penal a los pueblos inmediatos al sitio donde se había cometido el delito.

La Constitución de 1.869 disponía en su artículo 19 lo siguiente:

> A toda Asociación, cuyos miembros delinquieren por los medios que la misma les proporcione, podrá imponérsele la pena de disolución. La autoridad gubernativa podrá suspender la asociación que delinca sometiendo *in continenti* los reos al Juez competente. Toda Asociación cuyo objeto o cuyos medios comprometen la seguridad del Estado, podrá ser disuelta por una ley.

La ley de asociaciones de 1.887 concreta la tesis previamente propuesta en la Constitución de 1.869 cuando dispone que:

> Deberá acordarla (la disolución de las asociaciones, por la autoridad judicial) en las sentencias en que se declare ilícita una asociación, conforme a las disposiciones del Código Penal, y en las que dicte sobre delitos cometidos en cumplimiento de los acuerdos de la misma.

DEPARTAMENTO DE

La ley de represión de atentados criminales cometidos por medio de explosivos, de 1.894 en su artículo 8o. decía:

> Las Asociaciones en que de cualquier forma se facilite la comisión de los delitos comprendidos en ésta ley, se reputarán ilícitas y serán disueltas, aplicándole, en cuanto a su suspensión, lo dispuesto en la ley de asociaciones, sin perjuicio de las penas en que incurran los individuos de las asociaciones por los delitos que respectivamente hubieren cometido.

Pero más recientemente se han dado en España una serie de acontecimientos que inducen a afirmar que la responsabilidad penal de la persona jurídica va camino a institucionalizarse por la vía de las leyes positivas.

Ya existe un proyecto de ley orgánica del Código Penal Español que por disposición del Presidente del Congreso de Diputados fue publicado el 17 de Dicembre de 1.979 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Los grupos de parlamentarios disponían hasta el 31 de Marzo de 1.980 para presentar las enmiendas que considerasen pertinentes.

Un conjunto de talanqueras de tipo ideológico y político han impedido a las Cortes decidir definitivamente sobre este proyecto. Es muy posible que en las actuales circunstancias, este trabajo nun ca deje de ser un proyecto que solo tendrá entidad histórica por ha ber captado las inquietudes de los juristas españoles después de tantos años de dictadura y sojuzgamiento. La importancia que la legislación española ha tenido para nosotros, y el especial momento historico-político que generó el proyecto nos obligan a hacer un análisis crítico en relación con el mismo.

De la redacción de varios artículos de la parte general del proyecto se deduce de una manera general, el establecimiento de una responsabilidad penal de las personas naturales. Ejemplo fidedigno que impide llegar a conclusiones opuestas, lo tenemos en el artículo 12, el cual consagra la extraterritorialidad de la ley penal española y se advierte su aplicabilidad "a los españoles y extranjeros que hubieren cometido fuera del territorio nacional". Y posteriormente, en el artículo 35, de manera correcta consagra la responsabilidad de los directivos u órganos de las personas jurídicas, aclarando que ésta responsabilidad surgirá asi no recaigan en una persona natural las calificaciones exigidas al sujeto activo en el tipo, siempre que concurran en las personas jurídicas a nombre de la cual obrare. Veamos como dice textualmente el artículo:

"Art. 35. El que actuare como directivo u órgano de una persona ju

"rídica o en representación legal
o voluntaria de otro, responderá
penalmente aunque no concurran en
él, si en la entidad o persona
en cuyo nombre obrare, las condi-
ciones, cualidades o relaciones
que la correspondiente figura del
delito requiera para poder ser su
jeto activo del mismo".

Se ha criticado esta norma por ser manifiestamente antitécnica al ponerse en contradicción con la teoría de la tipicidad. Teniendo en cuenta que el tipo exige determinadas cualificaciones que caracterizan al sujeto activo, mal puede pretenderse que las cualificacio nes de la persona jurídica subsane la ausencia de las que no tenga en la persona física.

Sostiene el Penalista Edgard Saavedra que la modalidad legisla tiva en cuestión la copiaron los españoles del Código Penal Aleman de 1.975. Y a reglón seguido apunta "que consagra un sistema híbrido que no se ajusta a la técnica legislativa, pues, de una parte ins titucionaliza la responsabilidad para los directivos u organos de la corporación y de otro influído por la frondosa corriente peligrosista que lo caracteriza, impone medidas de seguridad jurídicas en el artículo 135, numerales 16, 17, 18, y 19. Técnicamente no puede expli carse la razón de ser de estas medidas de seguridad para las perso-

sonas jurídicas, porque el artículo precedente establece que quien realiza la conducta delictiva en el gestor de la corporación, y si ello es así, no se entiende porque se impone medida de seguridad a quien nada ha realizado desde el punto de vista típico máxime cuando el artículo 131 expresamente dispone que las medidas de seguridad "no se podrán imponer si no a quienes hayan ejecutado un hecho previsto como cuya comisión revele la peligrosidad criminal del autor"

B. Movimiento Jurisprudencial

En estos momentos nuestra investigación no cuenta con documentos literales que podamos incertar y citarlos textualmente. Pero queremos resolver la limitación del mismo modo como lo han resuelto prestantes penalistas colombianos cuando se refieren al tema.

El Doctor Humberto Fernández Vega (Ex-Magistrado del Tribunal Superior de Aduana) en su libro, Derecho Penal Aduanero, da fe de lo que dice el profesor, Luis Enrique Romero Soto, en su libro Derecho Penal (Parte General), volúmen I. A su vez el Doctor Luis Enrique Romero Soto en dicho libro, página 247 previo acto de fe que hace el Jurista Francés DONNEDIEU DE VABRES (Traité De droit Crimi nel et de Législation Pénale comparée, 3a. ed., Librairi du Rucueil Sirey, Paris, 1.947, pag. 150 y 153), anota lo siguiente:

"Se plantea aquí la cuestión de si las personas jurídicas pueden ser

DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECA

"sujetos activos del delito. En principio la respuesta es negativa, ya que, según el proceder de la gran mayoría (lo subrayado es nuestro) de los autores, solo el hombre puede cometer delitos; pero la jurisprudencia y la legislación de algunos países han adoptado una actitud mas elástica a este respecto, y reconocen, al menos en ciertos casos, la responsabilidad de las personas morales Tal es lo que ocurre en Francia, en donde la jurisprudencia ha reconocido que las sociedades pueden ser objeto de multas con carácter de pena, o bien de ciertas medidas que tienen igual carácter, como la publicidad de la sentencia, el cierre de locales, la confiscación especial 3." (El subrayado es nuestro y la cita 3 corresponde a las ideas que el Profesor Romero Soto, toma de la página 150 del libro de Jurista Francés).

En similar forma transcribimos los comentarios que el tratadis-

ta colombiano Edgard Saavedra hace sobre el particular al referirse a la Jurisprudencia norteamericana. Dice el tratadista:

> "La Jurisprudencia norteamericana ha trazado estos caminos con mucha claridad, y puede sostenerse que las leyes existentes y los proyectos que se gestan no son mas que la concreción en las leyes de los casos resueltos por los criminales de justicia. Según el Tribunal Supremo, existe la responsabilidad penal para la corporación cuando quien realiza la conducta ilícita lo hace con objeto de beneficiar a la corporación, siempre y cuando haya estado efectivamente autorizado, entendiéndose por tal, cuando al menos haya existido una mediana tolerancia."

DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECA
Universidad de

Creemos que es suficiente en razón de nuestro propósito y disponibilidad documental, ilustrar el movimiento jurisprudencial con éstas dos referencias tomadas de importantes realidades jurídicas como son la de Francia y la Estados unidos de Norteamerica.

C. Movimiento Doctrinario

Doctrina en Derecho es el pensamiento decantado de aquéllos so bresalientes investigadores y estudiosos de las Ciencias Jurídicas. Son Tesis Jurídicas acogidas por los ordenamientos jurídicos o por los Jueces y Magistrados encargados de fallar en justicia. También es doctrina probable la que sientan de manera reiterada y uniforme, los jueces y magistrados sobre un mismo punto de Derecho.

Aquí nos referimos a los pensadores que enriquecen al Derecho Penal sobre esta precisa materia, con independencia de los órganos jurisdiccionales. A ellos se les dá el nombre de DOCTRINANTES.

Qué dicen, pues, los doctrinantes acerca de la responsabilidad penal de la persona jurídica? Entre los pocos que abogan por dicha responsabilidad, destaquemos a:

1. RICARDO C. NUÑEZ. El eminente Profesor Argentino sostiene que:

> "La cuestión puede y debe plantearse sin recurrir a una aplicación artifi ciosa de los conceptos de la autoría y responsabilidad penal fundando la repercusión en la persona o bienes del ente moral, las consecuencias

"del delito de sus órganos, sea en la idea de una medida de seguridad tendiente a aniquilar la empresa criminal, o el medio de acción ilícita de sus órganos componentes, sea como un medio de asegurar la eficacia de las penas de orden administrativo cuyos fines resultarían totalmente frustados transgresiones cometidas por los órganos de la persona ideal, la retribución no pudiera afligirlos mas allá del ámbito estrictamente personal, excluyendo al verdadero sujeto del deber administrativo violado."

2. SAMUEL BARRIENTOS RESTREPO. Se muestra partidario de la aplicación de penas a las personas morales y anotando que ya en nuestro país existen disposiciones que señalan algunas sanciones a imponer a las personas jurídicas, aunque de tipo administrativo.

3. FRANZ VON LISZT. Este destacado penalista alemán en su tratado de Derecho Penal, expresa:

"Los delitos de las corporaciones

"son posibles jurídicamente; pues, por una parte, las condiciones de la capacidad de obrar de las corporaciones, en materia penal, no son fundamentalmente distintas de las exigidas por el Derecho Civil o por el Derecho Público; cualquier sociedad puede contratar; puede también celebrar contratos dolosos o leoninos, o no cumplir con los contratos celebrados, de los que se derivan obligaciones de edad. Por otra parte la corporación es un sujeto de bienes jurídicos, (Derechos patrimoniales, derecho electoral, derecho de existencia y derechos relativos al honor), que pueden ser criminalmente lesionados o destruídos. Es recomendable la aceptación de esta Doctrina, pues, por una parte el acto detrás del cual se encuentra, no uno o varios individuos, sino una corporación, alcanza una significación distinta y mas elevada y, por otra parte, es contrario tanto a la justicia como a la política criminal, dejar impune al

DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS Universidad de Chile

"culpable y cargar exclusivamente
la responsabilidad sobre un órgano
de voluntad ajena".

4. A. MESTRE. Este autor parte de la base de la responsabilidad civil de la persona moral, llega a la conclusión de que ésta en esencia no se distingue de la penal, ya que provienen ambas de un mismo hecho, que es una falta que lesionó derechos ajenos y expresa

"Ciertamente que la comunidad no
podrá ser decapitada ni encarcelada
puesto que no tiene cuerpo; pero de
que ciertas penas no tengan eficacia contra las personas morales,
debería deducirse que éstas no pueden nunca ser castigadas? El Derecho
Penal no carece de penas que no puedan
ser ejecutadas en ciertos individuos como sucede con la multa impuesta al insolvente o la de trabajos
forzados que no pueden alcanzar a
los ancianos de 60 años. Sería insentato deducir de ésto que esas
personas deben escapar a toda penalidad. Lo mismo ocurre con las personas morales de que estas no pue-

"dan ser decapitadas, es insensato también deducir que no puedan ser castigadas. No se les aplicarán in dudablemente, mas que las penas com patibles con su naturaleza".

Y finalmente, anota Mestre, que si se trata de seres colectivos dotados de una voluntad real nada se oponen que se dirijan a finalidades prohibidas por la ley.

D. Legislación Comparada

La legislación europea es pródiga en disposiciones relativas a la delincuencia económica y es perfectamente natural dado el grado de desarrollo industrial, comercial y financiero, de la misma manera que son numerosas las disposiciones legales tendientes tanto a los directivos como a las corporaciones con pena de tipo administrativo o penal.

Para dar una idea de estas manifestaciones legislativas trataremos de hacer un rápido análisis de algunas de las normas existentes en los países de Europa Occidental, contando con nuestra empresa con la magnífica recopilación hecha por el Profesor Henrique Bacilgalupo en friburgo, traducida por los profesores Gladys Romero y Bernardo Del Rosal Blasco.

1. Austria. El Código Penal de Austria de 1.975 consagra los deli-

tos de quiebra fraudulenta, daño a acreedores ajenos, favorecimiento de acreedores, quiebra culposa y maquinaciones cometidas durante la vigilancia del negocio, en un procedimiento de compensación o de con curso (156 al 160), estableciéndose en el 161 que también será sancionado quien hubiere realizado las conductas escritas con anterioridad empleado directivo de una persona jurídica o de una comunidad de persona sin personalidad jurídica.

Es particularmente importante, en relación con la responsabilidad corporativa , la inclusión de las sociedades de hecho que proliferan en los medios económicos y que por su situación fáctica general escapan a las previsiones legislativas consagratorias de este tipo de responsabilidad.

En la ley federal de carteles de 22 de noviembre de 1.972, luego de definir el significado de un cartel, para efectos de ley establece sanciones para sus miembros, órganos, apoderados que utiliza re la asociación con fines económicos no justificados como en el even to de la elevación o reducción de los precios; o establecimientos de limitantes a la producción y ventas de mercancías o productos del cartel.

Esta disposición al igual que en el proyecto francés, consagra la responsabilidad para los gestores del grupo de sociedades que integran el cartel.

Presenta una muy interesnte disposición que impone sanción pe-

nal a los órganos o representantes del Cartel cuando se viola el de ber de actuar u omitir lo dispuesto por la ley.

De la base de esta solución legislativa o similares podría par tirse para la formulación de la teoría sobre la responsabilidad cor porativa, pues constitucionalmente se consagra el derecho de asocia ción lícita, señalándose en los diversos estatutos reglamentarios los deberes y los derechos de las personas jurídicas. La omisión en el cumplimiento de los mismos, o la violación de las normas reglamen tarias, constituiría la infracción corporativa. En la formulación de un reproche normativo.

Finalmente se establece que los responsables de la pena de mul- ta serán las empresas del Cartel que se hubieren beneficiado o que se hubieren debido beneficiar con el hecho ilícito, aclarándose qué empresas tendrán los derechos del acusado.

Es una norma muy justa, pues tratándose de un grupo de socieda- des es factible que los beneficios ilícitos o la expectativa de ellos hayan llegado solo a una o varias de las que lo integran y por tanto solo a estas debe pecuniariamente.

2. Esatdos Unidos. En este país, por la ley de prácticas corrup tas en el extranjero de 1.977, reformatoria de la ley reguladora de las bolsas de 1.934, se establecen sanciones para las sociedades y sus directivos, cuando hicieren promesas o pagos a funcionarios, par

tipos políticos o candidatos para influír los actos o decisiones de los mismos en la órbita de su competencia.

No olvidemos que por el penal Code of New York de 1.892, cuando la ley utiliza el vocablo "personas" lo hace en relación con la persona natural y con la jurídica, previsión reiterada en el Código Federal. Por el influjo anglosajón, la responsabilidad corporativa ha sido una tradición norteamericana.

Prevee sanciones de multas hasta de un millón de dólares para la corporación responsable, aclarando que si la multa se impone a algún funcionario, director o agente del consorcio, "dicha multa no deberá ser pagada directa o indirectamente por dicho consorcio".

Esta última desposición, de sana política criminal tendría un efectivo poder intimidario cuando el ejecutivo de una compañía se viera tentado de violar la ley, con el propósito de obtener ganancias ilícitas para su compañia, y en el supuesto de ser descubierto el desembolso patrimonial de la sanción (diez mil dólares) sería cubierto por la empresa en cuyo beneficio se delinquió.

3. Francia. El Código Francés de Sociedades establece responsabilidad para los fundadores, presidentes, administradores o directores generales de las sociedades que cometieron infracciones relativas a la constitución de sociedades anónimas (art. 432); o infracciones relativas a la dirección y a la administración de las sociedades

anónimas (art. 437); o infracciones relativas a las modificaciones del capital social (art. 449); o infracciones relativas al control de las sociedades anónimas (art.455); y generalmente a todas las violaciones relativas a la marcha legal de las sociedades reguladas con dicho estatuto.

Siempre la pena prevista es de multa, en las diversas cuantías. La Ordenanza número 45/1484 del 30 de junio de 1.945 relativa a la comprobación, perseguibilidad y represión de las infracciones a la legislación económica, establece penalidades de multa para las diversas conductas consagradas,pero aclara que si la infracción ha sido realizada por cuenta de una persona jurídica podría decretar su interdicción, solucionando salomónicamente uno de los más graves problemas que en ocasiones enfrenta la imposición de la pena a las sociedades, pues al decretarse el cierre los dependientes sufren las consecuencias directas de la criminalidad en la que no participaron.

Esta norma es una adicción realizada el 28 de noviembre de 1955 particularmente sabía, pues soluciona uno de los problemas mas arduos que surgen de la punibilidad de las personas jurídicas.

En otra disposición, se soluciona otro gran problema teórico, surgidos de la punibilidad de las directivas de una sociedad, cuando los daños ocasionados superan en muchos la capacidad patrimonial de los gestores, casos en los cuales quedarían burlados el Estado o las víctimas ante la incapacidad ecónomica, pero aquí se dispone que la

sociedad responderá solidariamente del importe de las confiscaciones, multas y costas que hayan ocasionado.

En la ley del 4 de abril de 1947, que completa y modifica las anteriores, se crea otra interesante disposición que constituye acertada solución a los numerosos problemas que surgen de la aplicación de determinadas penas a la corporación; ésta se relaciona con la pena de cierre de la empresa, pero previendo los incalculables daños sociales que este tipo de penalidad puede ocasionar, se dispone que de acuerdo con la respectiva Cámara de Comercio se puede nombrar un gerente provisional, advirtiéndose que los beneficios generados durante este periodo estarán reservados al Estado; esta justa determinación evita que la pena se convierta en premio al así castigado, a quien la administración gratuita de su empresa le produce los mismos o mayores rendimientos.

4. Holanda. La ley de delitos economicos del 22 de Julio de 1950, modificada por la ley del 14 de Diciembre de 1979, determina las reglas para la investigación, persecusión y enjuiciamiento de los delitos economicos.

En el artículo lo. se dice que constituyen delitos ecónomicos la infracción de los preceptos contenidos en una extensa enumeración de leyes relativas a los más diversos aspectos de la actividad ecónomica financiera, de comercio exterior, mineria y sector agropecuario, sobre competencia economica, ecología, transpor-

te, arrendamiento, pesca, cooperativas, laborales, etc.; creando unas de las legislaciones mas vastas en cuanto a delincuencia económica, que se perfecciona prácticamente por la violación de cualquier precepto de las muchas leyes reguladoras de dicha actividad.

Se consagran penas privativas de libertad, penas pecunarias, control al establecimiento condenado hasta por un período de tres años, o su cierre total o parcial, privación total o parcial de determinados derechos, o la obligación de pagar una suma similar a la estimulada con beneficios de la delincuencia.

Esta última sanción es especialmente interesante por su capacidad retributiva y el inmenso poder estimulativo que envuelve. A pesar de su antiguedad, pues aparece desde el Código de Hammurabi, tiene utilización en algunas legislaciones contemporáneas, como en el Código Penal español, en el que se le conoce como el sistema de igualdad.

5. Italia. El real decreto 267 del 16 de Marzo de 1.942, regulador de la quiebra, el concordato preventivo y la liquidación de las sociedades colectivas y encomandita simple (art. 222) y para los administradores, directores, generales, síndicos y liquidadores de una sociedad declarada en quiebra cuando hubiesen realizado los hechos previstos para la fraudulenta (art. 223).

El Código Civil, en el título XI se incluyen las disposiciones relativas a las sociedades y consorcio, instituyendo las res-

ponsabilidad penal con penas de reclusión hasta de cinco años y mul ta hasta de cuatro millones de liras, imponibles a los gestores de las sociedades que incurrieren en las conductas expresantes prohibi das en dichas disposiciones (art. 2621 a 2642).

En el Decreto Ejecutivo 600 del 29 de septiembre de 1.973, se toman disposiciones relativas al impuesto a las rentas, señalando sanciones pecuniarias para "los administradores y componentes de los órganos de control de la sociedad y de los entes sujetos al impuesto sobre la renta de las personas jurídicas que suscriben la declaración sin denunciar la falta de los libros de contabilidad prees critos en el presente decreto, serán sancionados con multas de doscientos mil a dos millones de liras" (art. 51 último inciso); en el artículo 52, para casos de reincidencia prevee la disolución de los órganos administrativos de la sociedad; y en caso de especial grave dad, la prohibición del ejercicio del crédito cuando se tratare de entidades financieras.

Esta legislación es bastante conservadora en cuanto al tratamiento corporativo, pues se limita establecer la responsabilidad de los gestores de la sociedad, sin observar ninguna disposición especialmente novedosa que se hubiere dictado para enfrentar a esta vie ja y peligrosa forma de criminalidad.

6. República Federal Alemana. La ley contra limitaciones de la competencia desleal del cuatro (4) de abril de 1.974, en el parágrafo

consagra contravenciones administrativas culposas y para quienes violen las numerosas de dicho norma. Consagra penas pecuniarias como la del numeral 4o.: "la contravención administrativa puede ser sancionada con multa administrativa hasta de cien mil marcos alemanes, y por encima de este monto hasta el triple de la ganancia obtenida con la comisión de la contravención".

Se resuelve asi un grave problema ya anotado en nuestro trabajo pues, en la criminalidad económica, las ganancias ilícitas pueden superar muchas veces la multa máxima prevista, dejando al delincuente en posibilidad de cancelar y a la vez obtener inmensas ganancias. Al preverse que el monto de la multa puede ser hasta el triple de la ganancia ilícita obtenida, se está utilizando un gran medio intimidativo; el potencial contraventor sabe que en la búsqueda de las ganancias ilícitas, se arriesga, en caso de ser sorprendido, a perder tres veces el monto de lo que ambicionan. Las multas fijas, por cuantiosas que sean, siempre correrán el riesgo de ser insignificantes ante los ilícitos millonarios.

En la ley de simplificación del Derecho Penal Económico de 1.954, modificada por la ley del 3 de junio de 1.975, se contempla una interesante sanción para la persona jurídica, al consagrarse la confiscación de la ganancia excesiva, si esta les ha favorecido.

La ley de sociedades anónimas, vigentes desde enero de 1.966, consagra sanciones penales y multas administrativas para diversas

conductas realizadas por los revisores fiscales (& 403) y los miembros de directorios o del consejo de vigilancia (& 405).

7. Naciones Unidas y Acuerdos Internacionales. El VI Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delicuente, reunido en Nueva York entre el 9 y 13 de julio de 1.979, en la sección 3a. dedicada al tema " El delito y el abuso del poder", presidido por el Profesor TIEDEMANN" recomendó el establecimiento del principio de la responsabilidad criminal de las sociedades. Esto significa que cualquier sociedad o colectivo, privado o estatal, será responsable por razones delictivas o dañinas, sin perjuicio de la responsabilidad individual de sus directivos.

Las formas específicas de dicha responsabilidad serán determinadas en cada país en el contexto de su propio desarrollo socio-económico y objetivos sociales y políticos", como posibles sanciones a tendiendo los intereses dominantes de cada colectividad "las multas penales, el rescate de ganancias ilegales, la derogación de preceptos en el caso de que hayan sido reiteradamente incumplidos, la condena a prisión de los directivos de las sociedades en caso de persistentes, intencionales o negligentes conductas, o de graves perjuicios. Las sanciones se podrán imponer tanto en el caso de daño real como en el caso de tentativas de realizar acciones que hubiesen causado daños. Se surgirió la inhabilitación e incapacitación de las personas, así como de las sociedades, ya operar en los sectores particulares en los que han sido flagrantes violadores. El uso de la pu-

blicidad, teniendo en cuenta los derechos del acusado, a que aún no ha sido declarado culpable, se surgirió también como una poderosa sanción.

VII. FUENTES EN COLOMBIA

A. Anteproyecto del Código Penal Colombiano de 1.978

En nuestro país nunca antes se había intentado legislar sobre la criminalidad corporativa. Es en el Anteproyecto de Código Penal Colombiano de 1.978, en donde aparece por primera vez un intento de esta naturaleza. En ese entonces los redactores del proyecto:

> "En las sociedades comerciales no solo se presentan las formas comunes de delincuencia cuya sanción corresponde al Código Penal Común, sino a otras, de una patología específicamente societaria. De ahí que una legislación penal moderna no debe ignorar determinadas actividades ilícitas, fruto de la complejidad de la vida económica del mundo actual".

Sin salirse de esa mira, es decir, la de producir un proyecto de legislación moderna tocaron el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. a través de dos artículos. Los artículos son los siguientes:

"Artículo 358. Penas accesorias.

"Además de las correspondientes penas principales se impondrán, según el caso alguna o algunas de las siguientes accesorias, de acuerdo con los criterios previstos en el art. 67: lo. Cancelación de nombre, enseñanza, marca, rótulo, dibujo, etiqueta, patente de inversión o modelo industrial, comercial o agropecuario.

2. Suspensión de nombre, enseñanza, marca, rótulo, dibujo, etiqueta, patente de invención o modelo industrial, comercial o agropecuario de seis meses a cuatro años.

3. Prohibición para actuar directamente o por interpuesta persona como vendedor o prveedor de entidades públicas o de empresas en que tenga parte el Estado, de uno a diez años.

4. Suspensión del Derecho a obtener licencia de importación o exportación de seis meses a cuatro años.

5. Prohibición para ejercer el comercio de seis meses a cinco años.

6. Intervención oficial del establecimiento o empresa de seis meses a

"dos años.

7. Cierre del establecimiento o empresa de uno a seis meses; y

8. En caso de excepcional gravedad, la disolución y liquidación de la sociedad comercial por medio de la respectiva superintendencia, o en defecto de ésta por la correspondiente Cámara de Comercio".

Por su naturaleza, este artículo describe penas dirigidas básicamente a ser aplicadas a entes jurídicos. Inmediatamente vamos a transcribir el artículo 360 del mismo anteproyecto, el cual hace referencia a que si el hecho delictivo se comete en nombre o en beneficio de una corporación esas penas se aplicarán a la persona jurídica:

"Artículo 360. Penas aplicables a las personas jurídicas: Cuando un representante, directivo, o administrador, o dependiente de una persona jurídica de derecho privado, cometa algunos de los delitos previstos en éste título y en los capítulos 2. y 3. del Título V, con los medios para tal objeto que la misma entidad 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 cada delito y a la indemnización a que hubiere lugar, sin perjuicio de la pena que corresponsa al autor o partícipe de éste".

No pocos críticos y comentaristas de éste anteproyecto han hecho notar los evidentes antitecnicismos sobre ésta materia. Pero no le niegan sus buenas intenciones. Al leer las disposiciones de la parte general se observa que solo a la persona humana se le considera como sujeto activo del Derecho Penal. Prueba el antitecnicismo el artículo 5. cuando dice :

"Art. 5o. La ley penal se aplicará sin tener en cuenta consideraciones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, orígen nacional, estirpe, posición económica, nacimiento o cualquier condición so

cial".

Compartimos el criterio de quienes han planteado que si ese anteproyecto se hubiera convertido en el Código Penal, se habrían desprendido una cantidad de problemas de interpretación. Específicamente por la "Incoherencia en la técnica". Es lógico que si en la parte general no hay norma que consagre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, debe concluírse que dicha responsabilidad solo recae sobre la persona humana, habida consideración de la diafanidad expuesta por el artículo 5. del mismo anteproyecto. Consideramos que es en la parte general del estatuto punitivo en donde debe aparecer la descripción de las conductas de las personas responsables de ilícitos penales. En la parte especial figuran las penas o la pena que se impone a cada delito en particular a la vez que la duración de la misma. Las principales y accesorias se insetan en la parte general.

Otras de las deficiencias que acusó el anteproyecto del 78 en lo concerniente a la criminalidad corporativa es la referente a las pocas modalidades de los delitos susceptibles de ser cometidos por personas jurídicas. Unicamente hicieron énfasis en la delincuencia ecológica y fiscal. Pues está demostrado que las personas jurídicas tienen un campo extenso de potencia delictual como es el de la persona humana.

B. Proyecto del Nuevo Código Penal Colombiano de 1.979

Examinándo las actas del Nuevo Código Penal Colombiano, encontramos otra vez la discusión que los miembros de la Comisión Redactora llevaron a cabo en 1.979. Es en el capítulo "De la Punibilidad" en donde se suscita el debate en torno hacia las personas jurídicas pueden o no cometer delitos y por consiguiente padecer sanciones penales.

El comisionado, Doctor Arturo Rosas Benavides, enuncia el tema de la siguiente manera:

> "A mi juicio, será de gran utilidad práctica relievar como todas las penas tienen la misma función, sin distinción de categoría. De otra parte, tituló el articulado "clases de penas aplicables a personas naturales" por que en artículo posterior me refiero a "clases de penas aplicables a personas jurídicas", las cuales están tratadas en proyecto final en los artículos 358 y 360 del capítulo 5o. título VII del libro II, dedicado a la parte especial. Me parece mas técnico tratarlo en la parte general y precisamente en este capítulo de éste título".

El Doctor Luis Carlos Giraldo Marín, sobre el tema en cuestión desarrolla la siguiente nota:

> "Quiero hacer unas observaciones generales al primer artículo propues to por el Doctor ROSA BENAVIDES. Cuan do se habla de persona en general, se entiende la expresión referida a las naturales y a las jurídicas. En el articulado propuesto por el honora ble comisionado se hace expresamen te la distinción, porque se refiere a las clases de penas aplicables a las personas naturales y deja otro artículo para las personas jurídi- cas. La sepración me parece acer- tada, técnicamente y mejora las sis temática del Código. Está bien tras ladar de la parte especial las san- ciones aplicables a las personas ju rídicas y que se detallan en los o- cho numerales del artículo 358 del proyecto de 1.978... En fin, dejo estas observaciones con la mani- festación, en síntesis, que deben mantenerse los artículos 47 y 48

"del proyecto final con excepción del numeral 10., puesto que las penas aplicables a las personas jurídicas que delinquen, de que trata el artículo 358 que la parte especial del proyecto de 1.978, deben consagrarse en un artículo de la parte general".

Tercia en la discusión el Doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola, sentando las primeras líneas de tipo doctrinal en torno a tan agudo tema. S renglón seguido señala:

"Señor Presidente, he escuchado con mucha atención la exposición hecha por el Doctor Rosas Benavides. Me parece importante que él haya intentado presentar algunas modificaciones sustanciales al régimen punitivo previsto en el proyecto primitivo y en el final. El problema de si las sociedades pueden delinquir, ha constituído debates a través de toda la historia del Derecho Penal, y que yo sepa, nin-

"gún Código Penal o mejor la mayoría de los Códigos Penales con excepción de muy pocos como el actualmente vegente en Puerto Rico contemplan esa posibilidad. Esto es, de que las personas morales sean punibles, mayormente si se tiene en cuenta el concepto de impunibilidad el cual está ligado a la categoría de la pena. Si se es imputable cuando se quiere el hecho y se prevee sus consecuencias o cuando se está en capacidad de entender la acción ilícita, resultaría muy dificil a una persona jurídica establecérsele los términos de imputabilidad propiamente dicha, en sus términos técnicos y cientificos. Quizás pueda decirse que es físicamente imputable, pero no sicológicamente. Me parece un riesgo adoptar un criterio definido con relación a que las personas jurídicas también son punibles. Des-

"de luego, estoy de acuerdo con el Doctor Rosas Benavides en que el proyecto final admita cierto grado de punibilidad para las sociedades pero es por la imputación física que le es atribuíble".

En nuestra opinión, es el Doctor Federico Estrada Vélez, quien entra a presentar criterios mas profundos de discusión sin que ello signifique que de esta manera se agota el nivel teórico doctrinario del debate. Sobre el particular anota el destacado jurista lo siguiente:

"Debo referirme forzosamente a la muy interesante exposición del Doctor ROSAS BENAVIDES, por que plantea temas de muchas tras cendencias, muy audaces en el mo mento actual, que merecen de todas maneras ser discutidos asi nos apartemos de su modo de pensar. En primer lugar, comparto la opinión del Doctor GUTIERREZ ANZO LA, entre el problema de la sanción para las personas jurídicas. En un tema descutido permanentemente, sin

"que el Derécho positivo haya logrado concretar una fórmula que elimine los problemas que se presentan en la aplicación práctica. Me parece adecuado dejar a la Doctrina su elaboración, porque en el momento actual consagrar una fórmula originaría muchos problemas los cuales, en muchos casos, resultarían insolubles porque contrarían los presupuestos doctrinarios y filosóficos establecidos por esta comisión en la parte general de nuevo Código Penal para sancionar a las personas culpables, Hay unos principios universales que no han podido ser eliminados a pesar del avance de la doctrina, como por ejemplo el de que "nulla pena sine crimen". Si adoptamos el criterio de sancionar a las personas jurídicas,estamos tomando posición en el sentido de que estas si pueden delinquir como tales, independientemnte de las personas naturales que rigen su administración.

" El otro principio universal "no hay pena sin culpabilidad", es un principio radical también establecido en nuestro Código. La propuesta nos llevaría a presuponer capaces de culpabilidad a las personas morales y tendríamos, entonces, necesidad de reestructurar el sistema adoptado para establecer que estas pueden ser capaces de culpabilidad y que pueden ser imputables. Ahora bien, en el orden práctico pueden presentarse problemas de muy difícil solución. Por ejemplo, Qué pasaría si de tres, cuatro o cinco miembros de la Junta Directiva de una empresa, dos o tres son inimputables en el momento de cometer el delito; y uno o dos imputables. Cómo se resuelve esa situación frente a la responsabilidad penal de cada una de esas personas naturales, si no frente a la responsabilidad penal de la persona moral. Otro caso: Qué ocurre a un gerente o administrador, induce en error a los demás gestores de la sociedad; entonces, uno actúa perfectamente con culpabilidad y otros proceden de

"buena fe y están excentos de culpabilidad porque fueron inducidos por ese error. En este caso resultaría muy complejo apreciar si se debe o no aplicar una pena a la sociedad o persona moral. Por eso no me parece oportuna tomar una decisión al respecto, por que implicsría necesariamente, hacer un debate profundo sobre sus repercusiones doctrinarias y prácticas... En resúmen, no estoy de acuerdo con incluír a las personas morales en el nuevo Código Penal. Con argumento mas, el sistema de castigo de las sociedades a través del Derecho Penal Administrativo es mas eficaz. Tomemos como ejemplo el Decreto 444 donde se establece sanciones de carácter económico y también restrictivas de la libertad.

Las entidades administrativas encargadas de aplicar esas sanciones, son mas ágiles y a la vez, están sometidas al control de la ju-

"jurisdicción Contencioso Administrativo, lo cual constituye una garantía para las personas naturales y jurídicas..."

Lo anterior constituye la escencia de las exposiciones de los Juristas miembros de la Comisión Redactora del Nuevo Código Penal. A nuestro juicio no hubo debate sobre la materia. Prácticamente eludieron ese debate, cuando su deber era afrontarlo. La propuesta de asignarle responsabilidad penal a las personas jurídicas, halló un débil eco en la enunciación que de ella hizo el Doctor Luis Carlos Giraldo Marín y el Doctor Rosas Benavides. La posición del Doctor Federico Estrada Vélez marcó pautas para descargarse la comisión del trabajo de profundizar sobre el particular. Gran parte de los argumentos del Doctor F. Estrada Vélez no salieron del enfoque que tradicionalmente se ha tenido de las personas jurídicas frente a la ley penal.

El destacado penalista, Doctor Luis Carlos Mrín, al final también contribuyó a darle el mate a su propuesta cuando declaró que de adptarse el texto propuesto sobre personas jurídicas en el proyecto del 78, exigiría la modificación sustancial de toda la parte general del proyecto que hemos adoptado, pues se ha diseñado sobre la base de la responsabilidad penal intransferible.

La franja positiva que observamos en este asunto, es el hecho

de que por primera vez en nuestro país se introdujo en el temario de la discusión de una comisión redactora del Código Penal, la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Este es un primer paso en el proceso que se ha gestado con miras a introducir la criminalidad corporativa en el Código Penal Colombiano.

B. Doctrinantes Colombianos

1. HUMBERTO FERNANDEZ VEGA. En su libro "DERECHO PENAL ADUANERO", el ilustre ex-Magistrado del Tribunal Superior de Aduanas y Miembro activo de la SCCI, manifiesta su inclinación por la necesidad de penalizar en la esfera de contrabando a las empresas que incurren en la comisión de ese delito. El Jurista esboza lo siguiente:

> "En nuestro medio, en cuanto al delito de contrabando se refiere, debe anotarse que empresas poderosas se dedican a la importación de bienes, siendo no pocos los casos en los que, en el curso de la nacionalización de mercancías, se burlan las normas que disciplinan ese proceso, especialmente con el ánimo de evadir los derechos aduaneros, conductas éstas perpetradas en la mayoría de los casos a base de documentos

"falsos, lo que hace necesario establecer sistemas para que en determinados eventos, las empre sas pudieran ser afectadas, median te medidas adecuadas que garanticen su responsabilidad dentro del tráfi co internacional, así como reglamen tar adecuadamente la profesión de agentes de aduana, para evitar que se conviertan, como en muchos casos ocurre, en verdugos de las personas morales que los contratan o en cómplices de entidades inescrupulosas que se burlan de las reglamentacio nes del Estado, seguras de su impunidad".

El Doctor HUMBERTO FERNANDEZ VEGA, en su afán de tocar el tema de la Responsabilidad Penal de las personas jurídicas, en el Capítulo I de su libro, al analizar el delito del contrabando, y especialmente al estudiar la acción delictual, cita a autores de reconocido prestigio que también han mostrado motivaciones sobre lo tocante, tales como LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, SAMUEL BARRIENTOS RESTREPO, en el plano nacional; y en el plano internacional, a los dos teóricos contrapuestos en el asunto: SAVIGNY y MESTRE.

2. LUIS HENRIQUE ROMERO SOTO. Este otro notable penalista nacional ha condensado sus preocupaciones por el castigo a las conductas lesivas de bienes jurídicos llevados a cabo por entes morales. Para demostrar que la posiblidad de instituir en el país la condena a las personas jurídicas que incurran en delitos, relaciona la penalidad francesa sobre el asunto. Observese lo siguiente:

> "Tal es lo que ocurre en Francia, en donde la jurisprudencia ha reconocido que las sociedades pueden ser objeto de multas con carácter de pena o bien de ciertas medidas qué tienen igual carácter como la publicidad de la sentencia, el cierre de los locales, la confiscación especial".

Vale recordar de nuevo lo que anotamos en el capítulo anterior respecto del movimiento jurisprudencial favorable, desarrollado en Francia, el cual es favorable a la penalización de las personas jurídicas y que en la misma obra del Doctor Luis Henrique Romero Soto, (DERECHO PENAL, Parte General, Vol. I, pag. 247, Editorial Temis, 1.969), relaciona para darle piso a sus afirmaciones.

3. EDGARD SAAVEDRA. Entre los doctrinantes colombianos sobre el tema de la Responsabilidad Penal de las personas jurídicas, Edgard

Saavedra ocupa un destacado lugar. Sus aportes teóricos han contribuído a enriquecer el debate doctrinario que se perfila hacia el cultivo de un ambiente favorable para la implantación en nuestro país, del castigo a las personas jurídicas que lesionen la seguridad de los bienes del hombre y de la sociedad. A continuación transcribimos los elementos centrales de su sustentación:

> "La sociedad contemporánea contempla temesora el creciente poderío de las grandes corporaciones nacionales y transnacionales que en el ejercicio de las diversas actividades económicas realizan conductas lesivas de los intereses del Estado, de la colectividad y del individuo, sin que se vislumbre la existencia de una estructura jurídica, o poder estatal suficiente para someterlas al imperio de la ley.
>
> El sentimiento de impotencia que parecen imponernos estos mostruos de capital y tecnología es justificado, pues su inmenso y practicamente ilimitado poder económico les abre las puertas del poder social y del aún mas importante poder político; y

"como consecuencia necesaria cuentan a su disposición con la inteligencia y tecnología necesarias para eludir la acción o las previsiones de la ley. El ejecutivo de una corporación, pretende hacer "carrera" en la compañía a la cual se alquila y su "éxito", como sucede en general en la sociedad occidental, depende proporcionalmente del dinero y las utilidades de cualquier manera obtenidas, que le garantizan una ascendente carrera como ejecutivo de una gran sociedad. Sobre la base de esta perspectiva el ejecutivo regularmente puede llegar a tener dos comportamientos, por un lado el de respetuoso ciudadano de las leyes, y de otro, el de producir utilidades a su compañia, sin importarle que en el ejercicio de tal actividad ocasione perjuicios a terceras personas, violando o desconociendo la ley. SUTHERLAND, en su obra,

"relata que en la Convención de Presidentes de las compañías Ferrocarrileras Americanas, A. B. Stickney, directivo de una de ellas, dirigiéndose a sus co legas afirmó que tenía el mejor concepto de todos ellos como per sonas individuales, pero que co- mo representantes de las diver- sas compañías no les confiarían ni su reloj (1). En su actividad el ejecutivo llega a pensar-al- no actuar en nombre propio, sino en representación de la corpora ción que todas sus conductas es tán justificadas, o que el pode río de su empresa es suficiente para acallar cualquier protesta generada en los abusos.

Es incuestionable que la corpora ción posee mayor capacidad del daño que la persona humana indi- vidualmente considerada. El mundo acelera su marcha hacia el futuro sobre el logro de las grandes cor poraciones, que en todos los orde

"nes, determinan nuestro consumo; el presente y el porvenir de la humanidad, sin que se nos pueda garantizar que el futuro podamos mirarlo con optimismo. Algunas grandes corporaciones degradan el medio ambiente, con riesgo inminente de convertir el universo en un medio inhóspito para la vida del hombre; se producen sustancias químicas con mil finalidades, ocasionando daños directos e indirectos sobre la humanidad y en muchos casos sobre las generaciones por venir; construyen y expenden al mejor postor terribles máquinas de destrucción colectiva, manipulan los grandes mercados financieros llegando a ocasionar verdaderas tragedias nacionales, e incluso universales en la búsqueda ilimitada de utilidades; manipulan los gobiernos de países chicos y grandes haciendo abs

"tracción de cualquier ideología, pues éstas pierden importancia ante el afán del lucro; ejercen sus tiránicos monopolios sobre los alimentos que escasean universalmente, sobre los medios de transporte, de salud y de vivienda; se desconocen los derechos humanos por la manipulación de los medios masivos de comunicación, incitando al consumo subliminal de lo accesorio e innecesario; manejan la vida del hombre, en esclavizada ficha de ajedrez, obediente a designios financieros que escapan a su comprensión y control. El panorama alucinante del hombre contemporáneo en relación con las corporaciones que rigen su destino me obliga a sostener, una vez mas, que el Derecho Penal y sus teorías solo tienen validez en cuanto son un instrumento eficaz para resolver la problemática que se enfrenta, sin que la tesis

" de la perfección de la teoría
pueda convertirse en un mito
que entrabe el desarrollo armóni
co del hombre.
Esto sucede cuando los teorizantes
del derecho plantean una concep-
ción del delito adecuable al hom
bre como tal, y luego, equivoca-
damente, tratan de predicarlo so
bre una hipotética responsabili
dad penal de las personas jurí-
dicas.
Sí SUTHERLAND con su extraordina
ria investigación logró demostrar
que la criminalidad no es una pa
tología inherente a la miseria,
de la misma manera podría demos
trarse que la criminalidad de
las corporaciones referidas a
los daños y perjuicios ocasiona
dos, es mucho mas grave que la
realizada por las personas natu
rales.
Esta realidad dramática debería
llevar a los cultores del Dere-
cho a reflexionar preferentemente

"sobre tan compleja temática
en busca de una nueva teoría
del delito para la persona ju
rídica, que pudiera convertirse
en medio eficaz de una política
criminal íntegramente elaborada
para el hombre, como realidad
existencial que tienen el de
recho un medio normativo ex-
clusivamente a sus servicios".

En su libro, "CORPORACION, CRIMINALIDAD Y LEY PENAL", el Doctor EDGAR CASTRO SAAVEDRA, hace una formulación de la conveniencia de castigar los comportamientos ilícitos de algunas corporaciones, y a la vez traza una línea de crítica a la teoría tradicional del delito que solamente concibe al hombre como el único ser capaz de delinquir Después de presentar la opinión, contraria a la tesis, de los eminentes tratadistas, MAURACH, ZAFFARONI, MAGGIORE, establece la siguiente crítica:

"La enumeración de los conceptos
similares de eximios tratadistas
podría ser interminable, pero en
todos encontraremos una perfecta
identidad en la fundamentación
de los argumentos; sin excepción

"radican la imposibilidad de responsabilidad penal en la imposibilidad de acción o de conducta, imposibilidad de culpabilidad, y algunos de ma nera excepcional en la imposi bilidad de penas; pero si se observa con cuidado, todos e- llos parten de los mismos su- puestos, para llegar a las mismas conclusiones. El de- lito supone la existencia de la libertad, inteligencia y voluntad, y solo sobre la con jugación de tales factores puede predicarse la Responsa bilidad Penal. Tales argumen taciones y conclusiones son lógicas cuando se pretende en casillar la criminalidad cor porativa dentro de una teoría delictual elaborada durante centurias para un ser libre e inteligente.

Lograr la adecuación de la teo- ría del delito formulada para

DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECA
Universidad de Cali

"el hombre ante un ente diferente como es la corporación, es tarea tan imposible como pretender hacer volar un avión jet con el motor de un automóvil.

Es imprescindible realizar un estudio de la realidad jurídica, fenomenológica, económica, tecnológica y de la capacidad de daño de la persona jurídica, para formular una teorización delictiva forjada para ese fenómeno específico. Es la única forma de presentar una solución jurídica coherente que satisfaga las necesidades actuales del individuo, la sociedad y el estado amenazado por el peligroso accionar de las grandes compañías".

VIII. JUSTIFICACION DE LA TESIS

A. Ambiente Sociológico

El desarrollo de la sociedad trae consigo el surgimiento de avances en lo científico, tecnológico y artístico. El mundo contemporáneo presencia el espectáculo de sorprendentes conquistas de la civilización. Pero al lado de esos logros ha devenido por igual, la aparición de fenómenos nocivos y atentarios contra la existencia de la misma sociedad.

Modelos de desarrollo económico fundados en la libertad de empresas y de iniciativa privada, en su fase de alta concentración monopólica y expansión desaforada se han afianzado por virtud de unas condiciones de libertad ilímite (propiciadas por los dirigentes de estas sociedades), para hacer y deshacer, pasando por encima de principios, reglamentos y prohibiciones consagradas en las leyes y normas constitucionales.

Es más: No hay país del mundo contemporáneo que esté honestamente autorizado para predicar que su sistema de producción económica, de manera directa o indirecta no ha padecido o hecho padecer perjuicios a la sociedad por la manera desplanificada e irracional como se acometen la obtención de los bienes materiales de existencia.

Unos países sobresalen más que los otros. No pocos, pero asom-

brosa y ofensivamente poderosos, son exponentes de una loca carrera económica, basada en la sed insaciable de riquezas.

Ejemplo palpitante lo encontramos en la formación de las grandes corporaciones económicas nacionales y transnacionales, cuyo origen y sostenimiento se cimenta en los densos aportes de bienes de capital, procedentes de los centros financieros- organizadas para la "creación de riquezas", y para el ejercicio de múltiples actividades propias de sus cuestionados fines.

Las corporaciones han llegado a edificar un poderío de insospechadas proporciones que les garantiza control social y potestades políticas. Tanto pueden, que en la realización de sus actividades ejecutan conductas de verdadero designio antisocial que lesionan o ponen en peligro intereses del Estado, de la sociedad y del individuo. Campean incontrolables haciendo galas de sus onnímodos poderes y seguras de que nadie las detiene en su marcha.

Lo peor del caso estriba en que estos mostruos de capital han logrado engendrar en la sociedad y en los individuos, "sentimientos de impotencia", pues, saben=perfectamente que como son personas morales, se hace imposible clasificarlas entre las personas susceptibles de cometer delitos, ya que el sistema jurídico de punición vigente, sostiene que solo el hombre es el único ente capaz de delinquir.

Recordemos en este punto algunos ejemplos que nos ha servido en el trayecto de nuestra posición, de ilustraciones comprobatorias de la capacidad delincuencial de las personas jurídicas: Corporaciones que degradan el medio ambiente a través del empleo de sustancias químicas; que producen otros químicos con finalidades diversas, ocasionando daños directos e indirectos sobre la humanidad y sobre las generaciones, por venir. La producción y venta de máquina de destrucción colectiva; la manipulación de los grandes mercados financieros, llegando a producir verdaderas tragedias nacionales; los bloqueos económicos; la ingerencia velada o directa en la organización de los estados y en la desestabilización de los mismos, como ocurrió en Chile, en Granada y en otros tantos; la búsqueda ilimitada de ganancias; la suba de capitales; el robo a ahorradores; la manipulación de los gobiernos de los países chicos y grandes, el monopolio sobre los alimentos que escasean universalmente sobre los medios de transporte, de salud, vivienda; desconocimiento de los derechos humanos por la manipulación de los medios de comunicación masiva y por la incitación al consumo subliminal de lo accesorio en innecesario y el contrabando llevado a cabo por corporaciones de transporte.

La anterior relción es muestra evidente de que en el seno de la sociedad existe un caldo de cultivo y unas circunstancias predisponentes a la comisión de hechos punibles por parte de entes morales con capacidad de agresión muy superior a la del hombre.

DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECA

B. Fundamentos de Política Criminal

A la luz de un examen basado en principios y métodos de política criminal, observamos que en el mundo y en la sociedad colombiano de hoy existen y repercuten hechos protagonizados por entes morales los cuales hechos, están ocasionando gravísimos perjuicios a la seguridad de dicha colectividad nacional.

Es tarea de la política criminal asumida como ciencia que auxilia al Derecho Penal, poner en práctica su objeto que no es otro que el de la prevención y represión del delito. Como escuela o corriente, la política criminal no debe quedarse únicamente en indicar qué hechos merecen ser elevados a la categoría del delito criminalización Es urgente que mediante ella, el Estado diseñe la forma de prevenirlos y reprimirlos. La descriminalización, otra función de política criminal, se aplica a aquellas conductas que perdieron relevancia jurídica.

El Estado colombiano está en mora de adoptar una decisión tendiente a enfrentar estas nuevas formas de delincuencia. A él le corresponde organizar una estructura jurídica o poder estatal para someter a este tipo de conductas dañinas al control de la ley.

En términos mas generales, la obligación del Estado, de castigar el crimen nace del derecho que tiene la sociedad a recibir protección y seguridad.

No huelga remarcar que éste es un deber universal que cobija a todos los Estados de las llamadas sociedades occidentales, lugares donde mas se materializa la situación que vivimos. En materia de intentos y realizaciones, ya existen precedentes establecidos por países el optar por el castigo penal a las personas jurídicas responsables de actos antisociales. En foros internacionales, entre ellos el de las Naciones Unidas, se han lanzado pautas encaminadas a considerar la represión penal del crímen societario.

C. Fundamentos Jurídicos

Para que las personas jurídicas respondan penalmente de trans gresiones a la ley penal, es menester que se le otorgue capacidad de ser, en determinadas circunstancias, sujetos activos de delitos.

Ello implica generar toda una revolución teórica en torno de la concepción tradicional del delito, adecuada de manera absoluta al hombre.

Los nuevos apremios y las nuevas formas de inseguridad en que se debate el hombre contemporáneo, exigen de una reflexión que concite a elaborar replanteamientos, tomando como centro de interés el control jurídico de tales brotes de inseguridad.

El cartabón absolutista de que solo el hombre por ser un ser libre, inteligente y "dotado de un alma propia e indivisible", es

capaz de actuar con propósitos delictivos, choca contra la moderna teoría de la relatividad, poderoso instrumento de estudio y análisis, aplicable a los fenómenos del mundo natural, de la sociedad y del pensamiento.

El Derecho en su aspecto científico no puede seguir cobijando esta teoría del delito exclusiva para el hombre, como eternamente vá lida. De ser así se detendría la evolución de la ciencia penal. El estudio sobre el delito tampoco puede deternerse, ni enfrascarse en preconceptos con sabor a dogmas innamovibles. Inclinarse por éste prisma es negar la dinámica dialéctica de los procesos y negarle el carácter de ciencia al Derecho Penal, exponiéndolo a que marche por la senda de los mitos y de espaldas a la realidad en permanente con tradición y desarrollo.

Por tal razón, al teorizar sobre el delito sostenemos: Son las personas naturales las que de modo general cometen delitos. Pero : Por vía de excepción las personas morales también pueden delinquir o sea, que excepcionalmente pueden encarnar acciones delincuentes con repercusiones ante la ley penal. He ahí las luces que nos da la concepción relativista a cerca de los fenómenos.

Conlleva este análisis a compartir de plano la célebre teoría de la voluntad real, que sustenta, que las personas jurídicas públicas o privadas no son ficciones, sino realidad. El pensador GIERKE nos ayuda junto con EDGARD SAAVEDRA, a señalar que las personas jurí

dicas realizan conductas mediante órganos dispuestos a su estructura y por esto se hace posible conseguir la sanción de la corporación. Lo que no libera de responsabilidad penal a los gestores y directores individualmente considerados.

No se crea que queremos enriquecer la teoría con argumentos y juegos de lógica formal. Decir que la regla general contiene excepciones, es entender que las corporaciones, delincuentes de excepción pueden ser protagonistas de una delincuencia suigenéris, con predisposición natural o ambiental como la del hombre a la comisión de hechos punibles.

Quienes le nieguen a la persona jurídica capacidades delincuenciables aparte de los intereses creados que suelen mezclar en la adopción de orientaciones criminológicas, eluden enfrentar una protuberante realidad.

Las corporaciones hoy han dado demostraciones de ser unos entes portadores de inteligencia y tecnologías necesarias y suficientes para concebir ideas criminosas y trasladarlas a la realidad, consumando perturbaciones del órden público económico y del órden público social.

La intención dolosa, precondición del crímen, se manifiesta en la alta y descarada preparación para ofender y defenderse, como tambien en la inteligencia para sofisticar el daño, eludir y burlar la

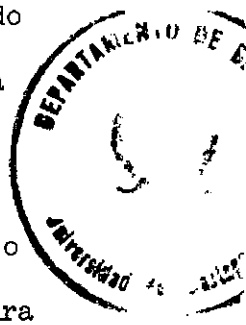
acción a las previsiones de la ley.

De este planteo se infiere que las corporaciones están muy le jos de ser organismos angelicales, incapaces de desarrollar acciones sico-físicas con designios criminosos. Es inaceptable arguir que por ser entes irracionales, no tienen la capacidad de comprender la ilicitud de sus hechos o autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión. Este concepto de inimputabilidad aplicable a los humanos incapaces es inaceptable sugerirlo para las corporaciones (compañías) en el supuesto de que se las quiera equiparar a semejante rango de sujetos ante el Derecho. Por el contrario las corporaciones a través de sus procedimientos injurídicos han dado pruebas con cluyentes de su alta peligrosidad y culpabilidad combinadas.

Precisamente, dentro de la gama de atribuciones que les conce de la ley, están las capacidades para gozar, de ejercer derechos,de contraer obligaciones. Luego si tiene la capacidad de goce, por qué razón no pueden sufrir aflicciones punitivas y no meramente respon sabilidad de tipo civil,administrativa o comercial? Este cuentiona rio debe responderlo el Estado a través de la Rama Legislativa del Poder Público. Y algo más, Por qué razón sí pueden ser sujetos pasi vos de delitos? Nosotros consideramos,que si el Estado, la sociedad y el individuo con sujetos pasivos del acto criminal,lo son no por que sean ficciones elaboradas por la ley. Lo son porque encarnan realidad objetivas. La creación de la persona jurídica,Estado,Nación, se justifica por la necesidad de organizar jurídicamente a

la sociedad y darle sus personerías para que actúen en su representación. No como meras ficciones, sino como organismos reales dotados de voluntad.

Razonando en ésta línea,nos atrevemos a proponer que el Estado también por vía de la excepción también puede ser sujeto activo de delitos. Para resolver lo que aparentemente sería un embrollo,nada más práctico que formular la tesis del auto-castigo del Estado en el campo penal. Sería una solución que colocaría a la política criminal en un elevadísimo estadio de desarrollo y facilitaría la existencia de una democracia política y jurídica profundamente desarrollada. Imaginémonos un Estado,dando ejemplo de corrección penal,comenzando por castigar sus propios dessfueros (ilícitos) y haciendo que la aplicación de la ley comience por casa.



Encuanto al tipo de pena aplicable a las personas jurídicas,somos del criterio que hay de especializarlas y adaptarlas a la naturaleza del sujeto a castigar. Imposible aplicarle pena de prisión y arresto a un ente moral. Pero si es perfectamente posible que se le impongan penas pecunarias como multas,estableciendo una graduación o jerarquización que se desprenda de la clase de delitos. Igualmente se les puede detener a modo de expropiación sin indemnización las ganancias obtenidas en el ejercicio ilícito de su actividad económica. Otras sería el cierre temporal,el cierre definitivo,suspensión temporal y definitiva de la personeria jurídica y la expulsión del país si se trata de compañías extranjeras. Para llegar al cierre difiniti vo es menester hacer un estudio previo de las consecuencias económi

cas y sociales que tales medidas producirían en los empleados. Com partimos esta preocupación de algunos tratadistas que se ha referido al respecto. Aunque carecería de validez en la hipótesis de que la explotación con la constitución, las leyes y las buenas costumbres.

Existen otras modalidades de pena que sería conveniente sugerir, acoger y analizar. Por lo pronto a modo de enunciación inicial hemos señalado las ya citadas.

Ahora nos disponemos a cerrar nuestros planteamientos sustenta torios a tesis, recordando lo que hoy prevalece sobre el objeto y fin de la pena. El fin de la pena no se concreta a lo dicho por los clásicos, es decir, el de castigar. Acorde con la nueva concepción, la pena lleva el fin de prever la comisión de actos delictivos. Es decir, expresarle al delincuente potencial, "Si haces esto, te harás acreedor de esto". Un fin retributivo, o sea, que como el delincuente falta a la observancia de la ley penal, entonces se le atribuye una pena a modo resarcimiento del daño que le causa a la sociedad. Un fin resocializador, pues se busca que el delincuente asuma la pena como escarmiento y se le brinde la oportunidad para que vuelva por los causes del comportamiento ajustado a la ley y a los intereses supremos de la sociedad para que en vez de recibir reproche moral, recibe la aprobación y el beneplácito.

Lo anterior no solo se predica para las personas naturales, en

vuelven también a las personas jurídicas por ser ambas formas de personas sujetos de derechos.

IX. CONCLUSIONES

PRIMERA.En nuestro ordenamiento jurídico no existe norma objetiva que contemple la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Solo existe la responsabilidad emanada de las obligaciones civiles, laborales, comerciales, administrativas y las penales (provenientes del delito cometido por el hombre). Del delito se desprenden dos tipos de responsabilidades: la penal y la civil, que busca la indemnización por los daños materiales y morales-pretiun doloris.

SEGUNDA.El tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas data desde tiempos inmemoriables. Muchos son los países que ya están siguiendo el ejemplo de los que han consagrado en su sistema punitivo la responsabilidad susodicha. En nuestro país existen las condiciones materiales para erigir a la categoría de delitos las conductas de entes morales, por su comprobado poder de daño a la sociedad.

TERCERA. La delincuencia corporativa no es un fenómeno exclusivo de Colombia. Frecuentemente observamos que en el desenvolvimiento de las relaciones económicas,las poderosas transnacionales, violan la normatividad de los países denominados satélites o de economía dependiente de los centros financieros de las metrópolis capitalistas.

CUARTA.Los actuales medios represores con que cuenta el Estado para enfrentar el desafío de las corporaciones en materia criminal

es sobre manera deficiente cuando no carentes de poder intimadorio. La previsión administrativa no es la solución legal ideal para enfrentar la poderosa criminalidad de las personas jurídicas. Un ejemplo lo tenemos en la previsión y represión de la falta administrativa relacionada con el medio ambiente y los recursos naturales. La multiplicidad de disposiciones inconexas existentes funcionan como ruedas sueltas y en manos de una burocracia en la mayoría de las veces incapaz y venal.

QUINTA.La criminalidad de las corporaciones no solo se circunscriben a la delincuencia ecológica y fiscal. El ámbito del influencial de estos entes pueden ser tan vastos como el del hombre.

SEXTA.La circunstancias en que se desarrolla la vida del hombre contemporáneo han organizado las bases para ampliar, con criterio de sociología criminal el concepto de inseguridad. Tradicionalmente se consideró que la inseguridad como antivalor social e individual tenía su fuente en la criminalidad de los miserables. Hoy asistimos a otras formas de "criminalidad dorada", de "cuello blanco", generadoras de inseguridad que en ocasiones producen mayores perjuicios que la denominada criminalidad convencional. En este órden de criminalidad dorada situamos a las de las corporaciones.

SEPTIMA. Para corporaciones que puedan responder de delitos ante la ley penal, es menester que el legislador las dote de esa capacidad. Darle capacidad delictiva a las corporaciones, implica producir una transformación sustancial de la actual teoría del delito -

elaborado con relación al hombre. Habría que reformar el actual Código Penal Colombiano en su parte general. A la noción de autor hay que extenderla de tal manera que cobije a las corporaciones. Lo mismo toca hacer con la noción de coparticipación.

OCTAVA. Una novísima teoría del delito al referirse a la criminalidad corporativa lo haría en términos de una criminalidad suigeneris, atendiendo al presupuesto básico del delito que es la acción. Y como las corporaciones tienen capacidad de acción por vía de excepción a la regla general de que solo el hombre puede delinquir, la corporación sería un ente delictivo.

NOVENA. Las corporaciones son entes reales, dotadas de voluntad expresadas a través de sus órganos, tienen inteligencia para violar la ley y evadirla. A nivel téorico, nada imposibilita la teoría pura del Dereco Penal para generar una revolución ontológica en torno de estos seres, delincuentes excepcionales.

DECIMA. La penalidad a estos entes normales tiene que ser compatible con su naturaleza y con la naturaleza de la infracción (hecho punible). Las penas cumplirían igualmente con los fines de una suigeneris retribución, prevención y de resocialización del ente moral que se coloque por fuera de la ley en su ejercicio social, al explotar el objeto económico, razón de su existencia.

DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS
Universidad de Concepción

TABLA DE CONTENIDO

	Pag.
I. INTRODUCCION	1
II. GENERALIDADES	5
A. De la Responsabilidad	5
B. De la Responsabilidad Civil	8
C. De la Responsabilidad Administrativa	8
D. De la Responsabilidad en lo Penal	8
E. Concepto del Delito	9
F. Elementos del Delito	14
G. Presupuesto del Delito	21
H. Condiciones Objetivas de Punibilidad	25
I. Análisis o Síntesis	28
III. CIASIFICACION DE LAS PERSONAS	30
A. Persona Natural	30
B. Persona Jurídica	31
C. Persona Jurídica en la Constitución Nal...	35
IV. SISTEMAS LEGISLATIVOS PARA EL TRATAMIENTO DE LA CRIMINALIDAD LEGISLATIVA	37
A. Responsabilidad Penal Administrativa de la Persona Jurídica	37
B. Responsabilidad Penal de los Directivos, Gestores, Administradores o Representantes de la Persona Jurídica	49
C. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas	61
V. TEORIAS ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS	63
A. Teoría de la Ficción	63
B. Crítica a la Doctrina de la Ficción	65
C. Teoría de la Voluntad Legal	71
D. Teoría de la Voluntad Real	72
VI. FUENTE UNIVERSAL DE LA TESIS	79

Pag.

A. Movimiento Legislativo 79
B. Movimiento Jurisprudencial 99
C. Movimiento Doctrinario 102
D. Legislación Comparada 106

VII. FUENTES EN COLOMBIA 117

A. Anteproyecto del Código Penal Colombiano de 1.978 117
B. Proyecto del Nuevo Código Penal Colombiano de 1.979 121
C. Doctrinantes Colombianos 131

VIII. JUSTIFICACION DE LA TESIS 146

A. Ambiente sociológico 146
B. Fundamentos de Política Criminal 149
C. Fundamentos Jurídicos 150

IX. CONCLUSIONES 157

BIBLIOGRAFIA

ESTRADA VELEZ FEDERICO. Derecho Penal (Parte General), Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1.981

FERNANDEZ VEGA HUMBERTO. Derecho Penal Aduanero, Talleres Dupligráficas (Sin editora y sin número de edición), 1979

GIRALDO MARIN LUIS CARLOS. Actas del Nuevo Código Penal Colombiano, Parte especial, V. II., Edición Pequeño Foro, Bogotá 1981

HENDLER EDMUNDO S. La Responsabilidad de los Directivos de las Entidades Financieras, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1982

LEON MENDOZA VICTOR. Derecho Penal General, Editorial Universidad de Cartagena, Cartagena 1979

MAGGIORE GUISEPPE. Derecho Penal, Traducción José Ortega Torres, Editora Temis, Bogotá 1971

MARTINEZ RAVE GILBERTO. Procedimiento Penal Colombiano, Editorial Temis, 1975

MESTRE AQUILES. Las personas morales y su Responsabilidad Penal. Traducción de César Camargo Marín, Editorial Góngora, Madrid, Sin año de edición.

NOVOA MONREAL EDUARDO. Aspectos sobre la Enseñanza Moderna del Derecho, en Antología de estudios sobre Enseñanza del Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1975

NUÑEZ RICARDO C. Derecho Penal Argentino. T. I., Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1974

ORTEGA TORRES JOSE. Código Civil (Comentado), Editorial Temis, 16a. Edición, Bogotá, 1983

ORTEGA TORRES JOSE. Código Penal (compilación), Editorial Temis, 5a. Edición, Bogotá 1983

PEREZ ESCOBAR JACOBO. Constitución Política Colombiana (comentada), Librería Horizontes, 3a. Edición, Bogotá 1976

REYES ECHANDIA ALFONSO. Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, 6a. Edición, Bogotá 1979

ROMERO SOTO LUIS. Derecho Penal, Parte General, T. I., Editorial Temis, Bogotá 1969

SAAVEDRA ROJAS EDGARD. Derecho Penal: Mito o Realidad?, Editorial Feriva, Cali 1981
Corporación, Criminalidad y Ley Penal, Editorial Temis, Bogotá 1984

SALDAÑOA QUINTILIANO. Capacidad Criminal de las Personas Sociales, Doctrinas y Legislación, Editorial Reus, Madrid 1927

SUTHERLAND EDWIN. El Delito de Cuello Blanco, Traducción de Rosa de Olmos, Edición de la Universidad Central de Caracas, Caracas 1969

VARGAS VARGAS PEDRO P. Derecho Penal General, Editorial El Foro de la Justicia, la. Edición, Bogotá 1985

VON LISZT FRANK. Tratado de Derecho Penal, Traducción de Luís Jiménez de Asúa, V. II, Editorial Reus, Madrid, Sin año de Edición