

**Responsabilidad Penal de
las Personas Jurídicas en la
República del Paraguay**

Tesis Doctoral

Prof. Dr. Delio Vera Navarro

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY

© DELIO ANTONIO VERA NAVARRO

ISBN: 978-99967-957-4-9

Colaboración Técnica:

GLORIA MARIEL IBARROLA MEDINA
MARÍA DE LOS ÁNGELES MORÍNIGO DIARTE
KAREN MOLINAS
ALEXANDER AMARILLA

Queda prohibida cualquier forma de reproducción,
sin autorización expresa del autor.

Diseño:

JOSÉ MORÍNIGO DIARTE

Impresión:

Editora Litocolor SRL
Cap. Figari 1115, Asunción.
Telefax: 021 203 741
grafica@editorialitocolor.com

Impreso en Paraguay

Octubre, 2019

A mi familia

Agradecimiento

A Manuel Dejesús Ramírez Candia, María Luz Martínez Vázquez, Héctor Alegre, por el tiempo dispensado en la elaboración de la tesis doctoral.

A Gloria Mariel Ibarrola Medina, María de los Ángeles Morínigo Diarte, Karen Molinas y Alexander Amarilla, por la colaboración técnica en la elaboración del trabajo.

ÍNDICE

1.	PRÓLOGO.....	15
2.	INTRODUCCIÓN.....	19

CAPÍTULO I: ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.....21

1-	Etapas dentro del proceso evolutivo.....	21
1.1.	La irresponsabilidad del Estado.....	22
1.2.	La responsabilidad de los agentes públicos.....	24
1.3.	La responsabilidad del Estado.....	24
2-	Fundamentos doctrinarios de la responsabilidad estatal.....	26
2.1.	Criterios Subjetivos.....	26
2.2.	Criterios Objetivos.....	30
3-	Clasificación de la responsabilidad estatal.....	33
4-	Responsabilidad Extracontractual de la Persona Jurídica.....	35

CAPÍTULO II: LA EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL PARAGUAY.....49

1-	Etapas de la evolución legislativa de la responsabilidad estatal en el Paraguay.....	49
1.1.	Responsabilidad fundada en el Código Civil.....	49
1.2.	La irresponsabilidad del Estado por ciertos actos de sus funcionarios, establecida en la Ley N° 1506/35.....	50
1.3.	La responsabilidad indirecta del Estado en la Constitución de 1940.....	50
1.4.	La responsabilidad del Estado en la Constitución de 1967....	51
2-	Responsabilidad del Estado en el derecho vigente.....	52
2.1.	Responsabilidad directa del Estado.....	52
2.2.	Responsabilidad extracontractual o indirecta del Estado.....	55

2.3.	Sentencia Definitiva, de la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional.....	59
3-	Conclusiones parciales.....	82

CAPÍTULO III: RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA DOGMÁTICA PENAL.....85

1-	Antecedentes históricos.....	85
1.1.	El derecho clásico.....	85
1.2.	Los glosadores.....	88
1.3.	Los canonistas.....	90
1.4.	Los postglosadores.....	98
1.5.	La persona jurídica como sujeto de derecho en la dogmática clásica del siglo XIX.....	100
1.6.	Persona jurídica y ficción en la obra de Savigny.....	103
2-	La responsabilidad de las personas jurídicas en la dogmática penal.....	110
3-	Las respuestas de quienes aceptan la responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	116
3.1.	El sistema de la doble imputación.....	116
3.2.	Sistema de imposición de medidas de seguridad.....	118
4-	Posiciones de quienes no aceptan la responsabilidad de las personas jurídicas.....	119
4.1.	Sanciones en el derecho penal administrativo.....	119
4.2.	Imputaciones penales por la responsabilidad penal de las personas físicas.....	120
4.2.1.	La autoría mediata.....	121
4.2.2.	La omisión.....	123
4.2.3.	La comisión por omisión.....	125

CAPÍTULO IV: LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	133
1- Análisis legislativo de los Estados parte de la Unión Europea.....	133
2- Estados parte de la Unión Europea que no aceptan la responsabilidad directa de las personas jurídicas.....	135
2.1. Alemania.....	135
2.2. Italia.....	137
3. Estados miembros que aceptan la responsabilidad directa de las personas jurídicas (<i>societas delinquere potest</i>).....	141
3.1. Holanda.....	141
3.2. Francia.....	144
3.3. Bélgica.....	147
3.4. Reino Unido.....	150
3.5. Finlandia.....	153
3.6. Irlanda.....	154
3.7. Portugal.....	155
3.8. España.....	157
3.8.1. Sentencia española.....	165

CAPÍTULO V: SITUACIÓN ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS EN EL PARAGUAY.....	227
1. Regulación normativa de las personas jurídicas a ser consideradas en la búsqueda de atribución, de la responsabilidad penal.....	229
1.1. Las personas jurídicas de derecho privado.....	230
2. La responsabilidad de las personas jurídicas en la dogmática penal.....	236
2.1. La teoría de la acción.....	236

2.2.	La teoría de la culpabilidad.....	237
3.	La Responsabilidad de las personas jurídicas en el Código Penal de la República del Paraguay.....	240
4.	En las leyes administrativas.....	242
4.1.	Ley N° 489/95 Orgánica del Banco Central del Paraguay, modificada por la Ley N° 6104/18.....	243
4.2.	Ley N° 861/96, General de Bancos, Financieras y Otras Entidades de Crédito.....	245
4.3.	Ley N° 5810/17, De Mercado de Valores.....	246
4.4.	Ley N° 125/92, Que establece el Sistema Tributario.....	247
4.5.	Sentencia del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala.....	249
5.	Conclusiones parciales.....	259

CAPÍTULO VI: RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS.....265

1-	Discusiones doctrinarias respecto de la responsabilidad penal estatal.....	265
2-	Posiciones encontradas respecto a la admisión de la responsabilidad penal pública.....	268
2.1.	Tendencias a favor.....	268
2.2.	Tendencias en contra.....	270
3-	Responsabilidad civil estatal en la legislación paraguaya.....	272
4-	Síntesis.....	273

CAPÍTULO VII: LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS.....275

1-	Principio <i>societas delinquere non potest</i>.....	276
2-	Las exigencias político-criminales y la contradicción ante la no admisión de la responsabilidad de las personas jurídicas.....	281

3-	Consecuencias jurídicas a ser consideradas en la sanción administrativa.....	285
4-	La pena y la medida de seguridad como sanciones aplicables a las personas jurídicas.....	291
5-	Otras pautas a ser consideradas dentro del sistema penal para la incorporación de los actos ilícitos perpetrados por las personas jurídicas.....	300
5.1.	Determinación de la fórmula. Pena.....	300
5.2.	Determinación de los hechos punibles aplicables en la atribución de responsabilidad.....	301
5.3.	Determinación de las personas jurídicas destinatarias de la sanción.....	303
5.4.	Determinación de los presupuestos para la imputación de los hechos delictivos.....	305
5.5.	Determinación de la individualización de la pena.....	311
5.6.	Determinación de los tipos de penas aplicables.....	312
5.7.	Determinación del Procedimiento aplicable.....	313

CAPÍTULO VIII: CONSIDERACIONES PARA UNA FUTURA REFORMA DEL SISTEMA PENAL PARAGUAYO EN LA BÚSQUEDA DE LA APLICACIÓN DE SANCIONES A LAS PERSONAS JURÍDICAS.....

1-	Apreciaciones acerca del estado actual de la cuestión....	315
1.1.	La responsabilidad subsidiaria de las empresas.....	322
1.2.	Presupuestos a ser considerados.....	324
2-	Puntos de discusión en el ámbito de la necesidad real de aplicar sanciones penales específicas contra las personas jurídicas.....	325
2.1.	Factores sociales.....	326
2.2.	Factor criminal colectivo.....	327

3-	Puntos de discusión en el ámbito del Principio de Culpabilidad y otras alternativas con miras a admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	330
4-	Puntos de discusión en el ámbito de la dogmática penal con miras a admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	336
4.1.	Posturas.....	338
	Reflexiones finales.....	349
	Bibliografía.....	357

PRÓLOGO

Antes de referirme a la obra que el autor me honrara en presentar, quisiera desgranar algunas ideas preliminares sobre la trascendencia de una obra jurídica poco explorada ya que, si el autor se limitaba a la lectura de la escasa literatura nacional sobre la materia, seguramente le sería más fácil concluir sobre la inviabilidad absoluta de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con el simplismo y bastedad de esa diferenciación primigenia entre lo visible y lo invisible físicamente.

El problema es que ciertos fenómenos de la delincuencia trascendieron la clásica distinción entre ente y responsables, recayendo en los últimos la imputación penal, ya que el manejo interno y las consecuencias de los actos efectuados por los responsables de la persona jurídica, empiezan a diferenciarse a un punto tal que la 'organización' giraba en torno a conductas desprolijas en las cuales, finalmente, si recayera alguna responsabilidad la entidad subsistía y respondían los gerentes o titulares coyunturales, aunque las prácticas instaladas se refinan todavía más para evadir los controles estatales y operar en un margen cuasi delictivo.

Si sumamos a esto, la organización criminal que trasciende fronteras y genera nuevas exigencias a los sistemas de seguridad y control transnacional, con

consecuencias jamás antes pensadas y los grandes desfalcos de las corporaciones a nivel mundial que ponen en vilo la economía de millones de ciudadanos que, al fin de cuentas, no tienen responsabilidad alguna, pero terminan absorbiendo las consecuencias funestas en la economía global.

Valgan estas consideraciones preliminares como una acentuación de la importancia de la obra del Dr. Vera Navarro, porque incursiona en una dificultosa tarea de investigar exhaustivamente los antecedentes históricos de las personas jurídicas, su distinción tradicional sobre la responsabilidad penal con las físicas, la insuficiencia actual de mantener el argumento de que son los responsables finalmente los que deben hacerse cargo de la responsabilidad penal de los actos de aquélla, y el desembarco de problemas tan graves para la seguridad y la economía mundial con el financiamiento de ententes criminales que tienen unos patrones de conductas que ‘alteran’ la personalidad de los integrantes convirtiéndolas en meros instrumentos del designio societario, fenómeno que indefectiblemente tiene que ser enfrentado bajo una mirada diferente a la tradicional que cayó en desuetudo por la impronta de la complejidad del giro comercial trasnacional.

El autor de la obra no se limita al análisis de las distintas legislaciones, sino que toma de otras latitudes, y se instala en la lógica preventiva de las empresas que renovaron su visión sobre el manejo interno, evitando cualquier complicación en las relaciones con el Estado y otras entidades que derive en responsabilidades más graves que las de sus propios agentes quienes valiéndose de la confianza defraudaron a la empresa y a los terceros.

Insiste en señalar la repercusión de esa frontera ‘seca’ de la responsabilidad en la comisión de hechos punibles por personas físicas quienes representan a personas jurídicas, al punto de afectarlas con la implementación de programas de cumplimiento que actúan como un verdadero colchón de exigencias previas que eviten, precisamente, incurrir en ilícitos o irregularidades susceptibles de recaer en responsabilidad penal.

Señala el panorama de la imputación criminal a una persona física (tipicidad con la comprensión del destinatario de lo que está prohibido y que sabía y quería realizar la conducta punible, que no esté amparado en una causa de justificación y sea reprochable en su actuar), esta secuencia básica permite atribuir la conducta penal al sujeto y a esto es lo que se denomina ‘subsunción’.

La obra encarna todas las aristas relevantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con la impronta de una visión contemporánea en el sentido que es inminente el debate sobre esta regulación penal, dejando de lado conceptos perimidos, considerando las especiales circunstancias que se han dado en el desarrollo de la globalidad como un escenario en el que se ha perdido el concepto de ‘individualidad’ de las acciones societarias que permitan distinguir el ámbito de responsabilidades, conjugándose en un ‘todo’ que por falta de regulación termina por ‘acicatear’ al particular y ‘mantener incólume la estructura organizacional’ con miras a la ‘infracción de las reglas de buen cumplimiento’, con la creencia que, al final, quién debe responder es el directivo, socio, gerente o empleado que ‘personalmente’ desplegó los actos imputables al ente.

El Dr. Vera Navarro no solo ausculta los antecedentes, propone los temas esenciales sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, señala los avances y dificultades en la implementación de otros países, pero convencido que es una figura de urgente evaluación e implementación para contribuir con la consolidación de un estado social de derecho y en la vigencia de legalidad en un ámbito cada vez más complejo como es el de las personas jurídicas.

Es de esperar que esta proyección se convierta en un incentivo para que próximamente se instale el debate en nuestra comunidad jurídica con el aliciente de que el autor contribuyó -con una visión más exacerbada- en una rica doctrina y opiniones propias para consolidar con altura la discusión jurídica, honrando con el valor de toda obra de Derecho que es la contribución a que el sistema sea más razonable, actualizado y sobre todo humanizado. Recuérdese que la misión del jurista es desechar los fantasmas que Voltaire insistía con la civilización, cuando recordaba que la misma no excluye la barbarie, sino que la perfecciona.

La obra del Dr. Vera Navarro trasciende hacia la civilización y refuta la barbarie, porque preconiza la doctrina más connotada para concentrar sus esfuerzos en un fenómeno ya conocido en otras latitudes, pero no discutido en nuestro ámbito. Enhorabuena y felicitaciones al autor por su importante aporte a la cultura jurídica de la nación.

Enrique Kronawetter

INTRODUCCIÓN

La presente obra, tiene por objetivo reducir la brecha y acercarnos a la necesidad político-criminal de incorporar la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas privadas al derecho positivo paraguayo.

Esta necesidad es cada vez más notoria, si consideramos los vertiginosos cambios por los que atraviesan las complejas economías de las sociedades globalizadas, que en el ámbito empresarial, generan numerosas oportunidades para delinquir, esto, como consecuencia de la delegación de deberes o funciones administrativas y que se convierten en potenciales riesgos para mantener el orden social.

Tal es así que, la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una cuestión que ha fracturado a la doctrina en dos posiciones enfrentadas desde hace mucho tiempo, por una parte, encontramos a quienes consideran que las personas jurídicas no pueden tener responsabilidad penal (*societas delinquere non potest*) y por otra parte, a los que estiman viable la atribución de dicha responsabilidad (*societas delinquere potest*).

Sin embargo, este escenario abrió camino para que algunas legislaciones desarrollen presupuestos necesarios para atribuir responsabilidad y a aplicar sanciones penales, a las personas jurídicas.

Por tanto, esta investigación, que tiene por pilar fundamental la tesis doctoral defendida por el autor en el año 2004, amplía y analiza los elementos de discusión que existen en el ámbito del principio de culpabilidad, así como otros presupuestos con miras a admitir la necesidad real y útil de atribuir responsabilidad penal directa a las personas jurídicas, particularmente a las personas jurídicas privadas.

La obra, fue enriquecida también con la experiencia y los cuestionamientos brindados por el derecho comparado europeo y el latinoamericano, en los últimos años.

A su vez, se delimitan algunos criterios con relación a la responsabilidad civil y penal de las personas jurídicas públicas, específicamente, la del Estado, con el propósito de resaltar que, amén de las sanciones administrativas, nuestro ordenamiento jurídico penal, consagra una verdadera responsabilidad extracontractual directa del Estado.

Los presupuestos analizados y desarrollados, sientan las bases para pretender un cambio de paradigma de nuestra política- criminal, donde el principio de prevención y el criterio de utilidad de las penas, junto con las previsiones del artículo 20 de nuestra Constitución Nacional, se constituyan en el núcleo central para rediseñar nuestro sistema penal, dado que, la lucha contra las actividades ilícitas de grandes corporaciones no puede realizarse mediante procedimientos flexibles, porque justamente lo que se pretende evitar es la impunidad que podría surgir ante la eventual aplicación de un sistema inadecuado de normas.

El autor

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

1- Etapas dentro del proceso evolutivo

El deber de indemnizar del Estado constituye un instituto con reglas propias por su naturaleza pública.

La responsabilidad patrimonial del Estado por actos dañosos realizados por sus agentes es un tema común en el Derecho Constitucional y Administrativo, y puede ser abordado desde las perspectivas de las funciones estatales: administrativa, legislativa y jurisdiccional.

La responsabilidad patrimonial del Estado se refiere a las actividades desarrolladas por el mismo, sea administrativa, legislativa o judicial, aunque debe reconocer que la admisión de la responsabilidad en estas dos últimas actividades, son las que han generado mayor resistencia y controversias en la doctrina.

Hasta finales del siglo XIX, era casi unánime la idea de que el Estado no erraba, no generando por tanto, el deber de indemnizar, pudiendo luego distinguirse las siguientes etapas dentro del proceso evolutivo: **1)** La irresponsabilidad total del Estado; **2)** La responsabilidad del agente público y, **3)** La responsabilidad

del Estado, fundado en diferentes criterios explicativos que se expondrán en el desarrollo del presente capítulo.

1.1. La irresponsabilidad del Estado

La irresponsabilidad total del Estado por sus actividades se halla sustentada en la máxima inglesa de “*The King can do not wrong*” (El rey no puede equivocarse), que ratificaba que el Estado era infalible. De acuerdo con estas afirmaciones, la irresponsabilidad del Estado se sustentaba en el hecho de que el Estado no podía cometer errores, ya que el rey no hace nada errado y siendo el Estado el propio rey, no puede sufrir sanción alguna. La infalibilidad del Estado se transmitía a sus funcionarios, siendo por consiguiente, el Estado intangible.

Otra proposición que apoya al gobernante irresponsable, se basa en las doctrinas providencialistas que sustentaban que los gobernantes de un Estado, asumían el poder otorgado directamente por Dios, por lo que resultaba casi imposible imputar responsabilidad tanto a éstos como al Estado.

El Estado absolutista queda desplazado, principalmente a partir de la Revolución Francesa, en la que se sustituye la figura del monarca por el Estado soberano, dejando intacto el principio de la irresponsabilidad del Estado, cuya teoría solo comenzó a abandonarse cuando avanzaron las ideas liberales, que disminuyó la importancia del Estado, privilegiándose el sistema de libertades individuales, llevando el individualismo al reconocimiento de algunos derechos básicos.

Las justificaciones de orden ideológico utilizadas por los partidarios de la teoría de la irresponsabilidad, eran muchas y se identificaba con el modelo político de la época, más otras justificaciones, vinculadas a la naturaleza de sus actos.

Las justificaciones de la irresponsabilidad total del Estado se sintetizan en los supuestos siguientes:

- a)** Las actividades ilimitadas del Estado. Se ha sostenido que la gran cantidad de actividades estatales no son voluntarias y son casi ilimitadas, por lo que debe existir una tolerancia de los administrados, si es que existen fallas debido al tamaño y complejidad de las actividades tales como: defensa, prestación de servicios de salud, educación, sanidad, entre otros.
- b)** El Jefe del Ejecutivo no atentaría contra el orden jurídico, porque no practica injusticia, siendo él, el propio derecho, no pudiendo surgir responsabilidad sobre sus actos.
- c)** El Estado tiene el objetivo básico del bienestar de la colectividad, no será responsable por sus actos que buscan siempre la satisfacción del interés colectivo.
- d)** El Estado solo es representado por el Jefe de Gobierno. En tal sentido, no pueden ser calificados como actos de Estado los practicados por los servidores públicos.
- e)** El Gobernante no puede ser responsabilizado por las faltas, ya que perdería la calidad de soberano en caso de haber responsabilidad.

Estas justificaciones se tornaron inaceptables con la evolución del concepto de Estado y el desarrollo propio del Derecho, que a su vez, propició la aparición de la hipótesis de la responsabilidad de los agentes públicos.

1.2. La responsabilidad de los agentes públicos

El Estado sigue siendo irresponsable por los actos dañosos realizados por sus agentes, quienes dejan de ser sus representantes desde el momento en que incurren en un error, ya que, como se había manifestado anteriormente, se consideraba que el Estado no cometía errores. Desde este punto de vista, el Estado ni siquiera respondía por la culpa de haber escogido agentes negligentes.

1.3. La responsabilidad del Estado

El paso que se dio para superar la irresponsabilidad absoluta se dio con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo artículo 15 manifiesta: *“La sociedad tiene derecho a pedir a todos sus agentes cuentas de su administración”*.

Concretamente, el deber de indemnizar por parte del Estado por los actos de sus agentes, surge a partir de la sentencia del Consejo del Estado Francés en el caso Blanco, dictado en 1873, que abrió la perspectiva no solo para responsabilizar al Estado por actos de sus agentes, sino también ha dado pie para la autonomía del derecho administrativo, dentro del Derecho Público.

En este asunto, el Tribunal de Conflicto Francés, declaró la competencia del Tribunal Administrativo (Consejo de Estado) y no la del Tribunal Civil, para juzgar el caso de atropello de la menor Agnes Blanco, por parte de un vagón de tren de la Compañía Estatal Francesa. A consecuencia de este precedente, se determinó la aplicación del derecho público y no del derecho común (civil). El denominado fallo Blanco, estableció que la responsabilidad de los agentes públicos y del Estado, debía ser juzgada conforme a las reglas del derecho administrativo y no del derecho civil, como anteriormente estaba determinado.

Parte del fundamento del citado fallo dispuso: *“...la responsabilidad que pueda incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por actos de las personas que emplea en el servicio público, no puede estar regida por los principios que están establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular; esta responsabilidad no es ni general, ni absoluta, tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los intereses privados”*¹.

El referido juicio representó apenas el comienzo de la maduración de la Teoría de la Responsabilidad del Estado, pues por mucho tiempo las legislaciones se mostraron renuentes a reconocer la responsabilidad del mismo. No obstante, a partir del caso Blanco comenzaron a surgir igualmente

¹ CASSAGNE, JUAN CARLOS, *“Derecho Administrativo”*, Tomo I, Séptima Edición, Pág. 481. Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot.

teorías publicistas de la responsabilidad del Estado por los actos de sus agentes, que fueron evolucionando hasta llegar a nuestros días.

2- Fundamentos doctrinarios de la responsabilidad estatal

2.1. Criterios Subjetivos. Son los criterios doctrinarios que fundamentan la responsabilidad del Estado en base a la culpabilidad. En principio, sirven para fundamentar la responsabilidad del funcionario público y no del Estado, en razón de que este último carece de voluntad propia.

Dentro de los criterios subjetivos basados en la culpa, superada en la legislación comparada en la actualidad, se pueden mencionar las siguientes teorías.

- **Actos de Imperio y Actos de Gestión.** En los actos de imperio, el Estado actúa imponiéndose a los administrados con la finalidad de alcanzar fines superiores, por ello, no asume responsabilidad alguna. Por otra parte, en los actos de gestión, el Estado actúa en un plano de igualdad con los administrados asumiendo responsabilidad resarcitoria por estos actos.

En este punto aparece la diferenciación entre *actos de gestión* para aquellas actividades en las cuales el Estado se desempeñaba como persona civil, y *actos de poder* o autoridad, cuando se actuaba con la calidad de persona política o soberana (en este sentido, se mantenía la irresponsabilidad del Estado). En conclusión, el Estado

respondía cuando sus actos se consideraban de gestión, y en cuanto a los actos de poder se consideraba irresponsable, a menos que una ley especial lo estableciera².

- **Teoría de la Culpa Administrativa.** Parte del supuesto de que al Estado no se lo puede ubicar en el mismo nivel de los particulares. Incluso en los casos de actos de gestión del Estado, estos no pueden regularse por el derecho administrativo.

Las afirmaciones precedentes propiciaron la teoría de la culpa administrativa, basada en la idea que los actos de los funcionarios públicos son actos del Estado y cuando el particular sufre un daño, debe demostrar que el mismo es producto de una actividad ilícita del funcionario, además, se debe acreditar la relación de causalidad entre el acto ilícito del funcionario y el perjuicio ocasionado.

Esta posición doctrinaria consagra la responsabilidad directa del Estado por los actos de sus funcionarios. No implica culpa *in eligendo* (desacertada elección) o *in vigilando* (falta de vigilancia) por parte del Estado, sino culpa *in committendo* (por acción) y culpa *in omittendo* (por omisión) de parte de sus agentes. Los funcionarios que en su actividad funcional actúan en representación del Estado, si producen algún daño, lo realizan en nombre del Estado, del cual son solo instrumentos.

Con la teoría de la culpa administrativa, la responsabilidad pasó a ser directa, supeditada a

² JIMÉNEZ, WILLIAM GUILLERMO. "Origen y Evolución de las Teorías sobre la Responsabilidad Estatal." Bogotá D.C. Colombia. No. 38. Enero - Junio de 2013.

tres supuestos: a) la prueba de la existencia del daño, b) la conducta culposa por parte de un funcionario determinado y, c) el nexo causal entre el daño y la conducta.

- **Teoría de la Culpa Anónima.** Se percibió luego que en algunas ocasiones era imposible determinar con precisión, cuál es el funcionario responsable de la conducta dañosa. Se sabía de la existencia del daño producido por un funcionario en ejercicio de su actividad funcional, pero no se conseguía reunir los elementos suficientes para identificar al funcionario. Esta circunstancia, se acentuaba con el gigantismo estatal que dificultaba la identificación del funcionario causante del daño.

Se imaginó, entonces, que para responsabilizar al Estado era suficiente que el daño provenga del servicio público estatal, por la conducta de algún funcionario, sin importar quién fue empleado que lo produjo.

Esta forma de responsabilizar al Estado se denominó la Teoría de la Culpa Anónima o Teoría del Accidente Administrativo, la cual implica que todo daño proveniente del mal funcionamiento de un servicio público se origina siempre por culpa de un funcionario encargado de su prestación o del encargado de organizarlo. Esta teoría, según el conocido tratadista de derecho administrativo Julio I. Altamira Gigena, surgió con el caso Pelletier, del 30 de julio de 1873, dictada por el Tribunal de Conflictos Francés, que hace alusión a la distinción entre la culpa personal y la culpa de servicio de la administración.

- **Teoría de la Culpa Presumida (falsa teoría objetiva).** Es una variante de la teoría de la culpa administrativa que admitió en ciertos casos, la inversión de la carga probatoria, con la presunción de culpa del funcionario. Algunos autores sostienen que esta teoría es una transición a la responsabilidad sin culpa u objetiva.

Los que así la denominaban pensaban poder prescindir de la indagación de la existencia o no de culpa. Si la conducta cometida u omitida de un funcionario estatal producía daño a un tercero, este sería indemnizado. Al Estado solo le corresponde argumentar alguna causa legítima para exonerarse de la responsabilidad.

En definitiva, sostener que esta teoría excluye el criterio de la culpa, es un equívoco, pues si la administración prueba que no actuó con culpa, como en los casos de culpa exclusiva de la víctima o de terceros, caso fortuito o de fuerza mayor, se excluye su responsabilidad. Por consiguiente, esta teoría solamente aporta el principio de la inversión de la carga probatoria para responsabilizar al Estado.

- **Teoría de la Falta Administrativa.** Esta teoría es producto del desarrollo doctrinario y jurisprudencial de la culpa anónima, que consideró inicialmente como culpa administrativa, la falta de un funcionario aún sin que dicho funcionario pudiese ser individualizado.

Para Caio Tácito³ *“la falta de servicio está, en prin-*

³ TACITO, CAIO. *“Tendências Actuais de Responsabilidade Civil do Estado”*. En Revista de Derecho Administrativo, Pág. 268, 1959.

cipio, ligada al acto ilícito de un funcionario que, en el desempeño de sus funciones, causó daño al patrimonio individual. Más la noción de responsabilidad abarca, también, las faltas anónimas, en que no se identifica a un agente concreto: es el propio servicio que en su conjunto, no funciona adecuadamente, produciendo el evento dañoso. La falta de servicio del funcionario se completa, en suma, con la noción de falta de servicio público”.

Continúa diciendo: “*Tal sentido anónimo o genérico de la causalidad del daño comprende tres hipótesis distintas, consagradas en la jurisprudencia del Consejo de Estado y la que ya se refería Paul Duez: 1) el servicio funciona mal (culpa in committendo); 2) el servicio no funcionó (culpa in omittendo); 3) el servicio funcionó tardíamente*”⁴.

2.2. Criterios Objetivos. Los fundamentos doctrinarios que se basan en criterios objetivos de atribución de la responsabilidad estatal son los siguientes:

- **Criterio del Riesgo.** Según el cual la responsabilidad de la Administración queda comprometida porque su actividad genera riesgos sociales, que de producir daño imputable al Estado, debe indemnizar a la víctima. Esta es la posición sostenida por el autor francés León Duguit.

En la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia⁵ son consideradas actividades estata-

⁴ Ídem nota anterior

⁵ TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. “*La Responsabilidad del Estado*”, Editorial Temis, Pág. 68, Bogotá, 2000.

les riesgosas o peligrosas, la dotación de arma oficial, el transporte de vehículos, vías y obras públicas, explosivos y los relativos a las redes de energías eléctricas.

Sin embargo, el autor argentino Miguel Marienhoff⁶, señala que el riesgo objetivo puede constituirse en la causa del daño pero no en fundamento del mismo.

- **Criterio del Provecho.** La responsabilidad se fundamenta en el provecho obtenido en la actividad que el Estado desarrolla. Constituye ejemplo de este supuesto, el caso Chavat del Consejo de Estado Francés, de 1943, referido a colaboraciones voluntarias o expresamente requeridas por la Administración⁷.
- **El Principio de la Igualdad ante las Cargas Públicas.** Permite dar cuenta de los casos en que las autoridades deben compensar a las personas por una operación correspondiente a la satisfacción de un interés público y mantenida durante un período regular⁸.
- **El Criterio del Enriquecimiento sin Causa.** Según este criterio, el Estado debe responder por aquellas circunstancias por las que mejora su condición en perjuicio de los particulares, como

⁶ MARIENHOFF, MIGUEL S. *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Pág. 662, 1998.

⁷ RAMÍREZ CANDIA, MANUEL. *“Primera Jornada Conmemorativa de la Vigencia del Código Civil-Responsabilidad Civil de las Personas Jurídicas”*. CSJ, Pág. 166, 1999.

⁸ DELVOLVÉ, PIERRE. *“Le principed’égalité devant les charges publiques, Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence”*, Pág. 187, 1969.

por ejemplo, cuando prohíbe una actividad lícita de un particular, reservándose su explotación exclusiva, que le proporcionará beneficios. Esta posición es sustentada por el autor francés Maurice Hauriou, en su obra “Principios de Derecho Administrativo y Derecho Público”.

- **La aplicación analógica del Principio de Expropiación por Causa de Utilidad Pública.** Según esta posición, el Estado debe indemnizar cuando causa daño, degrada o destruye la propiedad de un particular (expropiación indirecta).

La crítica que se ha formulado a esta postura es que cuando el Estado expropia un bien es para incorporarlo al dominio estatal, lo que no ocurre cuando causa un daño material⁹.

- **El fundamento de la Equidad.** El Consejo de Estado Francés, en el célebre caso Blanco había sostenido que el fundamento del resarcimiento del daño causado por el Estado es el principio de la equidad. Esta posición es acompañada en la Argentina por Félix Sarria.
- **El principio de la aptitud para soportar el daño a través de su atribución entre grupos o la sociedad.** Según el cual será responsable aquel que tenga capacidad para absorber la pérdida y difundirla socialmente, supuesto que resulta aplicable al Estado. En la base de este criterio subyace una concepción social o solidarista de la responsabilidad¹⁰.

⁹ RAMÍREZ CANDIA, MANUEL. Op. Cit. Pág. 166.

¹⁰ Ídem nota anterior Pág. 167.

3- Clasificación de la responsabilidad estatal

La responsabilidad del Estado puede ser objeto de clasificación conforme a diversos criterios.

Tal es así, teniendo en cuenta el carácter de la relación, y se la puede clasificar en; responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual.

La primera surge de la aplicación de los contratos administrativos y la segunda, surte efecto de los actos unilaterales lícitos o ilícitos, cometidos u omitidos, materiales o jurídicos del Estado, posibles de producir daños a terceros.

En el presente capítulo nos centraremos en la responsabilidad extracontractual del Estado y dentro del mismo cabe la siguiente clasificación:

- **Por el origen del acto productor del daño**

Responsabilidad directa del Estado. Se da cuando el Estado asume la obligación de reparar un daño causado a consecuencia de una actividad legítima y que por imperio de la ley debe indemnizar a la víctima. En este supuesto, la responsabilidad patrimonial del Estado proviene de un acto lícito de la Administración Pública.

Responsabilidad indirecta. Es cuando el Estado asume la obligación de reparar patrimonialmente el daño causado al administrado, en forma subsidiaria, por actos de sus funcionarios insolventes.

- **Por la naturaleza de la función pública**

De acuerdo en qué lugar se ha originado el acto productor del daño, la responsabilidad del Estado se puede clasificar en: responsabilidad por actos administrativos, por actos legislativos y actos judiciales.

- **Conforme con el criterio de Kelsen**

Marcelo Sampaio Siqueira, citando a Hans Kelsen afirma que; “el concepto de responsabilidad debe ser distinguido del concepto de deber jurídico, pudiendo la indemnización ser clasificada, en ciertas ocasiones, como un deber jurídico y, en otras, como una sanción derivada de un hecho ilícito. En el primer caso tenemos el ejemplo del deber del Estado de indemnizar por la expropiación realizada y, en el segundo caso, el deber de indemnizar por daño provocado por acto ilícito”¹¹.

Íñigo Álvarez Gálvez, desarrolla con mayor amplitud el concepto de deber jurídico, propuesto por Kelsen, aseverando que; “... *la derivación del deber jurídico de la norma jurídica sólo es posible si esta toma la forma de un juicio hipotético en el que se establece la voluntad del Estado de ocasionar un perjuicio a toda persona que realice un determinado supuesto de hecho*”¹².

¹¹ SAMPAIO SIQUEIRA, MARCELO. “*Responsabilidade do Estado. Erro Judicial Practicado em Ação Cível*”. Editora, Belo Horizonte, Pág. 36, 2001.

¹² ÁLVAREZ GÁLVEZ, ÍÑIGO. “*Sobre el Concepto de Deber Jurídico de Hans Kelsen*”. Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, España. Núm. 16, Pág. 32, 2000.

4- Responsabilidad Extracontractual de la Persona Jurídica

En el ámbito civil se puede motivar la imputación de una persona jurídica por responsabilidad contractual o responsabilidad extracontractual según sea el caso, pero a lo largo del desarrollo de este punto, sólo será abordada la cuestión en relación a la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas.

Teniendo en cuenta, que la persona jurídica es un sujeto de derecho y obligaciones, y que al actuar dentro de la esfera económica, para la obtención de sus fines, podría ocurrir que las actividades de esta, colisione con intereses distintos al propio, generando un conflicto, que dentro del el ámbito civil según podría dar lugar a una imputación del ente.

En efecto, la Doctrina clásica o subjetiva, nos muestra los requisitos exigidos para que se origine la responsabilidad extracontractual, este sistema clásico el cual es criticado por muchos y acogidos por otros, apunta como necesario para que se origine la obligación de indemnizar los daños provocados por un ilícito civil en:

- 1- Que el daño causado a la persona o bienes de la misma, sea patrimonial o moral;
- 2- Que el daño sea consecuencia directa de una acción u omisión del autor y que éste haya actuado con dolo o culpa según las reglas generales;
- 3- La existencia de una relación causal entre la actividad del autor y el daño provocado a la víctima.

Se nos presentan entonces cuestiones, respecto a la responsabilidad delictual y cuasi-delictual civil de las personas jurídicas, de cómo imputar dolo o culpa a una persona jurídica, la cual solo es realidad por una creación del derecho, y cómo crear un elemento subjetivo en un ente que es ficticio. En este sentido, es relevante tener en cuenta las apreciaciones de Savigny al respecto; *“al considerar incompatible con la esencia y el destino de las personas jurídicas el principio de su capacidad delictual, teniendo en cuenta el problema de su inimputabilidad subjetiva. Los delitos son cometidos siempre por los miembros o directivos es decir personas naturales, e importa poco que el interés de la corporación haya servido de motivo o de fin al delito(...)Castigar a la persona jurídica como culpable de un delito sería violar el principio fundamental del derecho criminal que exige la identidad del delincuente y del condenado. El error de los que creen imputable los delitos a las personas jurídicas proviene de que se les atribuye una capacidad absoluta de obrar, que en realidad no tienen, pues su capacidad es ficticia y no excede del objeto de su institución, que es hacerles participar del derecho de bienes (...) Todo delito importa dolo o culpa, por consiguiente, la voluntad y la responsabilidad, y en tal caso no puede imputarse más a las personas jurídicas que a los impúberes o dementes”*¹³.

También, en el fuero civil, se presentan discrepancias, al momento atribuir responsabilidad a las

¹³ VON SAVIGNY, F.C., *“Traité de droit Romain”*. Tomo II, París, Pág.307,1860. (nuestra traducción).

personas jurídicas. En ese sentido, encontramos a quienes consideran que, la persona jurídica al no tener una existencia real, y al ser considerada de manera moral o ficticia, constituye un ente inimputable, lo que provoca que la responsabilidad de reparar el daño causado, recaiga directamente sobre los autores del ilícito.

Por otra parte, se encuentran quienes se inclinan en diversas teorías que, sin arribar a un acuerdo en cuanto a la responsabilidad directa o refleja de los agentes, sean estos administradores o dependientes, sostienen que es posible atribuir responsabilidad civil extracontractual a las personas jurídicas.

No obstante, podría considerarse que el análisis de esta responsabilidad, se centra entre otras cosas en la búsqueda de obtener una respuesta y evitar que la víctima del daño causado por los actos de una persona jurídica quede en completa indefensión, alegándose para ello, la imposibilidad de la que habla Savigny. Es decir, la dificultad de probar el dolo o culpa en el actuar de un sujeto ficticio (persona jurídica), cuya esencia es diferente a los individuos que la integran (socios, administradores o simples dependientes) o que es un patrimonio afecto a un fin, sin poseer voluntad única, pero siendo capaz de crear negligencia o malicia.

En efecto, la esencia misma de la persona jurídica, acarrea dificultades, teniendo en cuenta que la misma no puede actuar de modo directo y personal en la vida social, por lo que se torna imperiosa la necesidad de ser representada. Esta representa-

ción, podría ser dada de forma; legal o voluntaria. A primera vista sería legal cuando se da el caso de entidades públicas administrativas, es decir cuando la persona jurídica tenga su origen en la ley, y sería voluntaria cuando su origen sea de carácter contractual, por ejemplo las personas jurídicas del Derecho Privado.

No es nuestro propósito tomar posiciones ni, mucho menos, sumarnos a criterios inmutables, pero resulta útil hacer un breve bosquejo de los diversos puntos de vistas que nos ofrece la doctrina, para esta cuestión y que nos llevan a conclusiones distintas:

- **Teoría de la Representación:** Para ésta teoría la actuación del representante compromete a la persona jurídica. Los autores que niegan la responsabilidad extracontractual propia de las personas jurídicas, sostienen que si un representante de la persona jurídica comete un delito o cuasidelito civil, la víctima no podrá ir contra el ente, para perseguir su indemnización, y sólo será responsable el representante.

La crítica que a esta teoría, (la cual es una modalidad de los actos jurídicos), puede resumirse en; que a partir de la representación, resulta difícil sostener la responsabilidad extracontractual directa de las personas jurídicas, por la circunstancia de que ninguna representación se daría con el fin de ocasionar un daño. Por lo que se debería entender que actuó fuera de los límites facultativos que le fueron conferidos, siendo solo el representante, el responsable ante las pretensiones de la víctima y no la persona jurídica.

Al respecto, la docente en Derecho Penal, de la Universidad de Salamanca Laura Zúñiga, señala: *“Determinar el comportamiento y, más concretamente, el sujeto que compromete en su responsabilidad a la persona jurídica ha sido resuelto en el ámbito civil con la teoría de la representación: la actuación del representante compromete a la persona jurídica. Ésta solución también ha sido acogida en el ámbito penal con la figura del actuar en nombre de otro, ya antes citada. Las diversas fórmulas del Derecho Comparado de ésta institución, aunque con distintos alcances en el derecho positivo, poseen en común el reconocimiento de la actuación de un sujeto que compromete con su comportamiento a la persona jurídica. Dicho ámbito de sujetos, que en sus primeras regulaciones era un sujeto formal (el representante legal), ha ido ampliándose a sujetos materiales, esto es, personas que, aunque no posean un reconocimiento jurídico para representar a la persona jurídica, actúan materialmente comprometiéndola y actuando en su beneficio. Es lo que en doctrina se denomina el representante de hecho”(…)* *“Trasladando esta argumentación al ámbito de la responsabilidad civil que, como se ha dicho es admisible a fortiori, pues si el propio CC lo admite para la actuación del subordinado, con mayor razón ha de admitirse para el directivo que actúa en representación material, quien tiene capacidad de comprometer a la persona jurídica a hacer o no hacer algo y, actúa en beneficio o interés de la persona jurídica. La afirmación de la responsabilidad civil, como tercero civilmente responsable, de la persona jurídica por delitos cometidos por sus directivos se fundamenta, además, en un principio de justicia material de De-*

recho Civil, que proviene del Derecho Romano: quien se beneficia de una actividad responde también por los daños que ella cause. Últimamente se sigue más la teoría del riesgo, importada de Alemania, como fundamento de quién debe responder frente a los daños causados”¹⁴.

En relación a la teoría del riesgo, es importante mencionar la opinión de Meini: *“quien se organiza para realizar una determinada actividad económica (y, en general cualquier actividad) en cuya virtud despliega cursos causales de riesgo, así como hace suyos los beneficios que se obtienen por la explotación de la referida actividad, debe hacer suyos también los perjuicios”¹⁵.*

Para concluir esta línea de pensamiento Zúñiga nos indica: *“Nótese que esta fundamentación es para argumentar la posición de garante de los directivos respecto a los delitos cometidos por sus subordinados, a los efectos de afirmar la responsabilidad penal en comisión por omisión. Nuevamente, con mayor razón, servirá para afirmar la responsabilidad civil de la propia empresa, por los daños y perjuicios causados por los delitos cometido por los directivos”¹⁶.*

- **Teoría de la apariencia:** Existiendo una diversidad de intereses socioeconómicos y valores, que cada rama del derecho considera y quiere prote-

¹⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *“La responsabilidad civil de la persona jurídica por delito”* (A propósito de la sentencia del caso Crousillat). En: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_54.pdf

¹⁵ MEINI, IVÁN, *“Responsabilidad penal del empresario por los delitos cometidos por sus subordinados”*, Editorial Tirant lo Blanch, Pág.313. Valencia, 2003.

¹⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA. Op. Cit.

ger, dentro de cada área conflictiva de la sociedad, creemos que es bastante difícil ofrecer una fórmula de concepto sobre la apariencia jurídica, que sea funcional y alcance todo el ordenamiento. Un sector de la doctrina, sostiene que cuando se da la responsabilidad extracontractual de la persona jurídica, ésta asume las consecuencias de los actos ilícitos de sus órganos o dependientes, cuándo actúen fuera de sus facultades.

La “*apariencia jurídica*” no constituye un fin en sí mismo, sino el medio para canalizar la protección de determinados valores e intereses sociales. Esta teoría fundamenta que la persona jurídica deba asumir las consecuencias de los actos ilícitos de sus órganos o dependientes (cuando estos actúen fuera de los límites de las facultades que le son conferidas). Es así que, al respecto Ordoqui Castilla manifiesta: “*La protección de la confianza y la necesidad de seguridad jurídica en las relaciones jurídicas llevan a que en el orden jurídico, como aplicación del principio general de buena fe, se institucionalice la denominada teoría de la apariencia como medio de protección al tercero de buena fe*”¹⁷.

Esta teoría se funda en el hecho de que; en el mundo del derecho hay circunstancias envueltas en el manto de la apariencia que necesitan ser defendidas, pues en ellas está la confianza en el tráfico jurídico del ciudadano común y corriente, de ese tercero de buena fe que despliega en el comercio una diligencia honesta.

¹⁷ ORDOQUI CASTILLA, GUSTAVO. “*Responsabilidad civil de las personas jurídicas (sociedades) por acto de sus administradores o dependientes*”. En: http://biblioteca.poderjudicial.gub.uy/index.php?lvl=notice_display&id=3300

- **Teoría del Órgano:** Esta teoría organicista, se funda en la tesis de la responsabilidad directa, en la que el órgano es depositario de la voluntad de la persona jurídica. Son muchos los autores partidarios de esta teoría, Arturo Alessandri señala: *“Las personas jurídicas son personal y directamente responsables de un delito o cuasidelito, sea de acción u omisión, cuando éste ha sido cometido por sus órganos, esto es, por las personas naturales o por los consejos en quienes reside la voluntad de la persona jurídica, según ley o los estatutos”*¹⁸.

Esta teoría posibilita a que la persona jurídica responda de manera directa por los actos cometidos por sus órganos siempre y cuando, éstos no se excedieron en sus funciones o facultades y actuaron conforme al estatuto y la ley, ya que el órgano vendría a ser el depositario de la voluntad del ente, y eso hace que cuando actúe es como si estuviera actuando el propio ente. No es menos importante resaltar lo que sostiene Zelaya: *“Ningún estatuto o ley puede facultar al órgano para cometer ilícitos civiles, es perfectamente posible que, ejerciendo su giro ordinario, se cause un daño a un tercero”*¹⁹. Es decir, que si el conjunto de personas que conforman el órgano del ente, en una reunión constituida bajo la ley o su estatuto, toman una decisión o acuerdo, que luego al ejecutarla causare daño alguno, es la persona jurídica quien responderá por el ilícito acaecido, de manera independiente de las personas que la representan.

¹⁸ RODRÍGUEZ, A. ALESSANDRI. *“De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno”*, Ediar Editores Ltda., Santiago. Pág.153, 1983.

¹⁹ ZELAYA ETCHEGARAY, PEDRO N. *“Sobre la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas en el Código Civil Chileno”*. Revista Chilena de Derecho. Nº 3, volumen 13. Pág.536, septiembre-diciembre 1986.

Hasta antes de la aparición de esta teoría, sólo se pensaba en la actuación de las personas jurídicas por medio de los mecanismos clásicos de representación, luego cuando aparece la formulación de la teoría del órgano, se buscó articular técnicamente la responsabilidad delictual de las corporaciones y del Estado. En palabras de Léon Duguit; *“Si se ve en los agentes de una corporación o del Estado, a órganos de la persona colectiva, el acto voluntario de esos órganos es acto voluntario de la persona jurídica; lo que se nos aparece exteriormente como culpa de los agentes es realmente culpa de la corporación o del Estado. Hay pues verdaderamente una voluntad delictual de la persona colectiva; hay responsabilidad personal y directa de la corporación o del Estado. Esta responsabilidad puede incluso ser penal”*²⁰.

Es importante hacer mención al pensamiento sostenido por el investigador José M. Valdivia: *“Esta concepción de la teoría del órgano como presupuesto de la responsabilidad directa no es un mecanismo exclusivo del derecho público. Una parte del derecho privado intenta justificar la responsabilidad directa de las personas jurídicas privadas a base de la teoría del órgano. Basta, en efecto, con distinguir en el seno de una persona jurídica, o más generalmente de una empresa, entre aquellos entes que gozan de poder de dirección y los engranajes de simple ejecución. Órganos, los primeros, comprometen la responsabilidad de la persona jurídica en forma directa; los segundos, simples agentes, sólo pueden*

²⁰ Duguit, Léon. *L'État, les gouvernants et les agents*, Fontemoing, París, 1903 (Reedición Dalloz, París, 2005), Pág. 35.

*comprometer la responsabilidad de la empresa conforme a mecanismos de la responsabilidad por hecho ajeno*²¹.

A modo de concluir la presente teoría, Zelaya indica con claridad que “...Pero el problema surge al tratar de fundamentar dicha responsabilidad en los principios consagrados por nuestro Código Civil respecto de las personas jurídicas y de la responsabilidad extracontractual (...)La responsabilidad civil de las personas jurídicas podrá fundarse en la Teoría de la representación o en la teoría del órgano. Creemos que esta última es la más justa y la más acorde con las exigencias de vida moderna, toda vez que las mayores complicaciones de la ciencia y la tecnología hacen que el actuar de las personas jurídicas sea cada día más difícil de radicar o reconducir en una persona natural, convirtiéndose la imputabilidad de la malicia o negligencia en algo totalmente imposible e ilusorio de realizar. Además de considerar que el representante no puede jamás hacer por cuenta y a nombre del representado un acto que exige conciencia subjetiva o voluntad personal de este último; el órgano de una persona jurídica puede, al contrario, realizar por cuenta de esta persona actos dolosos o culpables, siempre que no se trate de actos totalmente incompatibles con la naturaleza propia de toda persona jurídica (v.gt.: el matrimonio). La voluntad – única capaz de generar intencionalidad dolosa o culpable- de toda persona moral sólo puede encontrarse o radicarse en sus órganos. De ninguna forma puede pretenderse radicar esa voluntad sub-

²¹ VALDIVIA OLIVARES, JOSÉ MIGUEL. “Teoría Del Órgano Y Responsabilidad Pública En La Ley De Bases De La Administración Del Estado”. En: 2006, Revista de Derecho, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000200007

jetiva en el representado pues éste y su representante tienen una individualidad propia, una intencionalidad subjetiva incomunicable. Pero no por esto negamos o criticamos la teoría de la representación, pues –como la ha señalado nuestra jurisprudencia– muchas veces existe un vínculo claro de dependencia o cuidado que hacen posible y necesario recurrir a la presunción de responsabilidad por el hecho del dependiente...”²².

En la teoría organicista, parece en principio estar enmendados los problemas de cimentar una responsabilidad directa de la persona jurídica, reduciendo el riesgo de involucrar al agente, pues su acto sería por definición un acto de la persona jurídica. Sin embargo, las interpretaciones de la doctrina parecen no conciliarse del todo, hay quienes critican la construcción teórica de la misma, manifestando que es compleja por presentar limitaciones que reducen su alcance y dificultan la posibilidad de darle un sentido único.

- **Teoría del Riesgo:** En general esta teoría está destinada a las personas físicas o naturales en el campo civil extracontractual, y lo que busca es que, ante la tecnificación y el crecimiento de las sociedades, se pueda establecer criterios menos complicados para fijar quién tiene la responsabilidad, dado que el riesgo que representa gran parte de las actividades diarias muchas veces hace difícil determinar quién ocasionó el perjuicio.

Se trata de una responsabilidad objetiva por medio de la cual bastaría demostrar el incremen-

²² ZELAYA ETCHEGARAY, PEDRO N. Pág.536, Óp. Cit.

to del riesgo en la actividad. *“...El riesgo entonces pretende referirse única y exclusivamente a una responsabilidad por daños que desplaza en todo la idea de culpa como fundamento de la responsabilidad civil”*²³.

Para esta teoría, es responsable todo aquel que lleve a cabo una actividad o conducta que conlleva el riesgo de una consecuencia dañosa, en otras palabras sería una actividad riesgosa que de darse el daño, debe responder por ello. Aquí ya no se busca que el responsable sea sólo una persona sino, todos quienes intervienen en la creación del riesgo y establecieron las condiciones para que el daño se provocase, es decir, aun teniendo cuidado, serían responsables aquellos que han asumido el riesgo de llevar una acción que pueda ocasionar un resultado dañoso para otras personas

Para el catedrático Hernán Corral Talciani, la teoría de la responsabilidad objetiva o por riesgo; *“ ...Surge, así, la teoría de la responsabilidad objetiva, según la cual la obligación de reparar debe ser configurada al margen de consideraciones culpabilísticas; de allí la calificación de “objetiva”, que se contrapone a la de “subjetiva”, supuestamente centrada en la conciencia del sujeto. La teoría fue formulada en Alemania por Mataja (1888), en Italia por Orlando (1894) y en Francia por Saleilles y Josserand (1897). Según esta teoría, quien crea un riesgo debe sufrir las consecuencias si el riesgo llega a producir un daño; quien con su actividad irroga*

²³ SARMIENTO GARCÍA, MANUEL GUILLERMO. *“Estudios de responsabilidad civil”*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Pág. 179-242, 2003.

un daño, debe repararlo, haya o no dolo o culpa de su parte. Esta teoría ha sido muy recurrida frente a los daños producidos por organizaciones en las que es muy complejo individualizar al culpable, o en que no existe propiamente culpa en estricto rigor, ya que el daño es estadísticamente necesario a una determinada actividad productiva. Un primer campo de objetivación de la responsabilidad fue el de los accidentes del trabajo, pero aquí rápidamente el sistema evolucionó hacia un modelo de seguro obligatorio y por tanto de seguridad social, escapándose así de los márgenes del derecho privado. Un segundo campo en el que comienza a defenderse la aplicación de la responsabilidad sin culpa es el de las actividades o cosas peligrosas. En Francia, la jurisprudencia utilizó el art. 1384 del Código Civil (responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas) para cubrir supuestos de daños producidos por tranvías y ferrocarriles. En otros países, como Italia o España, la aceptación de la doctrina de la responsabilidad objetiva fue acogida por razones de equidad por la jurisprudencia...”²⁴.

²⁴ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. “La teoría de la responsabilidad objetiva o por riesgo”.
En: <https://doctrina.vlex.cl/vid/teoria-responsabilidad-objetiva-riesgo-352775970>

CAPÍTULO II

LA EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL PARAGUAY

1- Etapas de la evolución legislativa de la responsabilidad estatal en el Paraguay

La evolución legislativa de la responsabilidad estatal en el Paraguay, se puede sintetizar en las etapas siguientes:

1.1. Responsabilidad fundada en el Código Civil

Hasta la promulgación de la Ley N° 1506/35 que estableció el Estatuto del Funcionario Público, conforme señala Salvador Villagra Maffiodo «la responsabilidad del Estado podía fundarse perfectamente en las disposiciones del Código Civil (de Vélez Sarsfield, vigente en nuestro país en aquel entonces), que luego de prescribir en su art. 1109 el principio general de responsabilidad por daños causados por culpa o negligencia, extiende en el art. 1112 el mismo régimen *“a los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de*

sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas” y en el art. 1113 a las personas por “los daños que causaren los que están bajo su dependencia”. Bajo este régimen extensivo quedaba comprendida sin duda alguna la responsabilidad de la Administración por actos ilícitos de sus agentes»²⁵.

La responsabilidad estatal fundada en aquel Código Civil de 1876, se encuadraba dentro de la responsabilidad subjetiva pues implicaba la necesidad de indagar sobre la existencia de la culpa del agente, para responsabilizar al productor del acto dañoso.

1.2. La irresponsabilidad del Estado por ciertos actos de sus funcionarios, establecida en la Ley N° 1506/35. El Estatuto del Funcionario Público, del 31 de octubre de 1935, eliminó la responsabilidad del Estado por los actos de sus funcionarios, pues en su art. 32 disponía: *“El Estado no es responsable por hechos o actos de los funcionarios que importen delitos o cuasidelitos”*.

La disposición de referencia, interpretada literalmente, dejaba abierta la responsabilidad del Estado por las faltas administrativas de sus funcionarios, aunque se puede argumentar que si el Estado excluía su responsabilidad por los actos más grave por qué habría de asumirla por los actos más leves.

1.3. La responsabilidad indirecta del Estado en la Constitución de 1940. No instituyó la respon-

²⁵ VILLAGRA MAFFIODO, SALVADOR. *“Principio de Derecho Administrativo”*. Editorial El Foro, Pág. 301, 1981.

sabilidad del Estado pero sí abrió la posibilidad de instituirlo por ley, al disponer en su art. 17 que *“Todas las autoridades superiores, funcionarios y empleados públicos son responsables individualmente por las faltas y delitos que cometieren en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la responsabilidad indirecta del Estado, que podrá ser establecida en la ley”*. Sin embargo, como no llegó a dictarse una ley especial que la estableciera, siguió vigente el régimen general de la irresponsabilidad del Estado, previsto en la Ley N° 1506/35.

1.4. La responsabilidad del Estado en la Constitución de 1967. Según Villagra Maffiodo, “la Constitución de 1967, dio el paso decisivo estableciendo en el texto del art. 41, luego de prescribir la responsabilidad personal de los agentes públicos *“sin perjuicio de la responsabilidad del Estado, que será reglamentada”*. No se ha dictado la ley reglamentaria, pero debe considerarse vigente la responsabilidad del Estado, como garantía constitucional para la protección de las personas y de sus derechos, en virtud de la disposición del art. 80 que dice: *“La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni menoscabar ningún derecho o garantía”*²⁶.

El referido autor considera que esta disposición establece la responsabilidad directa del funcionario, sin perjuicio de la responsabilidad indirecta del Estado, que debía ser reglamentada.

Por otra parte, indica igualmente que la responsabilidad directa del Estado se establecía en la

²⁶ Ídem nota anterior pág. 302.

normativa constitucional del art. 53 de la Constitución de 1967, que decía: “*Los paraguayos y los extranjeros tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado o los Municipios por los daños y perjuicios de que hayan sido objeto por parte de la autoridad legítima en el ejercicio de sus funciones*”. Esta disposición consagraba la responsabilidad directa del Estado por los actos legítimos de la autoridad, ya que en caso de ilícitos atribuidos a los funcionarios, respondían estos mismos.

2- Responsabilidad del Estado en el derecho vigente

En la actualidad, de lo estipulado en la Constitución Nacional de 1992, se puede colegir que la responsabilidad del Estado -de forma directa- nace a partir de dos situaciones: 1) daños causados por actos legítimos de la autoridad y 2) por error judicial. En contrapartida, también existe la responsabilidad indirecta o subsidiaria por las irregularidades cometidas por sus funcionarios, en caso de insolvencia de estos.

2.1. Responsabilidad directa del Estado

Podemos aseverar que esta responsabilidad del Estado, se da cuando la persona afectada por el daño puede concurrir directamente contra el Estado requiriendo la indemnización correspondiente. Es preciso realizar la salvedad que esta obligación de indemnizar, solamente es factible en los casos de actividades de la administración pública, realizadas en forma legal, es decir, actos regulares. De todas maneras, hay posibilidad de que se examine de manera expresa o tácita esta obligación de indemnizar, en los supuestos de hechos emergentes de actividades riesgosas.

La Constitución Nacional vigente, establece la responsabilidad directa del Estado, en tres hipótesis: **a)** art. 17, numeral 11 (indemnización del Estado en caso de condena por error judicial); **b)** art. 39 (indemnización justa y adecuada por daños y perjuicios por parte del Estado) y **c)** art. 109 (indemnización por expropiación).

Siguiendo el catálogo descripto por el Dr. Manuel Ramírez Candia, en su obra “Responsabilidad Civil de las Personas Jurídicas”: la responsabilidad directa del Estado, ocurriría cuando la causación del daño se halla autorizada expresa o tácitamente por la normativa constitucional, legal o reglamentaria, hipótesis en la que el órgano o funcionario causa daño en el ejercicio regular de sus funciones. Esta circunstancia ocurre en los supuestos siguientes: **Expropiación de los bienes pertenecientes a particulares.** El acto expropiatorio se halla permitido por la propia Constitución, con la obligación de una justa y previa indemnización. El art. 109 de la Ley Fundamental garantiza la propiedad privada, empero, en el tercer párrafo expresa: “...*Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia judicial, pero se admite la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social, que será determinada en cada caso por ley. Esta garantizará el previo pago de una justa indemnización, establecida convencionalmente o por sentencia judicial, salvo los latifundios improductivos destinados a la reforma agraria, conforme con el procedimiento para las expropiaciones a establecerse por ley*”.

Daño de guerra. El acto declaratorio de guerra conlleva implícitamente la autorización de dañar los bienes de las personas. En este sentido, com-

partimos la afirmación del Dr. Pangrazio, de que si en el transcurso de una conflagración bélica se ordenara la demolición de un edificio por cuestiones estratégicas, no se puede responsabilizar por dicho acto al comandante que ordenó dicha demolición, sino al Estado. La doctrina administrativa exonera de responsabilidad al Estado por el uso de los poderes en guerra. **Daño causado durante el Estado de Emergencia.** En los casos de desastre o calamidad pública, el Congreso Nacional tiene la competencia de declarar, por ley, el Estado de Emergencia (art 202, numeral 13 de la CN). Esta ley otorga una facultad implícita a la Administración Pública, de causar daños a los administrados con la finalidad de evitar la situación de emergencia, tales como derrumbe de edificios para evitar la propagación de incendios, sacrificios de animales para evitar la propagación de una epidemia, entre otros. En estos casos, los daños causados en aplicación de la ley, deben ser asumidos directamente por el Estado. Esta responsabilidad directa del Estado, coincide con el concepto de deber jurídico -señalado por Kelsen- pues en estos casos la obligación de reparar los daños surge de la propia normativa y no por actos ilícitos de los funcionarios. **Daños causados por cosas utilizadas por el Estado.** Ocurre cuando no tenga como supuesto fáctico la conducta irregular de sus funcionarios. Además, otro supuesto de responsabilidad directa del Estado es por sus actividades riesgosas o por hechos causantes del daño, sin la intervención volitiva de sus funcionarios²⁷.

²⁷ RAMÍREZ CANDIA, MANUEL. Op. Cit. Pág. 169.

2.2. Responsabilidad extracontractual o indirecta del Estado

La responsabilidad extracontractual es aquella que no deriva de un deber específico, resultante de un vínculo jurídico anterior establecido con sujetos determinados, sino del deber genérico de respetar la esfera y los bienes jurídicos de los otros sujetos con los cuales convivimos, en sociedad.

Esta responsabilidad extracontractual que se pretende atribuir al Estado puede, considerarse desde dos puntos de vista; en responsabilidad extracontractual por actos lícitos y responsabilidad extracontractual por actos ilícitos.

La responsabilidad indirecta del Estado, conforme con al artículo 106 de la Constitución, tiene lugar cuando en la esfera estatal, se realicen actividades irregulares, las cuales son efectuadas a través de sus agentes y que las mismas provoquen un daño. Asimismo, está previsto que esta circunstancia sea asumida subsidiariamente por el Estado, cuando estos agentes sean declarados insolventes.

La citada norma constitucional estipula: ***“DE LA RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO Y DEL EMPLEADO PÚBLICO. Ningún funcionario o empleado público está exento de responsabilidad. En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, son personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho de éste a repetir el pago de lo que llegase a abandonar en tal concepto”.***

Es decir, el Estado asume una responsabilidad indirecta por las actividades de sus funcionarios que carecen de bienes suficientes para reparar los daños causados por sus actos irregulares.

Estos actos irregulares pueden consistir en:

- a) Transgresiones, que deben ser entendidas como actos o hechos administrativos irregulares que se producen en violación de los principios de legitimidad, competencia y forma.
- b) Delitos, son las conductas tipificadas como tales en la normativa penal.
- c) Faltas, son las conductas tipificadas como tales en las leyes administrativas²⁸.

Así también, encontramos que el Código Procesal Penal, consagra, una verdadera responsabilidad extracontractual directa del Estado por el pago de las costas del proceso. Esto tiene lugar cuando, medie absolución o sobreseimiento definitivo, a consecuencia de una demostración fehaciente de la inocencia del imputado.

Dicha responsabilidad opera en ausencia de toda culpa o negligencia de los agentes o funcionarios encargados de la persecución penal. El hecho generador está determinado por la “actuación lícita” del Estado.

Para mayor ilustración a fin de comprender la responsabilidad extracontractual consideramos pertinente efectuar el siguiente esquema.

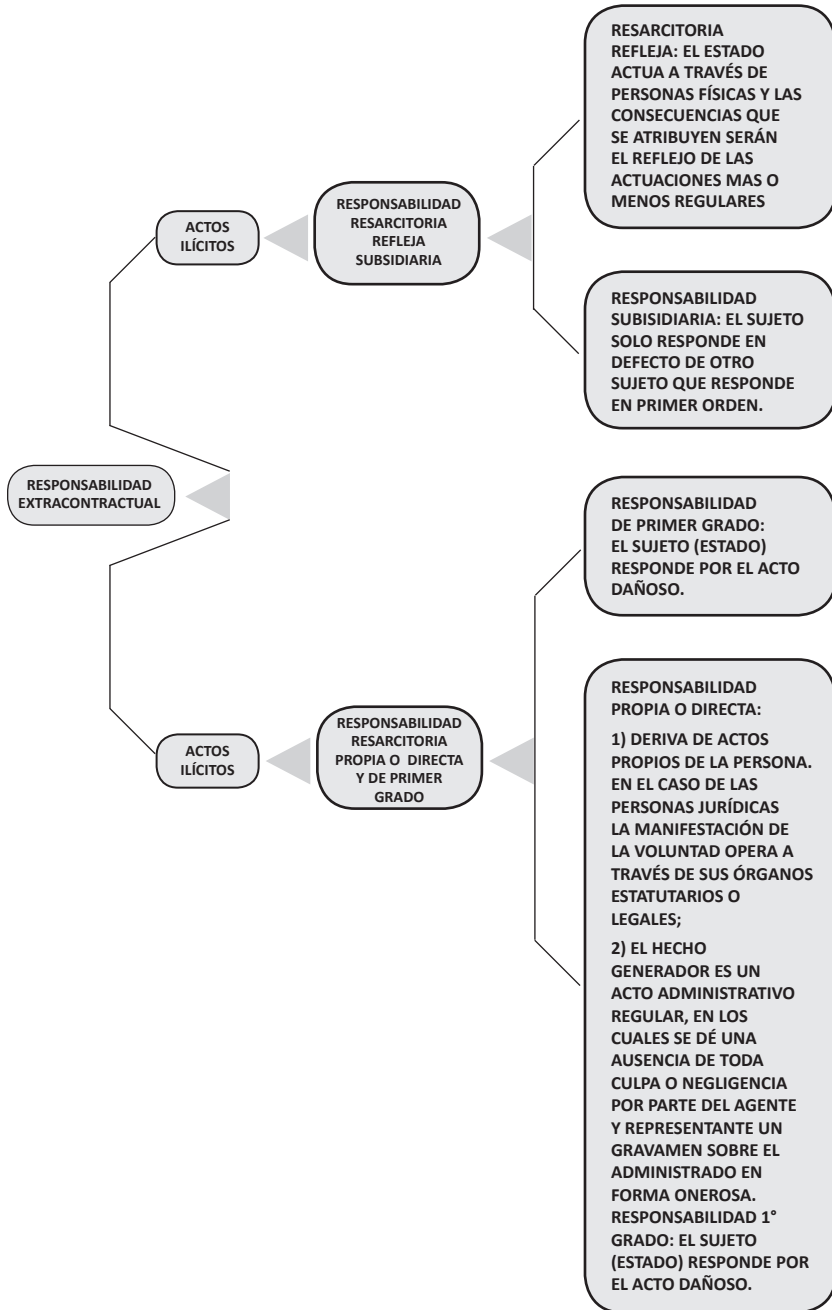
²⁸ RAMÍREZ CANDIA, MANUEL. Op. Cit. Pág.170.

Artículos 265 C.N y
266 del C.P.P

- *Actos lícitos y responsabilidad directa del estado.*
- *Responsabilidad objetiva, directa y principal.*
- *Sin importar la imputación culposa ni dolosa de sus agentes*
- ***Al basarse en la licitud del acto el estudio de la antijuridicidad está vedada.***

Artículos 106 C.N y
1845 del C.P.P

- La naturaleza de obligación deviene de actos ilícitos.
- Responsabilidad directa de los funcionarios y empleados públicos.
- Responsabilidad subsidiaria del estado en caso de insolvencia de los anteriores.
- Indemnización reclamable en la instancia civil.
- ***Al basarse en la ilicitud del acto debe realizarse un estudio de la antijuridicidad.***



2.3. ACUERDO Y SENTENCIA NUMERO: Novecientos sesenta y dos. Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional

Compartimos con el lector un resumen de la sentencia emanada de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, de nuestro país.

[...ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL JUICIO: “JUAN FELIX CAÑETE Y OTRO S/ ABIGEATO EN COLONIA VIRGEN DEL ROSARIO”. AÑO: 2008 — N° 936.

ACUERDO Y SENTENCIA NUMERO: Novecientos sesenta y dos.

En la ciudad de Asunción, Capital de la República del Paraguay, a los cuatro días del mes de setiembre del año dos mil diecisiete, estando en la Sala de Acuerdos de la Corte Suprema de Justicia, los Excmos. Señores Ministros de la Sala Constitucional, Doctores ANTONIO FRETES, GLADYS BAREIRO DE MÓDICA y MIRYAM PEÑA CANDIA, ante mí, el Secretario autorizante, se trajo al acuerdo el expediente caratulado: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL JUICIO: “JUAN FELIX CAÑETE Y OTRO S/ ABIGEATO EN COLONIA VIRGEN DEL ROSARIO”, a fin de resolver la acción de inconstitucionalidad promovida por los Procuradores Adjuntos de la Procuraduría General de la República del Paraguay, Abogados Nery Walter Fleitas Valdez y Arnaldo Manuel Acosta Insfrán.

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, resolvió plantear y votar la siguiente:

CUESTION:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada la Doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: Con el escrito de Acción de Inconstitucionalidad presentado por los Procuradores Adjuntos de la Procuraduría General de la República del Paraguay, Abogados Nery Walter Fleitas Valdez y Arnaldo Manuel Acosta Insfrán, se verifica que impugnan cuanto sigue:

El punto N° 3 de la parte resolutive del A.I. N° 822 de fecha 13 de octubre del 2003 dictado por el Juzgado Penal de Garantías N° 3 de la ciudad de Coronel Oviedo; por el cual se condenó al Estado Paraguayo en costas en los siguientes términos: "...3) Imponer las costas procesales de la presente causa y hasta este estadio, proporcionalmente a los imputados Simeón López Duarte y Adolfo López Crista/do y al Estado Paraguayo de conformidad a/o dispuesto por el artículo 266 de la Ley 1286/98... «(sic).

El punto 2 de la parte resolutive del A.I. N° 212 del 05 de diciembre del 2003, emanada del Tribunal de Apelación Penal de la ciudad de Coronel Oviedo, por el cual se dispuso: "...Modificar el punto 3) del A.I. N° 822 del 13 de octubre del año en curso, dictado por el Juez Penal de Garantías de esta ciudad, Abogado Alberto Godoy, exonerando de las costas a los imputados Simeón López Duarte y Adolfo López Cristaldo, con el alcance señalado en el exordio de la presente resolución... «(sic).

Antes del análisis de las cuestiones sometidas a consideración de esta Sala Constitucional, debemos considerar la verificación de viabilidad formal de la Acción de Inconstitucionalidad, para lo cual nos remitimos a las disposiciones del Art. 550 del Código Procesal Civil que faculta a toda persona lesionada en sus legítimos derechos, ya sea por leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas municipales, resoluciones u otros actos administrativos que infrinjan principios o normas de la Constitución, a promover ante la Corte Suprema de Justicia, la acción de inconstitucionalidad en el modo establecido en las disposiciones del Art. 556 del mismo cuerpo legal. Al respecto, ésta última refiere que procederá la acción contra resoluciones de los jueces o tribunales cuando: a) por si misma sean violatorias de la Constitución; o b) se funden en una ley, decreto, reglamento u otro acto normativo de autoridad, contrarios a la Constitución en los términos del artículo 550, parafraseado precedentemente.

Prosiguiendo con el estudio de admisibilidad, para determinar el cumplimiento de las formalidades procesales al instaurar la acción, el artículo 557 del Código Procesal Civil, establece el plazo de nueve días para promoverla, contados a partir de la notificación de la resolución impugnada, sin perjuicio de la ampliación por razón de la distancia.

En el caso de autos, la resolución cuestionada fue notificada a los accionantes el 04 de julio de 2008 y, su escrito de promoción fue presentado en secretaría de la Corte Suprema de Justicia el 17 de julio de 2008, tal como lo dispone la segunda parte del Art. 557 del C.P.C., en consecuencia, corres-

ponde tener por presentado en término la Acción de Inconstitucionalidad.

Del estudio de los requisitos para la admisibilidad formal, a la luz de la norma transcripta precedentemente, la presentación cumple con los requisitos además de hallarse debidamente fundada; acreditadas dichas circunstancias, voto por su admisibilidad.

Una vez cumplidos los requisitos formales, corresponde atender los fundamentos de los accionantes para considerar inconstitucional las decisiones impugnadas. En efecto, se alega que las decisiones contenidas en las resoluciones judiciales impugnadas, se fundan en normas procesales inconstitucionales. Es decir, sostienen que, la decisión de imposición de las costas procesales al Estado Paraguayo, basadas en las disposiciones de los artículos 265 y 266 del Código Procesal Penal, resultan inconstitucionales por hallarse en contradicción con las disposiciones contenidas en el Art. 106 y 128 de la Constitución Nacional.

De los fundamentos contenidos en el escrito de inconstitucionalidad se extracta cuanto sigue: "...las disposiciones contenidas en los artículos 265 y 266 del C.P.P., generaliza la imposición de las costas contra el Estado para todos los casos de aplicación de Sobreseimiento definitivo y Absolución del acusado. Resulta evidente que el legislador no consideró el artículo 106 de la C. N. infringido por estas normas legales, pues en la redacción de las mismas en ningún caso se previó la responsabilidad del funcionario. Esta responsabilidad debería

estar expresamente establecida como excepción a la regla de exención de imposición de costas al Representante del Ministerio Público establecida en el artículo 262 del C. P. P., además, todo el razonamiento vertido en la presente impugnación es armónico con las disposiciones del artículo 17 inciso 11 de la Constitución Nacional, el cual prevé la indemnización del Estado a favor del imputado solo, única y exclusivamente en caso de error judicial. Como se puede apreciar de los fundamentos de este escrito, el error judicial no existe, pues los magistrados fallaron conforme a derecho sobreseyendo al procesado...Ante lo expuesto resulta evidente la ausencia de fundamento constitucional de los artículos 265 y 266 del C. P. P., los cuales infringen los artículos 106 y 128 de la C.N., afectando constantemente al Patrimonio Estatal...” (sic).

A los efectos de la realización del control constitucional, esbozaremos un enunciado relacional de las normas constitucionales respecto de las normas legales procesales impugnadas de inconstitucionales. Dicho propósito conlleva la tarea no sólo de comparar los signos contenidos en los textos, sino es necesario igualmente precisar el significado de las formulaciones normativas, tanto el de la disposición constitucional como de la legal.

La disposición constitucional contenida en el Art. 106, titulada: “De la responsabilidad del funcionario y del empleado público”; dispone como regla general que ningún funcionario o empleado público está exento de responsabilidad; esta responsabilidad se configura con las transgresiones, delitos o faltas que cometiere en el desempeño de

sus funciones; finalmente, establece que la responsabilidad del Estado es subsidiaria, con derecho a repetir lo que llegase a abonar en tal concepto.

Por su parte los Artículos 265 y 266 del Código Procesal Penal, los cuales fueron citados por los Magistrados en el fundamento de las resoluciones impugnadas y, contra las cuales se emitieron un juicio de descalificación por incompatibilidad lógica o contradicción respecto de la Constitución; se hallan sistemáticamente ubicadas en el Título I del Libro Quinto “Costas e Indemnizaciones” del ordenamiento procesal de referencia. La situación fáctica contenida en la norma procesal del Art. 265 CPP refiere imperativamente- que las costas serán soportadas por el Estado cuando se haya demostrado fehacientemente la inocencia del imputado en una sentencia absolutoria; de lo apuntado, el título del artículo: “Absolución”, nos ubica en la etapa del proceso correspondiente al Juicio Oral y Público, señalamiento que se refuerza con la indicación del acto del proceso en que debe constar la demostración de inocencia: “...en una sentencia absolutoria...”.

Seguidamente, en el artículo 266 del CPP, titulado: “Sobreseimiento Definitivo y extinción de la Acción Penal”; encontramos que para el caso de la resolución anticipada del proceso, ya sea a través del Sobreseimiento Definitivo y Extinción de la Acción Penal, imperativamente la norma procesal, dice: “...regirá, analógicamente, el artículo anterior...”; es decir, para las situaciones fácticas (Sobreseimiento y Extinción) consideradas análogas a una Absolución en juicio oral y público- corres-

ponde que las costas sean soportadas por el Estado. La segunda parte del mismo artículo establece una salvedad en cuanto a la Extinción de la Acción penal, cuando esta decisión se funde en una causa sobreviniente a la persecución ya iniciada, hipótesis que nos remite a las disposiciones del Art. 25 del Código Procesal Penal, en cuyo caso, si los motivos de la resolución se fundaren en alguna de ellas, el tribunal fijará porcentajes que correspondan a los imputados y al Estado.

Del análisis de las normas impugnadas, advertimos la existencia de normas condicionales, en las cuales se verifican antecedentes diferentes y consecuentes incompatibles, es decir, normas que vinculan diferentes situaciones fácticas (caso de absolución; extinción de la acción y; sobreseimiento) con soluciones normativas incompatibles con la prevista en la norma constitucional para responsabilizar directamente al Estado, considerando que esta última es siempre subsidiaria a la responsabilidad del funcionario público; situación que nos lleva a afirmar la existencia de una incompatibilidad lógica o contradicción de los preceptos contenidos en los Art. 265 y 266 del CPP, respecto a la norma constitucional, el Art. 106 de la Constitución de la República del Paraguay.

Las consideraciones expuestas, nos conducen inequívocamente a la conclusión de que la acción de inconstitucionalidad planteada deviene procedente, respecto a los Art. 265 y 266, no así del Art. 262 del Código Procesal Penal -contra el cual no se ha justificado agravio constitucional alguno-; se halla plenamente justificada la lesión constitu-

cional concreta ocasionada a las disposiciones de los Arts. 106 y 128 de la Constitución Nacional; considero que el fundamento para la imposición de las Costas al Estado Paraguayo, citado las disposiciones legales cuestionadas, colisiona con la norma constitucional que establece la responsabilidad subsidiaria del Estado como regla, incurriendo en contradicción; por lo que corresponde su anulación.

En consideración a las disquisiciones realizadas, en inteligencia de esta Magistratura, corresponde hacer lugar a la presente Acción de Inconstitucionalidad, respecto a los Art. 265 y 266, no así del Art. 262 del Código Procesal Penal -contra la cual no se ha justificado agravio constitucional alguno anulando el punto 2 de la parte resolutive del A.I. N° 212 del 05 de diciembre del 2003, emanada del Tribunal de Apelación Penal de la ciudad de Coronel Oviedo, reenviando a un nuevo Tribunal, con lo cual quedaría subsanado el agravio. Es mi voto.

A su turno la Doctora PEÑA CANDIA dijo: En el sub iudice, se trata de determinar la procedencia -o no- de una acción de inconstitucionalidad incoada contra los Arts. 265 y 266 del Código Procesal Penal.

Los accionantes sostienen que las normas impugnadas, violan el régimen de responsabilidad consagrado en el Art. 106 de la Constitución. Vayamos, pues, a su estudio.

Primeramente, es importante realizar algunas breves disquisiciones acerca de la responsabilidad del Estado. Así, la responsabilidad extracontrac-

tual es la que no deriva de un deber específico, resultante de un vínculo jurídico anterior establecido con sujetos determinados; sino del deber genérico de respetar la esfera y los bienes jurídicos de los otros sujetos con los cuales convivimos, en sociedad. Ahora bien, la responsabilidad extracontractual del Estado puede ser deslindada ulteriormente en responsabilidad extracontractual por actos lícitos y responsabilidad extracontractual por actos ilícitos. En efecto, la responsabilidad extracontractual puede surgir tanto por actos civilmente ilícitos del Estado, como por actos lícitos que lesionan la esfera jurídica de una persona particular. Es decir, actos que no violan ningún precepto legal, que se realizan dentro de los límites de las atribuciones estatales y en su ejercicio, no obstante generan un perjuicio que se evidencia en la esfera jurídica del titular de un bien o derecho determinado. La distinción entre la actuación lícita o no del Estado es vital para determinar el tipo de responsabilidad y el modo como ella puede ser reclamada.

En los actos ilícitos, dicha la responsabilidad es refleja; en tanto que la responsabilidad derivada de actos lícitos solo podría ser propia o directa. La responsabilidad es propia cuando deriva de actos propios de la persona; es decir se aplica directamente a la persona -física o jurídica- que produce el acto que genera la responsabilidad. En el caso de personas jurídicas, el proceso de formación y manifestación de la voluntad opera a través de sus órganos estatutarios o legales.

En su caso, el Estado siempre actúa a través de personas físicas, y por tanto las consecuencias

que se le atribuyen serán el reflejo de las actuaciones más o menos regulares de aquellas; así, la responsabilidad del Estado es siempre el reflejo de las actuaciones de las personas que componen la función pública. No obstante, la teoría del órgano hace que los actos regulares de los funcionarios y demás agentes con función pública se atribuyan directamente al Estado, que tiene así una responsabilidad también propia y no solo refleja.

Asimismo, la responsabilidad puede ser también de primer grado o subsidiaria. En el primer caso, el sujeto -el Estado, por ejemplo- responde primeramente del acto dañoso; en el segundo caso, el sujeto solo responde en defecto de otro sujeto que responde en primer orden.

En suma, si el acto es lícito, la responsabilidad resarcitoria del Estado es directa y de primer grado. Por su parte, los actos ilícitos conllevan la responsabilidad refleja y subsidiaria del Estado.

La más autorizada doctrina nacional ha sentido, respecto del régimen de la responsabilidad extracontractual directa del Estado para las personas de derecho público, que: “El problema de la responsabilidad extracontractual del Estado está resuelto en la Constitución vigente que en su Art. 41, al consagrar la responsabilidad personal de los agentes, prescribe: ‘sin perjuicio de la responsabilidad del Estado, que será reglamentada’, y en el Art. 53 que establece: ‘Los paraguayos y los extranjeros tendrán derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios de que hayan sido objeto por parte de la autoridad legítima en el ejercicio de sus funcio-

nes” (VILLAGRA MAFFIODO, Salvador. Principios de Derecho Administrativo. Asunción. El Foro. Pág. 297).

Así pues, la responsabilidad extracontractual del Estado y de las entidades de derecho público podrá ser reclamada en forma directa a éstos, cuando el hecho generador sea un acto administrativo regular; es decir, un acto reglamentario, legislativo o sentencia judicial, en los cuales se dé la ausencia de toda culpa o negligencia del agente o funcionario, y represente un gravamen cuya incidencia recaiga sobre el administrado accionante en forma excesivamente onerosa.

En cuanto al caso que nos atañe, el Art. 265 del Código Procesal Penal literalmente dispone: “Cuando se haya demostrado fehacientemente la inocencia del imputado en una sentencia absolutoria, las costas serán soportadas por el Estado”. Por su parte, el Art. 266 del mismo cuerpo normativo textualmente estatuye: “Para los casos de sobreseimiento definitivo y declaración de extinción de la acción penal regirá, analógicamente, el artículo anterior, salvo cuando la decisión se funde en la extinción de la acción por causa sobreviniente a la persecución ya iniciada, en cuyo caso el tribunal fijará los porcentajes que correspondan a los imputados y al Estado”.

Aquí es importante recordar que el concepto de costas procesales comprende todos los gastos causídicos de un litigio; estos son los gastos que las partes se ven obligadas a efectuar como consecuencia directa de la sustanciación del proceso.

Normalmente la responsabilidad por el pago de las costas pesa sólo sobre las partes, sin perjuicio de derecho de repetición.

En efecto, la parte vencida es la que obtiene un pronunciamiento judicial adverso a la postura que sustentó en el proceso. En dicho sentido, el actor resulta vencido cuando su pretensión es rechazada en su integridad, mientras que el demandado resulta vencido cuando su oposición corra la misma suerte.

Es preciso señalar, además, que el principio general de imposición de costas establece que la parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos a la contraria, aun cuando su contraparte no lo hubiese solicitado, vale decir, rige, en principio, el sistema objetivo de imposición de costas. Básicamente, el fundamento del principio enunciado reside en el hecho objetivo de la derrota, con prescindencia de la buena o mala fe con que la parte vencida pudo haber actuado durante el desenvolvimiento del proceso. “El fundamento de la imposición de costas no responde a una idea de mala fe u oposición sin motivos valederos sino que se vincula con el hecho de haber dado ocasión a la puesta en funcionamiento del servicio de justicia” (CNCiv, F, 19.12.79, JA, 1980-IV-311).

El principio objetivo no implica, por lo tanto, el reconocimiento de una reparación de daños fundada en la presunción de culpa y regulada en consecuencia por las pertinentes disposiciones del derecho material, sino que configura una directriz axiológica, de sustancia procesal, en cuya virtud

“...se debe impedir, en cuanto es posible, que la necesidad de servirse del proceso para la defensa del derecho se convierta en daño de quien se ve constreñido a accionar o a defenderse en juicio para pedir justicia” (CHIOVENDA, Giuseppe. Sobre la *pertuetuatio iurisdictionis* en Ensayos de Derecho Procesal Civil. Traducción SENTÍIS MELENDO, Santiago. Tomo II. Buenos Aires. Pág. 5).

En otras palabras, la responsabilidad que recae sobre la parte vencida encuentra justificación en la necesidad de preservar la integridad del derecho que la sentencia reconoce a la parte vencedora, y de evitar que los gastos realizados para obtener ese reconocimiento se traduzcan, en definitiva, en una disminución del derecho judicialmente declarado. “Los citados precedentes remiten a los valores jurídicos de orden y poder, porque si el proceso condujese inevitablemente a una disminución del derecho que finalmente se reconoce, lejos de superar el riesgo de inseguridad jurídica entrañaría, por exceso de orden, un plan de vida meramente ritual o formulista y si la sentencia, pese a su carácter de acto de autoridad, no lograra obtener la incolumidad del derecho del vencedor carecería de virtualidad, por insuficiencia de poder, para superar apropiadamente el conflicto suscitado entre las partes” (PALACIO, Lino y ALVARADO VELLOSO, Adolfo. 1989. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires. Rubinzal Culzoni. Tomo III. Pág. 89).

La obligación de reembolso que pesa sobre el vencido debe circunscribirse a aquellos gastos que necesariamente debió afrontar para obtener

el pronunciamiento de una sentencia favorable a su pretensión u oposición con prescindencia de las erogaciones que, en forma manifiesta, excedan los límites de la actuación procesal que normalmente debe desplegarse para lograr esa finalidad. “Las costas del juicio comprenden los que resultan indispensables para obtener el reconocimiento y hacer efectivos los derechos que se debaten enjuicio, y que se realizan en interés directo e inmediato de los acreedores y en conexión con el proceso judicial en cuestión” (CNCiv, D, 07.07.82, 00, 100-404 y LL, 1982-13-164).

Las normas del Código Procesal Penal enunciadas, introducen una innovación de indiscutible justicia, en donde si una persona tuvo que sufrir todas las vicisitudes e incertidumbres que un proceso penal representa, habiendo resultado con posterioridad inocente y desvinculado en forma incuestionable de las acusaciones vertidas en su contra, corresponde pues la previsión de dispositivos de compensación, trasladando la carga del pago de los gastos del juicio al Estado, en virtud de detentar el aparato oficial de persecución penal que está representado por el Ministerio Público Fiscal (VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo y CENTURIÓN ORTIZ, Rodolfo Fabián. 2012. Código Procesal Penal Comentado. Asunción. Intercontinental. Pág. 557).

Vemos, pues, que el Código Procesal Penal consagra una verdadera responsabilidad extracontractual directa del Estado por el pago de las costas del proceso, cuando medie absolución o sobresei-

miento definitivo, tras una demostración fehaciente de la inocencia del imputado. Dicha responsabilidad opera en ausencia de toda culpa o negligencia de los agentes o funcionarios encargados de la persecución penal, es decir, el hecho generador está determinado por la actuación lícita del Estado.

Es así que, los impugnados Arts. 265 y 266 del Código Procesal Penal, posterior a la Carta Magna, refieren a los actos lícitos y la responsabilidad directa del Estado. La naturaleza de la obligación en la hipótesis prevista en dichas normas, como se puede apreciar, está en la regularidad de los actos. La ley consagra una responsabilidad objetiva, directa y principal del Estado por las consecuencias excesivamente gravosas que pudieran soportar los imputados en el marco de un proceso penal; sin que importe la imputación culposa ni dolosa de sus agentes. Esta responsabilidad opera sin perjuicio del derecho de repetición del Estado, conforme los Arts. 262 y 276 del Código Procesal Penal.

Muy por el contrario, el Art. 106 de la Constitución y el Art. 1845 del Código Civil refieren a los actos ilícitos, a la responsabilidad directa de los funcionarios y empleados públicos y la subsidiaria del Estado, en caso de insolvencia de los primeros. La naturaleza de la obligación en la hipótesis prevista en dichas normas, como podemos constatar, nace de la ilicitud de los actos. La ley supone una solución indemnizatoria reclamable en la instancia civil, basada en ilícitos que los dependientes del Estado, en ejercicio de sus funciones, pudieren cometer.

Existe, pues, una marcada diferencia respecto de la naturaleza y el objeto de ambas normas. Por un lado, la responsabilidad prevista en la norma constitucional -y en el Código Civil- se origina y respalda en la ilicitud de los actos, lo que incluiría un análisis sobre la antijuridicidad, el factor de atribución de responsabilidad, el daño ocasionado y la relación de causalidad. El Código Procesal Penal, en cambio, evidencia una responsabilidad diferente de la mecánica de resarcimiento por actos ilícitos, dado que al generarse en actos lícitos, el análisis de la antijuridicidad, lógicamente, estaría vedado.-

Así pues, no se puede hablar, propiamente, de una derogación en contrario de la responsabilidad prevista en la norma constitucional por la regulada en la norma procesal penal, sino de dos órdenes normativos que coexisten. Por tanto, la responsabilidad prevista por el Código Procesal Penal no contradice, de ninguna manera, la Constitución. Lógico corolario de ello, es que la impugnación de inconstitucionalidad promovida al respecto deviene improcedente.

En conclusión, corresponde rechazar la acción de inconstitucionalidad promovida por los Abogados Nery Walter Fleitas Valdez y Arnaldo Manuel Acosta Insfrán, Procuradores Adjuntos de la Procuraduría General de la República, contra los Arts. 265 y 266 del Código Procesal Penal.

A su turno el Doctor FRETES dijo: Los Abgs. Arnaldo Manuel Acosta Insfrán y Neri Walter Fleitas Valdez, Procuradores Delegados de la Procura-

duría General de la República, promueven acción de inconstitucionalidad contra el punto 3 del A.I. N° 822 del 13 de octubre de 2003, emanado del Juzgado Penal de Garantías N° 3 de la ciudad de Coronel Oviedo y contra el punto 2 del A.I. N° 212 del 5 de diciembre de 2003, dictado por el Tribunal de Apelación Penal de la misma ciudad de Coronel Oviedo, en la causa “JUAN FÉLIX CAÑETE Y OTROS/ ABIGEATO EN COLONIA VIRGEN DEL ROSARIO” así como contra los artículos 262, 265 y 266 del Código Procesal Penal; alegando la vulneración de los artículos 106 y 128 de la Constitución Nacional.

Las partes cuestionadas de las resoluciones judiciales disponen:

- A.I. N° 822 del 13 de octubre de 2003:

...3.- IMPONER las costas procesales de la presente causa y hasta este estadio, proporcionalmente a los imputados Simeón López Duarte y Adolfo López Cristaldo y al Estado Paraguayo de conformidad a lo dispuesto por el artículo 266 de la Ley 1286/798. - A.I. N° 212 del 5 de diciembre de 2003:

...MODIFICAR el punto 3) del A.I. N° 822 del 13 de octubre del año en curso, dictado por el Juez Penal de Garantías de esta ciudad, Abogado Alberto Godoy, exonerando de las costas a los imputados Simeón López Duarte y Adolfo López Cristaldo, con el alcance señalado en el exordio de la presente resolución. En este punto, también cabe traer a colación las disposiciones del Código Procesal Penal que fueran impugnadas en autos, las mismas

establecen:

262.- “Exención. Los representantes del Ministerio Público no serán condenados en costas, salvo los casos en que hayan incurrido en mal desempeño de sus funciones y sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que incurran”.

265.- “Absolución: cuando se haya demostrado fehacientemente la inocencia del imputado en una sentencia, las costas serán soportadas por el Estado”.

266.- “Sobreseimiento definitivo y extinción de la acción penal: Para los casos de sobreseimiento definitivo y declaración de extinción de la acción penal regirá, analógicamente, el artículo anterior, salvo cuando la decisión se funde en la extinción de la acción por causa sobreviviente a la persecución ya iniciada, en cuyo caso el tribunal fijará los porcentajes que correspondan a los imputados y al Estado”.

Previamente a cualquier análisis sobre el fondo de la cuestión planteada corresponde la verificación de los supuestos que hacen a la forma de una demanda de constitucionalidad, en este sentido, tal y como se señala en líneas anteriores, la presente acción fue presentada simultáneamente contra resoluciones judiciales y contra disposiciones legales, ello a su vez, dentro de un proceso judicial tal y como lo refieren los Procuradores Delegados cuando señalan que “en fecha 04 de julio del presente año, la Procuraduría fue notificada de las resoluciones impugnadas, conforme se desprende de las cédulas de notificación agregadas con el presente escrito, tal como se dijo, en las mismas se despren-

de que dentro de un proceso penal formado por la comisión del hecho punible de ABIGEATO atribuido a JUAN FELIX CAÑETE, ADOLFINO LOPEZ CRISTALDO Y SIMEON LOPEZ DUARTE, estos dos últimos fueron beneficiados con el Sobreseimiento Definitivo de conformidad a las disposiciones establecidas en el artículo 359 inciso 1° del C.P.P (sic).

El punto central de la cuestión sometida a estudio consiste esencialmente en la intención real de excusarse el Estado paraguayo en cuanto a la obligación legal que tiene de soportar las costas de un proceso penal, en los casos de juicios derivados de las actuaciones de los Agentes Fiscales responsables de la persecución e impulso de la Acción Penal Pública.

No puede desconocerse que la cuestión planteada resulta repetitiva en nuestros tribunales. Es constante el reclamo tanto por parte de la Procuraduría como de otros sectores respecto de la aplicación de los preceptos a efectos de la atribución de una responsabilidad con la consecuente carga económica en los procesos penales.

Así, avocándonos a una solución acorde a derecho resulta conveniente adelantar algunos aspectos que hacen a la solución del conflicto sometido a consideración de esta Magistratura. En esta idea corresponde primeramente traer a colación algunas disposiciones de la Ley N° 1084/97 “Que regula el procedimiento para el enjuiciamiento y remoción de Magistrados” y que expresa: “Artículo 11.- Compete al Jurado, de acuerdo con el procedimiento establecido en la presente ley, el enjuiciamiento de los miembros de los Tribunales de Apelación de

cualquier fuero o jurisdicción, de los demás Jueces y de quienes ejercen el Ministerio Público como Agentes y Procuradores Fiscales”.

“Artículo 12.- Son causales de enjuiciamiento la comisión de delitos o el mal desempeño de las funciones definidas en la presente ley”.

Tales disposiciones resultan pertinentes en base al planteamiento del accionante y en forma particular al artículo constitucional que denuncia violentado cual es el 106 y que reza: “De la responsabilidad del funcionario y del Empleado Público. Ningún funcionario o empleado público está exento de responsabilidad En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, son personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho de éste a repetir el pago de lo que llegase a abonar en tal concepto”.

Los accionantes exponen en su argumentación que para el caso de que el Agente Fiscal haya actuado tanto de manera diligente o negligentemente, es inaceptable que las costas derivadas de un proceso penal sean impuestas al Estado. En sustento de tal idea realizan un extenso análisis de la actuación del representante del Ministerio Público en el juicio de referencia. Así, en atención a los precedentes se concluye lo siguiente:

Primeramente en cuanto a las resoluciones judiciales impugnadas, vemos que los argumentos esgrimidos en autos no hacen relación a las mismas en forma directa siendo que los accionantes

centran su exposición en el articulado y en la labor desarrollada por el representante fiscal. No obstante ello, el pronunciamiento definitivo sobre el punto acaecerá lógicamente luego del análisis respecto de las disposiciones atacadas, ello en atención a lo que dispone el Código de Procedimientos Civiles en su artículo 556: “Acción contra resoluciones judiciales. La acción procederá contra resoluciones de los jueces o tribunales cuando: a) por sí mismas sean violatorias de la Constitución; o b) se funden en una ley, decreto, reglamento u otro acto normativo de autoridad, contrarios a la Constitución en los términos del artículo 550”.

En cuanto al artículo 262 del Código Procesal Penal, cabe mencionar que los accionantes revelan complacencia de con la citada disposición normativa, de sus expresiones se deduce que los mismos la consideran dictada en consonancia con la disposición constitucional -Art. 106 CN- cuya vulneración reclaman con las demás disposiciones atacadas, consecuentemente, se concluye que no existe reclamo alguno que analizar en relación a la impugnación referida en el presente párrafo.

En lo tocante a las restantes disposiciones, esto es, la que dispone la imposición de costas al Estado en caso de inocencia demostrada en sentencia y los casos de sobreseimiento definitivo y extinción de la acción penal vemos que ambas se complementan con lo expresado por el artículo 106 de la Constitución arriba transcrito cuando dispone “sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho de éste a repetir el pago de lo que llegase a abonar en tal concepto”.

Lo que sucede en la aplicación de las disposiciones atacadas es que en caso de una labor deficiente por parte del Ministerio Público los jueces impondrán las costas del proceso al Estado paraguayo, mas esta situación no resulta definitiva como emerge de la propia Ley Fundamental, ya que en caso de encontrarse ante una labor mal llevada por parte del Agente Fiscal, éste soportará el proceso por tal hecho ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrado, el que podrá declarar la existencia efectiva del mal desempeño lo que dará nacimiento al derecho del Estado de reclamar la reintegración total del pago que haya realizado por su culpa en el proceso principal. Probablemente tal situación se considere un tanto burocrática, mas debe recordarse primeramente que no es función de esta instancia la solución o simplificación de las políticas administrativas del Estado y por otro lado, luego de la lectura y análisis de las disposiciones en contraste con el plexo constitucional, vemos que el articulado atacado no contradice ninguno de los preceptos de aquel, sino que reglamenta la aplicación del mismo, reiteramos quizá algo engorroso en su tramitación, mas no inconstitucional.

Finalmente y retomando la cuestión referente a la acción presentada contra el A.I. N° 822 del 13 de octubre de 2003 y el A.I. N° 212 del 5 de diciembre de 2003 (en lo que respecta a la imposición de costas al Estado) y en la hipótesis prevista en el artículo 556 del C.P.C. ya transcripta, se concluye que al no ser declarados inconstitucionales los artículos impugnados, lógicamente tampoco corresponde hacerlo respecto de las resoluciones recurridas, ello por lo expresado en el inciso “b” del

artículo mencionado. Y en el caso del inciso “a”, “por si mismas sean violatorias de la Constitución”, tampoco resulta procedente ya que los accionantes no han apuntado la presente acción contra los argumentos o fundamentos del juzgador al momento de imponerse las costas, situación que debiera de darse a efectos de anular las citadas resoluciones, ello por lo prescripto en el inciso transcripto.

Por lo precedentemente expuesto, en atención a las disposiciones legales mencionadas y sus concordantes, considero que la presente acción no puede prosperar.

ES MI VOTO.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando SS.EE., todo por ante mí, de que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue.

SENTENCIA NÚMERO: 962.

Asunción, 4 de setiembre de 2.017.

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que anteceden, la Corte Suprema de Justicia Sala Constitucional

RESUELVE:

NO HACE LUGAR a la acción de inconstitucionalidad promovida.

ANOTAR, registrar y notificar...]

3- Conclusiones parciales

Conforme con el desarrollo doctrinario y legislativo de la responsabilidad del Estado en la República del Paraguay, se puede concluir que la admisión de la responsabilidad civil, extracontractual e indirecta del Estado, tuvo que superar varias etapas, tales como:

1. La irresponsabilidad del Estado fundada en la idea de la infalibilidad del Estado, propia de las concepciones de los Estados absolutistas e incluso liberales que surgen a partir de la Revolución Francesa;
2. La responsabilidad de los funcionarios impulsada por la emergencia de las ideas liberales individualistas que confieren determinados derechos fundamentales a los ciudadanos como: la propiedad, la igualdad, entre otros; los cuales propiciaron la admisión de la responsabilidad de los funcionarios estatales por los actos dañosos causados por sus actividades irregulares;
3. La responsabilidad del Estado como desarrollo de las nuevas concepciones del Estado de Derecho abrió camino a considerar la responsabilidad extracontractual del Estado y de las entidades de derecho público que podrá ser reclamada en forma directa a éstos, cuando el hecho generador sea un acto administrativo regular; es decir, un acto reglamentario, legislativo o sentencia judicial, en los cuales se dé la ausencia de toda culpa o negligencia del agente o funcionario, y repre-

sente un gravamen cuya incidencia recaiga sobre el administrado accionante en forma excesivamente onerosa;

4. Los actos que no violan ningún precepto legal, que se realizan dentro de los límites de las atribuciones estatales y en su ejercicio, no obstante generan un perjuicio que se evidencia en la esfera jurídica del titular de un bien o derecho determinado.
5. La responsabilidad es propia cuando deriva de actos propios de la persona; es decir se aplica directamente a la persona -física o jurídica- que produce el acto que genera la responsabilidad, en el caso de personas jurídicas, el proceso de formación y manifestación de la voluntad opera a través de sus órganos estatutarios o legales;
6. El Código Procesal Penal, consagra, una verdadera responsabilidad extracontractual directa del Estado, a través de la imposición del pago de las costas del proceso, cuando, medie absolución o sobreseimiento definitivo, a consecuencia de una demostración fehaciente de la inocencia del imputado.

En otras palabras, la admisión de la responsabilidad civil, extracontractual e indirecta del Estado fue producto de un cambio de paradigma en el concepto del mismo y en su relación frente a los individuos, a quienes, como se vio expuesto en este capítulo, puede perjudicar al realizar sus actividades lícitas o ilícitas.

CAPÍTULO III

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA DOGMÁTICA PENAL

1- Antecedentes históricos

A fin de reducir la brecha y acercarnos a la posibilidad de incorporar la responsabilidad penal de la persona jurídica al derecho positivo paraguayo, en este capítulo presentaremos la evolución histórica de este pensamiento.

Al respecto, la teoría de la persona ficta tiene sus orígenes en las concepciones jurídicas de la Edad Media; sin embargo, en el siglo XIX, Savigny expuso su teoría sobre la persona jurídica, la cual sigue vigente en varios ordenamientos jurídicos -en lo fundamental- hasta la actualidad.

No obstante, con el paso del tiempo, el desarrollo de nuevas concepciones, trajo aparejado un cambio de paradigmas respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas.

1.1. El derecho clásico

Desde el más antiguo tribunal griego, pasando por los inicios del derecho romano vemos que la

figura de la persona jurídica era absolutamente desconocida. Sin embargo, José De Benito con el paso del tiempo, hace hincapié en que del derecho romano nace la más antigua idea de persona jurídica, el Estado. Cicerón dice que pueblo no es la reunión de hombres asociados de cualquier modo, sino la reunión de la multitud por consentimiento del derecho y reunida por la comunidad de intereses²⁹.

Asimismo la situación de engañar a otro para inducirlo a realizar un acto, existe desde el comienzo de la convivencia humana, si bien las primeras ideas de engaño se encuadran dentro de los tipos morales, el derecho romano desarrolló la separación entre el *fas* y el *ius*, y si bien la idea de *Dolus* pertenece al ámbito del *fas*, prontamente comenzó a tener predicamento en el campo del *ius*³⁰.

Tal como señala Bacigalupo; ya en la época clásica existían conjuntos de personas que tenían, en un determinado marco, ciertos derechos subjetivos. En esos casos la suma de sus miembros eran considerados como titulares de los derechos, sin que la desaparición de uno de esos miembros afectara la continuación de esa corporación. En cualquier caso, los clásicos ya comenzaron a distinguir entre los derechos y las obligaciones de la corporación (*universitas*) y los de cada uno de sus miembros (*singuli*)³¹.

²⁹ DE BENITO, JOSÉ. “La personalidad jurídica de las compañías y sociedades mercantiles”. Madrid, España. Editorial Revista de Derecho Privado. Pág. 36/37, 1986.

³⁰ ALBERTO CALCAGNO, RAUL – REZEK, CLAUDIA ALICIA. “Actio Dolii Acción Penal Del Delito Pretorio”. Revista Jurídica Electrónica. Universidad de Lomas Zamora. Pág. 2. Año I. N°2.

³¹ BACIGALUPO, SILVINA. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Tesis. Pág. 19. Madrid, 1997.

La mencionada autora, citando a Otto Von Gierke, indica que en la práctica, la corporación más importante era el municipio, es decir, la ciudad de la provincia. En el Digesto de Justiniano, en los números 3, 4, 15.1; Ulpiano trata la cuestión de si se puede ejercer la *actio de dolus malus* (acusación) contra el municipio, cuando el preceptor de impuestos ha engañado a una persona, enriqueciendo al mismo tiempo a la ciudad. En tal caso, Ulpiano sostuvo la posibilidad del ejercicio de una acción contra el municipio y, como resultado, los habitantes de la ciudad debían devolver lo obtenido por medio de la acción de los preceptores de impuestos a favor de la ciudad. A partir de esta fuente la mayoría de los romanistas sostuvieron la existencia de la capacidad delictiva de las corporaciones en el derecho romano³². Precisamente, a este punto de vista se adhirieron los penalistas que postularon la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como por ejemplo Hans-Heinrich Jescheck.

En ese sentido, Bacigalupo resalta que el derecho romano no conocía la figura de la persona jurídica, aunque se le reconocían derechos subjetivos a los conjuntos de personas. Concluye que se distinguía perfectamente entre los derechos y obligaciones de las *universitas* (corporación) y los de los *singuli* (sus miembros)³³.

Aunque pareciera un imaginativo, partir de la base de esta idea del derecho romano para atri-

³² VON SAVIGNY, FRIEDRICH KARL. “*System des heutigen Romischen Rechts*”, Tomo II. Editorial Veil & Comp. Pág. 319. Berlin. 1840.

³³ BACIGALUPO, SILVINA. Op. Cit. Pág.96

buir la responsabilidad penal de la persona ficta, lo cierto y concreto es que en este periodo clásico, se puede advertir, por un lado, la responsabilidad del municipio por los hechos realizados por sus administradores, y siempre que ello le hubiera reportado algún beneficio, y, por otro, la diferenciación y diverso tratamiento jurídico entre la persona individual (*singuli*) y el colectivo (*universitas*). Esto, en palabras de Bacigalupo, puede ser considerado como las raíces más profundas de la importante evolución que va a tener este tema en la Edad Media³⁴.

1.2. Los Glosadores

La escuela de los glosadores, adquiere su nombre del término “glosa”, que significa, explicación o paráfrasis de una expresión o de un texto de cierta complejidad. Estos estudiosos, volvieron a tratar los textos del derecho romano íntegros, a fin de darles una nueva interpretación.

Así que, es al inicio de la Edad Media cuando se plantea la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En esta época, a decir de Rolf Schmitt “*la pena comienza a ser aplicada por quienes ostentan el poder como una reacción coactiva*”³⁵.

Asimismo, siguiendo los lineamientos de Richard Busch, por primera vez, aparece la pena utilizada de forma voluntaria como un medio para la lucha contra las conductas sociales perniciosas que

³⁴ Ídem nota anterior. Pág. 96.

³⁵ SCHMITT, ROLF. “*Grundrifi des deutschen Strafrechts - Zugleich eine Einführung in das Studium der beiden Entwürfe eines neuen Strafgesetzbuchs von 1919 und 1925*”, Leipzig, 1925, pág. 9; 2 ed., Leipzig, 1931, págs. 7, 9.

garanticen las decisiones adoptadas por la comunidad jurídica. A su vez, la titularidad del poder político y las nuevas funciones económicas atribuidas a las corporaciones otorgan a éstas mayor entidad, generando la necesidad de buscar una respuesta por parte del Estado a las trasgresiones en detrimento de la sociedad³⁶. Por lo que, consideramos que este es el punto de partida, de la relevancia que iría adquiriendo el tema de la responsabilidad colectiva.

Los juristas romanos, como afirma Gierke, no establecieron una teoría en un sentido moderno, sino que se limitaron más bien a formular algunos principios que pretendían expresar las funciones mecánicas de las corporaciones³⁷.

Por lo tanto, afirma Rolf Smichtt si bien los glosadores no llegaron a conocer un concepto de persona jurídica, determinada como la suma de sus miembros y, a su vez; diferenciada como sujeto de derechos y obligaciones de sus miembros como individuos, no ignoraron tampoco la figura de la corporación, entendida como la unidad de miembros titulares de derechos. Tales corporaciones eran consideradas capaces de delinquir. La cuestión de cuándo se estaba en presencia de un delito de la corporación o, de uno de sus miembros, era respondida por los glosadores según los principios del Derecho Romano³⁸.

³⁶ BUSCH, R., *“Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände”*. Leipzig 1933, Págs. 35-37.

³⁷ VON GIERKE, OTTO. *“La ley alemana de asociaciones”*, Tomo III. Pág. 203. Berlín, 1881.

³⁸ SCHMITT, ROLF. *Op. Cit*, Pág. 19.

Consecuentemente, los glosadores sostenían que la *universitas* era responsable de sus acciones no solo desde un punto de vista civil, sino también penal³⁹.

Al respecto, Ferrara dice: “no es maravilloso, por tanto, que los glosadores consideren a las *universitas ipsa* capaz de prestar juramento, de contratar y aun de cometer delitos”⁴⁰.

Finalmente, consideramos acertada la conclusión esbozada por Bacigalupo que afirma que; durante la Edad Media los glosadores no profundizaron en demasía el tema de la responsabilidad de una corporación, más bien se limitaron a reconocerle a la corporación ciertos derechos y a admitir su capacidad delictiva, estableciendo que si los miembros de una corporación daban comienzo conjuntamente a una acción punible (acción de la mayoría), ello daba lugar a un delito propio de la corporación⁴¹.

1.3. Los canonistas

Tal como señala Aller, esta corriente surge “al conjuntar las normas jurídicas con los Libros Santos del Cristianismo, con el objeto de producir una doctrina de corte teológico. En virtud de ello, su gran legado fue un profundo destaque del hombre como individuo. Para esta línea de pensamiento filosófico y trascendente, la responsabilidad habría

³⁹ VON GIERKE, OTTO. Op. Cit. Pág. 236.

⁴⁰ FERRARA, FRANCISCO. “*Teoría de las Personas Jurídicas*”, Editorial Jurídica Universitaria. Pág. 27. Ciudad de México, 2002

⁴¹ BACIGALUPO, SILVINA. Op. Cit. Pág. 97.

de ser primordialmente individual, en vez de colectivas o personas jurídicas, aun cuando la Iglesia como institución fuese considerada en alta jerarquía, pero no ello dejando al hombre a la par de las asociaciones”⁴².

Por lo que los canonistas eran considerados como los estudiosos de las diferentes reglas y normas que regulaban la organización de la Iglesia, además de las facultades y obligaciones de sus miembros.

Con los **canonistas** se va desarrollando lentamente una teoría, aunque aún no se aborda el verdadero problema de la persona jurídica⁴³. El punto de partida de los canonistas era la Iglesia, cuyos derechos no pertenecían a la totalidad de sus fieles, sino a Dios⁴⁴.

A partir de esas consideraciones, es posible afirmar que desde los canonistas comienza la elaboración de un concepto técnico-jurídico de la persona jurídica. Los canonistas admiten la concepción romana de la capacidad jurídica de la *universitas*, apartada conceptualmente de la capacidad jurídica del *singuli*⁴⁵.

⁴² ALLER, GERMÁN. “*Criminalidad del Poder Económico*”. Editorial B de F. Montevideo. Pág. 363, 2011.

⁴³ VON GIERKE, OTTO. Op. Cit. Pág. 245.

⁴⁴ DAHM, GEORG. “*La Ley Penal de Italia a finales de la Edad Media, Investigaciones sobre la Relación entre la teoría. y práctica en el derecho penal de finales de la Edad Media, especialmente en la XVI Siglo, Suplemento sobre la historia del derecho penal alemán*”, Editorial Berlín. Pág.152. Leipzig, 1931.

⁴⁵ BUSCH, RICHARD. Op. Cit. Pág. 39.

Es de destacar que en aquel momento histórico, la Iglesia era considerada prácticamente como modelo de corporación, de esta manera, era factible sostener la capacidad jurídica de la misma. El marco legal que sustentaba esta teoría, estaba determinado en las normas que regía a las instituciones de la Iglesia y a las corporaciones en general.

Las necesidades prácticas a las que se enfrentaban dichas instituciones apuntan, por lo tanto, el inicio de una teoría de la persona jurídica⁴⁶.

Una parte importante de la doctrina, por ejemplo, Gierke, Dahm y Schmitt, coincidían en que la dificultad de explicar el fenómeno real de la organización eclesiástica a partir de la teoría elaborada por los glosadores; forzó a elaborar una teoría propia al respecto, que diera respuesta a los nuevos problemas. Los titulares de los derechos eclesiásticos no eran los miembros de la comunidad de creyentes, sino Dios, en la figura de su representante terrenal⁴⁷.

De esta forma, se concreta el concepto de institución eclesiástica, apartado cada vez más del concepto de corporación (*Genossenschaft*) de los glosadores. La institución eclesiástica es concebida como representación de Dios en la tierra y, por lo tanto, titular real de derechos eclesiásticos⁴⁸.

Siguiendo las ideas de Gierke, se fundamenta una teoría específica de la corporación ecle-

⁴⁶ BINDER, JULIUS. "El problema de la personalidad jurídica", pág. 3, Leipzig, 1907.

⁴⁷ BACIGALUPO, SILVINA. Op. Cit. Pág. 24.

⁴⁸ VON GIERKE, OTTO. Op. Cit. Pág. 245.

siástica, entendiéndola como persona y convertida de esta manera en sujeto de derecho, distinguiendo el concepto jurídico de persona del concepto real de la persona como ser humano. De esta forma, se establece en realidad una teoría de la corporación específicamente eclesiástica que rompe básicamente con la identificación de la persona como ser humano, dando así lugar al concepto de la persona jurídica. La *universitas*, en consecuencia, es jurídicamente algo distinto de los *singuli* que la componen⁴⁹. Como resultado, este ser irreal (corporación eclesiástica) adquiere capacidad por medio de una “ficción jurídica”.

Bacigalupo, citando a varios autores afirma que esta formulación doctrinal es especialmente aceptada y desarrollada por el canonista medieval Sinibaldo dei Fieschi, quien fue Papa bajo el nombre de Inocencio IV, con la finalidad de sostener la imposibilidad de poder excomulgar a corporaciones enteras, dado que la *universitas*, como ser sin alma, no podía ser excomulgada.

El desarrollo de Inocencio IV debía servir para afirmar que se trataba de una persona ficticia. La *universitas* era tratada como un *individuum fictio*. Inocencio IV la denominaba como una persona ficticia “*cum collegium in causa universitas fingatur una persona*”, en otras palabras, un colegio, una *universitas*, puede actuar en el derecho como una unidad, no como una suma. Además, afirmaba que las *universitas* no tenían capacidad de acción ni tampoco capacidad delictiva: “*impossibile est quod*

⁴⁹ Ídem, págs. 250, 277, 280.

universitas delinquent". Sin embargo, si la acción delictiva del preceptor del administrador era realizada por indicación de los miembros o a petición expresa de los mismos, si admitía la responsabilidad de la *universitas*.

La finalidad de esta elaboración doctrinal era evitar que el castigo a las ciudades o corporaciones que se rebelaban contra el Papa o el Emperador recayera sobre cada uno de sus miembros, fuesen culpables o no.

La autora española continúa diciendo que, si bien la doctrina de Inocencio IV no fue aceptada en su totalidad, su punto de partida, la concepción de la *universitas* como una persona ficta, mereció aprobación. Esta teoría se comienza a plasmar en los decretales de los Papas y se impone en el Concilio de Lyon (1245). Especialmente se encuentra plasmada en la colección de decretos de Jorge IX⁵⁰.

Tomando en consideración las voces de Gierke como la de Binder, Bacigalupo considera que estos canonistas fueron los verdaderos padres espirituales de la concepción moderna de la corporación. A ello, es dable agregar que esta teoría de los canonistas también lleva en su seno el origen del dogma *societas delinquere non potest*, que permitía excluir la posibilidad de una excomunión de las corporaciones. A partir de aquí la persona jurídica comienza a tener una teoría y ser considerada como una persona ficta, tesis que la acompañará hasta la actualidad⁵¹.

⁵⁰ BACIGALUPO, SILVINA. Op. Cit. Pág. 25.

⁵¹ BACIGALUPO, SILVINA. Op. Cit. pág. 26.

Por lo dicho, resulta innegable la estrecha relación entre la teoría de la ficción del siglo XIX, desarrollado en el capítulo anterior, y la teoría elaborada por los canonistas, siglos antes.

Sin embargo, Bacigalupo realiza una aclaración importante, en el sentido de que el punto de partida de los canonistas para fundamentar esta teoría tiene orígenes diversos de los que tendrá posteriormente la Teoría de Savigny. Los problemas a los que se enfrentaban los canonistas se relacionaban con preocupaciones muy distintas. Para estos, era importante poder resolver cuestiones como la capacidad delictiva de una corporación, la posibilidad de imponer censuras espirituales y la excomunión de la *universitas*, o bien, la posibilidad de que una *universitas* preste un juramento de lealtad y cuestiones como si una *universitas* podía o no apadrinar a otra.

La cuestión fundamental, consistía en saber si ciertos preceptos del derecho canónico, que por su contenido estaban pensados para ser aplicados a personas físicas, también podrían ser aplicables a las *universitas*; y si tal aplicación se podía fundamentar en razones meramente formales, vale decir, en la idea de la teoría moderna que las concebía como *personae*⁵².

Solamente la persona provista de cuerpo, voluntad y conciencia sería -según Inocencio IV- la única capaz de recibir sacramento y de ser objeto de sanciones terrenales y celestiales, mientras

⁵² Ídem. nota anterior.

que la *universitas* sería una ficción carente tanto de cuerpo como de alma.

Gierke, concluye que; de todo este razonamiento resulta una consecuencia lógica, la capacidad jurídica de la *universitas* se encuentra, por un lado, separada de la capacidad jurídica de sus miembros y, por otro lado, es declarada incapaz de acción, dado que siempre estará necesitada de actuar por medio de un representante⁵³.

De esto se infiere por tanto que; no solo los actos externos de la corporación tienen lugar por medio de representación, sino también los actos internos. Cuando se tratan de actos de voluntad, propios de la *universitas*, estos tienen que ser realizados únicamente por los miembros de la corporación.

Sin embargo, un gran número de canonistas se pronunciaban a favor de la capacidad delictiva de las corporaciones: “*universitas et ecclesia delinquere possunt*”⁵⁴. En este sentido, Johannes Andreae afirmaba incluso que la *universitas* era realmente una persona “*collegium aut universitas, etsi sit persona*”⁵⁵.

Gierke afirma que la cuestión de si existía o no un delito de la corporación era respondida de la misma manera que por los glosadores. Era necesaria la existencia de una acción conjunta de los miembros de la corporación llevada a cabo por me-

⁵³ VON GIERKE, OTTO. Op. Cit. Pág. 281.

⁵⁴ BACIGALUPO, SILVINA. Op. Cit. Pág. 27.

⁵⁵ VON GIERKE, OTTO. Op. Cit. Pág. 204, 279 y BINDER, JULIUS. Op. Cit. Pág. 3.

dio de una toma de decisión de todos ellos. También la decisión de la mayoría afectaba a la corporación de sus miembros⁵⁶.

Dado que los canonistas fueron los primeros en distinguir claramente entre la *universitas* y sus miembros, también fueron los primeros que pudieron diferenciar entre la responsabilidad de esta y la de aquellos. Tanto la responsabilidad de la *universitas* como la de sus miembros tenían lugar de forma paralela. Ambas eran sometidas a un proceso penal con la única particularidad que la corporación era representada, mientras que el individuo en cuestión no podía serlo. Por lo demás, en el proceso penal ambas estaban sometidas a las mismas reglas. Las penas aceptadas por los canonistas para la corporación eran la pena pecuniaria o la limitación de algunos derechos de la corporación o de algunos privilegios⁵⁷.

Tal como concluye Bacigalupo; a partir de los canonistas se puede apreciar un importante giro en la discusión, hecho que motivó a Inocencio IV a sostener la idea de que la *universitas* como ser inanimado era incapaz de acción. Este Papa, solo admitía dicha responsabilidad en aquellos casos en los que la acción delictiva era realizada por orden de los miembros. Surge así, por primera vez, la idea de ficción.

Sin embargo, no hay que olvidar –como afirma Gierke– que la idea de la responsabilidad penal de

⁵⁶ VON GIERKE, OTTO. Op. Cit. Pág. 344.

⁵⁷ Ídem nota anterior.

la *universitas* se encontraba anclada profundamente en la conciencia de la época y que, por ello, la mayoría de los canonistas la seguían sosteniendo⁵⁸.

1.4. Los postglosadores

Los postglosadores, por su parte, aceptaron la idea de los canonistas según la cual, la *universitas* era una persona ficta, aunque admitieron también la posibilidad de que la corporación pudiese cometer delitos. La doctrina más importante, en este sentido, fue la desarrollada por Bartolus de Sassoferrato (1314–1357), quien fundamentaba la capacidad delictiva de la *universitas* con una *fictio iuris*⁵⁹.

Silvina Bacigalupo resume las opiniones de varios autores, quienes aseveran que Bartolus diferenciaba dentro de los delitos de las corporaciones entre aquellos que la *universitas* podía llevar a cabo de forma *propie* (tanto acciones que se encuentran estrechamente relacionadas con la esencia y el ámbito especial de deberes de una corporación, como delitos omisivos de los miembros de la corporación) y los *impropie* (delitos impropios de la corporación) que solo podía realizar una persona como un representante.

Es decir, que la *universitas* solo los podía realizar de forma *impropie* por medio del preceptor de impuestos o de sus miembros⁶⁰.

⁵⁸ BACIGALUPO, SILVINA. Op. Cit. Pág. 97.

⁵⁹ VON GIERKE, OTTO. Op. Cit. Pág. 364 y BINDER, JULIUS. Op. Cit. Pág. 6.

⁶⁰ BACIGALUPO, SILVINA. Op. Cit. Pág. 29.

La limitación que supone esta teoría frente a la de los canonistas es que las acciones punibles realizadas por aquellos órganos que actúan en representación de la corporación no se le pueden imputar a esta. Solo es posible interponer la *accusatio* frente a la *universitas*. Según la opinión de Bartolus, en el caso de los *delicta propria* de la *universitas*, esta es autor, y sus miembros serían coautores o instigadores. Por otra parte, en el caso de los *delicta impropia* de la *universitas*, esta sería coautora o instigadora, mientras que el autor sería su representante⁶¹.

Al respecto, Busch realiza la siguiente tesis: La equiparación de la persona jurídica a la persona física implicó el traslado, en el marco mismo de la ficción, de todas las actualidades naturales del individuo a la *universitas*, lo que explica que se deduzcan las mismas consecuencias jurídicas para ambos⁶².

Sobre estas bases se trató la cuestión de la capacidad delictiva de las corporaciones prácticamente en toda Europa. Por ejemplo, en Alemania estas han sido concepciones básicas hasta el comienzo del Iluminismo tanto en la doctrina, como en la legislación y en la jurisprudencia⁶³.

En definitiva, con esta reseña hemos visto cómo en la Edad Media la doctrina se vio en la necesidad de profundizar en la responsabilidad penal

⁶¹ VON GIERKE, OTTO. Op. Cit. Págs. 402, 410.

⁶² BUSCH, RICHARD. Op.Cit. Pág. 41.

⁶³ SCHAFFSTEIN, FRIEDRICH. “*Las lecciones generales del crimen en su desarrollo por la ciencia del derecho penal común*”. Pág.46. Berlín, 1930.

de las corporaciones (personas jurídicas), principalmente, con el fin de dar una respuesta práctica a las situaciones presentadas, tanto en el Estado como en la Iglesia.

1.5. La persona jurídica como sujeto de derecho en la dogmática clásica del siglo XIX

Nuevamente, siguiendo el pensamiento de Gierke, quien ha sido, sin duda, uno de los juristas que más ha influido en la teoría contemporánea del Derecho, podemos decir que si bien la teoría de la persona ficta permanece externamente inalterada, pierde su contenido espiritual originario, dado que es el derecho natural lo que le da un nuevo contenido, relacionando la persona ficta con la personalidad colectiva de la corporación. Este escenario, no solo va a determinar la teoría del derecho, sino también la de las leyes sucedáneas⁶⁴.

Bacigalupo ilustra que la situación jurídica relatada hasta ahora, se mantuvo prácticamente inalterada hasta finales del siglo XVIII. Luego se produjo en muy poco tiempo un cambio radical de la situación, manteniéndose prácticamente hasta la actualidad la exclusión de la persona jurídica del ámbito del Derecho Penal. En esta época, la modificación de las relaciones del poder dentro del Estado conlleva a su vez un desplazamiento de la relación del hombre con la sociedad.

Las ideas del Iluminismo y del derecho natural implicaron una reducción del autoritarismo que

⁶⁴ VON GIERKE, OTTO. Op. Cit. Págs. 250 ss.

había marcado al Estado de las corporaciones de la Edad Media.

A partir de entonces, el individuo adquiere un lugar determinante en el orden social. La finalidad última de esta organización social consiste en garantizarle al individuo la autodeterminación y la libertad respecto de condicionamientos supraindividuales⁶⁵.

Precisamente por esta razón, Busch sostiene que la idea central que regirá este nuevo periodo es la de un individuo que ocupa un lugar predominante en la concepción del mundo⁶⁶.

Uno de los primeros autores del ámbito penal que sostuvo la imposibilidad de seguir manteniendo las ideas en las que se apoyaba la responsabilidad de la persona jurídica fue Malblanc⁶⁷. Tal es así que este autor negaba tanto la capacidad delictiva de la persona jurídica como también su capacidad de comprender la aplicación de la pena⁶⁸.

Sostenía también que; la responsabilidad de la corporación es en realidad una responsabilidad de sus miembros⁶⁹. Pero, ello solo sería plenamente posible si tanto la imputación como la pena –desde el punto de vista de un derecho penal individual– también alcanzara a todos los miembros de

⁶⁵ BACIGALUPO, SILVINA. Op. Cit. Pág. 30.

⁶⁶ BUSCH, RICHARD. Op Cit. Pág. 45.

⁶⁷ VON MALBLANC, JULIUS FRIEDRICH. "*Opuscula ad ius criminale spectantia*" (Folleto relacionados con el Derecho Penal), Erlangen, 1793.

⁶⁸ SCHMITT, ROLF. Op. Cit. Pág. 27.

⁶⁹ SCHAFFSTEIN, FRIEDRICH. Op. Cit. Pág. 47.

la persona jurídica; incluso los miembros futuros (*posterí*) deberían sufrir la pena. A los miembros futuros, sin embargo, no cabe imputarles ni el dolo ni la culpa por un hecho ya cometido y de ahí deduce Malblanc que la responsabilidad penal de la persona jurídica es insostenible⁷⁰.

Las dos tendencias que fueron grandes enemigas de las corporaciones habían sido, por un lado, el “absolutismo de los príncipes” y, por otro lado, el “liberalismo de la ilustración”. Estas ideas dieron lugar a medidas tanto políticas como administrativas en contra de las corporaciones; de tal entidad que su importancia y su ámbito de actuación resultó tan reducido, lo que desembocó que en la práctica fuere innecesaria una responsabilidad penal de estas⁷¹.

Sin embargo, para Schmitt se da una reaparición de la importancia de esta cuestión en la actualidad, que también está condicionada por la creciente relevancia que han adquirido las personas jurídicas en la nueva vida social y jurídica⁷².

En el mismo sentido de este resurgimiento, afirma Hafter que el material para elaborar este tema se encuentra fundamentalmente, al menos desde su inicio, en el desarrollo de la dogmática del derecho civil⁷³.

⁷⁰ BUSCH, RICHARD. Op. Cit. Pág. 46.

⁷¹ SCHMITT, ROLF. Op. Cit. Pág. 28.

⁷² Ídem, pág. 27.

⁷³ HAFTER, ERNST. “Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände”. Pág. 29, Berlín. 1903.

Consiguientemente, a continuación corresponde hacer una exposición de las diferentes teorías desarrolladas sobre la persona jurídica en aquella época.

1.6. Persona jurídica y ficción en la obra de Savigny

El estudio sobre la persona jurídica llega a su máxima expresión con el análisis dogmático elaborado por el ilustre jurista Friedrich Karl von Savigny en su Teoría de la Ficción.

Si bien la Teoría de la Ficción da sus primeros pasos de la mano de los canonistas medioevales, es en la primera mitad del siglo XIX cuando las ideas planteadas con Savigny llegan a convertirse en una Teoría dominante respecto de la persona jurídica.

Tal es así que a partir de la Teoría de la ficción de Savigny, en la que el único sujeto natural portador de derechos y obligaciones es el ser humano, planteando la idea de que a la par del sujeto natural existan personas ficticias, es decir, la persona jurídica sería concebida como una ficción, más que una realidad existente por sí misma, puesto que no poseen voluntad personal, como también carecen del espíritu y cuerpo que caracteriza al ser humano.

En ese sentido, acertadamente Bacigalupo indica; *“...la obra de Savigny no es una mera reacción romanista frente al derecho natural de la personalidad colectiva de las personas morales, es decir, la restauración del viejo dogma romano y canónico, sino más bien el intento de reconducir la teoría de las personas jurídicas a un punto de vista general*

que permita tomar nuevas decisiones particulares en torno a la persona jurídica. Savigny aportó la profundización teórica y filosófica necesaria para una teoría de la persona ficta, que los canonistas y los postglosadores habían elaborado de forma puramente práctica. Con anterioridad a Savigny la contraposición de las personas físicas a las jurídicas tenía lugar sin una profunda reflexión que fuera más allá de una necesidad práctica”⁷⁴.

Siguiendo la misma línea de pensamiento, Binder señala que es Savigny quien reconoce que el problema al que se enfrenta es en realidad una cuestión de la relación entre el derecho y la persona⁷⁵.

El estudio de la naturaleza de las personas, es el primer elemento a tratar, ya que busca responder quién puede ser titular o sujeto de una relación jurídica, es decir, quien tiene la posibilidad de ser titular de derechos, es decir, la capacidad jurídica para generar una relación jurídica. Aquí, el obstáculo se centra en distinguir quienes son los sujetos capaces de generar una relación jurídica, de ahí la importancia de la obra de Savigny al intentar hallar una solución al mismo.

Varios son los autores que se han expresado al respecto, pero desde la perspectiva de Savigny, el punto de partida se da desde la premisa individualista que afirma que; *“Todo derecho existe por libertad moral inherente a la persona individual”*.

⁷⁴ BACIGALUPO, SILVINA. Op. Cit. Pág.35.

⁷⁵ BINDER, J. Op. Cit. Pág.8

Al respecto el prestigioso jurista alemán en su obra *System des heutigen Romischen Rechts* sostiene: “el concepto originario de la persona o del sujeto de derecho tiene que coincidir con el concepto del ser humano; y esa identidad originaria de ambos conceptos se puede expresar en la siguiente fórmula: toda persona individual y solo ella tiene capacidad jurídica”⁷⁶.

Esta conceptualización tiene en cuenta la ética kantiana que era una Teoría Deontológica, como también el neokantismo filosófico, movimiento que buscaba recuperar la doctrina kantiana, contra toda crítica de otras doctrinas, utilizando el marco de la teoría kantiana del conocimiento (mediado y restringido por las propiedades del aparato cognitivo del sujeto)., por lo que como sostiene Bacigalupo, el concepto de Savigny: “se apoya sobre los conceptos fundamentales de la filosofía kantiana y neokantiana, es decir, de la personalidad en un sentido ético – filosófico, sobre la que se fundamenta toda la filosofía del Derecho de aquella época”⁷⁷.

Para Binder; “La ética que predomina es, en su mayoría, puramente individualista, y la Filosofía del Derecho que se apoya en esta ética. Por esta razón, vemos como Binder afirma que; *el Derecho para Kant era: “la esencia de las condiciones bajo las cuales el arbitrio de unos puede ser medido con el arbitrio de otro según una ley general de la libertad”*. Desde esta perspectiva, agrega que: “el hecho

⁷⁶ SAVIGNY, F. C. Pág. 2

⁷⁷ BACIGALUPO, SILVINA; Op.Cit. Pág. 37

es una acción en la medida en que esta se encuentra bajo las leyes de la obligación, en tanto el sujeto es contemplado en él mismo, desde el punto de vista de la libertad de su arbitrio y persona es el sujeto cuyas acciones tienen capacidad para ser imputadas. La personalidad moral, por lo tanto, no es otra cosa que la libertad de un ser racional sometido a leyes morales de lo que se deduce que una persona no está vinculada por otras leyes que las que ella misma (sola, o al menos, con otros) se da”⁷⁸.

Amén de lo expresado, este autor⁷⁹ señala que para Fichte el concepto de derecho se basa en la conciencia y la relación jurídica sobre “el concepto del individuo como presupuesto de la propia conciencia y, que según Hegel, el Derecho es la “realización de la libertad en la sociedad”.

Entonces, sólo entre personas iguales puede surgir una relación jurídica, la cual se abstrae de la voluntad de los individuos que intervienen, siendo sometida dicha relación en caso de controversia a la voluntad de un solo individuo.

Todo ordenamiento jurídico busca mantener la personalidad del sujeto de la relación procesal, quien detenta la libertad de actuar, donde esa libertad es su esencia el cual se encuentra protegido por el derecho mediante normas que regulan el actuar de los individuos.

Por lo que se concluye que, el ser humano considerado de forma individual, es el único que puede

⁷⁸ BINDER, J. Pág. 11.

⁷⁹ Ídem nota anterior. Pág. 11.

ser considerado como sujeto de derechos y donde el derecho solo protege la personalidad del ser humano. El ejercicio de los derechos necesariamente debe encontrarse relacionada con la personalidad ética, entendida esta la forma correcta o incorrecta en la que se conduce un individuo, y esta a su vez debe relacionarse con la personalidad jurídica.

Partiendo de la concepción elaborada por Savigny sobre el negocio jurídico y sobre la declaración de voluntad en su teoría de la voluntad, y de acuerdo con lo que sostienen Bacigalupo, se trata de una teoría que ha mantenido su influencia hasta la actualidad. Sustancialmente significa que, la verdadera voluntad es capaz de tener efecto en el negocio jurídico y que su declaración es un medio para lograrlo.

La teoría de la voluntad parte de un presupuesto psicológico en dónde; la voluntad es, en realidad, la sustancia esencial de la personalidad jurídica. De ello se deduce que el derecho privado existe para poner en marcha, para conservar y para desarrollar esa personalidad jurídica⁸⁰.

La persona jurídica, que no posee la capacidad de manejarse por sí misma sino a través de sus representantes, obtiene la responsabilidad de los mismos como si fuera suya. Pero, cuya voluntad es meramente ficticia, por lo que desde esta perspectiva queda excluida la responsabilidad penal de la misma, dado que el Derecho Penal, aborda la responsabilidad desde el punto de vista cognitivo y volitivo propio de las personas físicas.

⁸⁰ BACIGALUPO. Op.Cit.

El Derecho Penal necesita del elemento volitivo de los seres pensantes y donde la persona jurídica no tiene dicha cualidad por ende no podrá ser susceptible de ser castigado con alguna sanción penal de forma directa.

Como manifiesta Binder, “... desde el punto de vista de la concepción de la persona jurídica como un sujeto (ficticio) de derecho, todo ello, no es más que una pura consecuencia lógica...”⁸¹.

Las personas jurídicas carecen de voluntad, de personalidad ética como de raciocinio, en cambio, el ser humano, posee personalidad ética que es propia de la naturaleza humana y tiene la posibilidad de actuar por sí mismo, entonces solo él podrá ser un verdadero sujeto del derecho. Y si se reconoce la personalidad jurídica a entes abstractos, su personalidad es artificial, es una ficción.

Por lo que, según el pensamiento de Savigny, la existencia de las personas jurídicas, puede ser explicada de la siguiente manera: “...en la medida en que la fórmula originaria del sujeto del derecho pueda sufrir en el derecho positivo dos modificaciones: por un lado, este puede negar, total o parcialmente, la capacidad jurídica a algunas personas y; por otro, puede trasladar la capacidad jurídica a entes diversos de la persona individual, es decir, a la persona jurídica”⁸².

En aquella época los teóricos explicaban el derecho como la expresión de la personalidad ética

⁸¹ BINDER, J. Op. Cit. Pág. 13

⁸² SAVIGNY, F. C. Op. Cit. Pág.2.

del ser humano, no se basaban en fundamentos jurídicos para afirmar si tenía o no capacidad jurídica una persona jurídica, ya sea para actuar o infringir las leyes.

Para varios autores personalidad jurídica debía reflejar precisamente esa personalidad ética.

Al hablar de persona jurídica, Savigny, desarrolla una estructura estrictamente formal, por la cual se le otorga una existencia ideal a lo que realmente no la tiene, es decir son entes ideales, por consiguiente, no tienen nada que ver con las conductas y los valores del ser humano, sino, en otras palabras la persona jurídica sería una apariencia sin consistencia real.

La Teoría de la Ficción tuvo una vasta repercusión en la doctrina jurídica, tuvo numerosos seguidores como Pucht, Arndts, Windscheid entre otros dogmáticos.

Cabe mencionar el importante análisis y reflexión que sustenta Binder: *“el error de esta teoría consiste en confundir el sujeto psicológico con el sujeto ético, tomando como fundamento de la personalidad jurídica la individualidad psicológica. Por ello, la teoría de la ficción desconoció que las comunidades organizadas son fenómenos de la existencia social del hombre y, precisamente, por su realidad, también titulares de un valor propio, razón por la cual, el ordenamiento jurídico las ha investido de personalidad jurídica y las trata como un sujeto de derecho”*⁸³.

⁸³ BINDER, J. *“Philosophie des Rechts”*. Pág. 449. Editorial Berlin, Georg Stilke, 1925.

El juicio que se hace sobre el sujeto de derecho capaz de actuar y de delinquir, se da desde la individualidad psicológica, por lo que solo podría ser sujeto con capacidad de actuar quien posea individualidad psicológica, pero, como la persona jurídica carece de voluntad en este sentido no es capaz de actuar, y solo puede ser concebida como una ficción.

La doctrina va evolucionado hacia una toma de conciencia más profunda del problema que acarrea el concepto de persona jurídica, poniendo en tela de juicio a la concepción formalista, y así como Binder varios autores han hecho su crítica a los excesos dogmáticos.

2- La responsabilidad de las personas jurídicas en la dogmática penal

El debate que se genera al tratar la teoría jurídico penal, acerca de la posible responsabilidad de las personas jurídicas, en el ámbito de la teoría del delito, se puede dar en dos aspectos que son: 1) la teoría de la acción y 2) la teoría de la culpabilidad o atribuibilidad individual.

- **La teoría de la acción:** esta teoría pone como centro de la imputación penal a la persona de carne y hueso, al ser humano individual al sancionar estrictamente la comisión de conductas⁸⁴.

⁸⁴ ROXIN, CLAUDIUS. "Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura De La Teoría Del Delito". Editorial Cívitas. Madrid. Pág. 192, 1997.

La doctrina tradicional niega la posibilidad de atribuir responsabilidad a la persona jurídica, considerando que esta no posee capacidad de acción, capacidad de culpabilidad ni capacidad punitiva. En es decir, no es factible considerar a la persona jurídica como sujeto activo del delito en razón a que ésta no puede realizar una acción penalmente relevante y consecuentemente resulta imposible declarar su culpabilidad ni imponerle una pena.

En el marco de esta teoría se ha dicho que para cualquier teoría de la acción cuya construcción no respete los límites ónticos, la cuestión acerca de la posibilidad de ejercicio del poder punitivo sobre las personas jurídicas es materia de decisión legal.

La opinión dominante mantiene que la acción, en el ámbito penal, exige una conducta voluntaria y que el actuar de los entes colectivos es una construcción jurídica y que si se sancionara a una persona jurídica lo que en realidad se estaría castigando es su personalidad.

Por tanto, *la acción humana, con palabras de Engisch, es un acaecer natural. El actuar de los entes colectivos es una construcción jurídica*⁸⁵.

- **La teoría de la culpabilidad:** es la teoría construida sobre la base de la imputabilidad más juicio de reprochabilidad que hace referencia a una persona física capaz de autodeterminación, en el sentido de tener capacidad de conocer y querer⁸⁶.

⁸⁵ ARROYO ZAPATERO LUIS - TIEDEMANN KLAUS. "Estudios de Derecho Penal Económico". Pág. 31. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994.

⁸⁶ Se destacan primeramente estos dos grandes pensadores; Franz Von Liszt y Ernst von Beling.

Cuando el autor del hecho punible hubiera podido motivarse conforme a lo que estipula la norma, es cuando se afirma que; *en este “poder en lugar de ello” del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica reside la esencia de la culpabilidad; allí está fundamentado el reproche personal que se le formula en el juicio de culpabilidad al autor por su conducta antijurídica*⁸⁷.

De otro modo: *si la culpabilidad consiste en un juicio de reproche que se hace al autor por haber actuado antijurídicamente a pesar de que pudo obrar conforme a derecho, es indudable que aquí subyace una de las mayores dificultades, pero no la única, para el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*⁸⁸.

Arroyo-Tiendemann⁸⁹, también afirman que; tampoco la obligada determinación de si actuó por dolo o imprudencia, ya que de ello depende la pena en concreto a imponer, es posible respecto de las personas jurídicas, salvo utilizando los términos de imprudencia y dolo en sentido distinto al técnico-jurídico habitual.

Si bien, la imposibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, tiene su origen en el pensamiento individualista del Iluminismo que se consagra en la Ley Francesa del 2 – 7 de marzo de 1791, que suprime las corporaciones; y de las con-

⁸⁷ WELZEL, HANS, “Derecho Penal Alemán”. Parte general, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile. Pág.197. Santiago de Chile, 1987.

⁸⁸ Ídem nota anterior.

⁸⁹ ARROYO ZAPATERO-TIEDEMANN. Op. Cit.

cepciones de Savigny, para quien la persona jurídica es una ficción.

Esta posición prevalece en el derecho europeo, particularmente en muchos Estados miembros de la Unión Europea y solo decenios después, inicia el ascenso de las teorías orgánicas que tienen a Gierke como máximo exponente, para quien la persona jurídica es una persona real, formada por hombres reunidos y organizados mediante común y única fuerza de voluntad de acción para el cumplimiento de fines que superan la esfera de los intereses individuales

Esta tendencia fue favorecida por dos factores importantes luego de terminada la Primera Guerra Mundial, dada la imposibilidad de abarcar una regulación jurídica de todas las problemáticas socioeconómicas y las actividades relacionadas con la industria y el comercio.

Dado este cambio de paradigma, basado en las circunstancias mencionadas, se resolvió debatir la problemática en los congresos de ciencias penales, como el Congreso organizado por la Asociación Internacional de Derecho Penal, en Bucarest, en el año 1929, donde adoptaron la siguiente conclusión: *“Constatando el crecimiento continuo y la importancia de las personas morales y reconociendo que ellas representan fuerzas sociales en la vida moderna. Considerando que el ordenamiento legal de cualquier sociedad puede lesionarse y gravemente cuando la actividad de las personas morales viola la ley penal. El Congreso emite el voto: 1) De que se establezcan en el derecho interno medidas de defensa social contra las personas morales, en el supuesto de infracciones perpetradas con el*

fin de satisfacer el interés colectivo de tales personas o realizadas con medios proporcionados por ellas y que entrañan así su responsabilidad; 2) De que la imposición a la persona moral de medidas de defensa social no debe excluir la eventual responsabilidad individual, por la misma infracción, de las personas físicas que administran o gestionan los intereses de la persona moral o que han cometido la infracción con medios proporcionados por estas”⁹⁰.

Aunque reconocieron la posibilidad de un peligro social y admitieron la posibilidad de la imposición de medidas de defensa social, no lograron consensuar sobre las medidas penales que pudieran ser impuestas a las personas jurídicas. Por lo que no han podido llegar al consenso sobre la imposición de sanciones de carácter penal.

Por otra parte también tuvo lugar el Congreso sobre “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Derecho Comunitario” en la ciudad de Messina, en el año de 1979, en donde se expresa: *“Que se auspicia el reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas por violaciones al derecho comunitario, en particular, si estas violaciones constituyen una infracción, según el derecho interno de un Estado miembro. En el punto tercero, se señala que por la trascendencia de los principios jurídicos en juego y, en particular, del concepto de responsabilidad penal de las personas jurídicas y las divergencias existentes entre las diversas legislaciones, se recomienda que cada Es-*

⁹⁰ Resoluciones de los Congresos de la Asociación Internacional de Derecho Penal (1926 – 2014). En: <http://www.penal.org/es/resoluciones-de-los-congresos-ai-dp-iapl>

*tado miembro elabore, respecto de las personas jurídicas, un sistema represivo que comprenda sanciones de naturaleza penal, administrativa o sui generis*⁹¹.

En nuestro continente, también se han realizado congresos donde se han expresado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ejemplo de ello es el XV Congreso Internacional sobre Derecho Penal, Río de Janeiro 1994, en el cual como primer punto a debatir fue “*Delitos contra el ambiente: aplicación de la parte general del Derecho penal*”, en el cual en el preámbulo expresa cuanto sigue: **Considerando** *el creciente riesgo que engendran las actividades industriales y similares para las generaciones actuales y futuras, para la salud y para el ambiente del que forman parte; Considerando* *la preocupación mundial por la degradación del ambiente causada especialmente por la comisión de infracciones contra el ambiente en violación del Derecho nacional e internacional; Considerando* *los desarrollos recientes dirigidos a la inclusión de las infracciones contra el ambiente en los códigos penales y en las leyes de protección ambiental, así como en las convenciones, recomendaciones y resoluciones internacionales;...*⁹².

En el punto 3 de dicho Congreso se hace mención a la Responsabilidad de las Personas Jurídicas, en el que se sostiene que, tanto las personas físicas como las jurídicas incluso extendiéndose a los organismos

⁹¹ CESANO JOSÉ DANIEL y BALCARCE FABIÁN. “*Reflexiones sobre la Responsabilidad de las personas jurídicas en la República Argentina*”. ADPCP.VOL.LVI, Pág. 393, 2003.

⁹² Resoluciones de los Congresos de la Asociación Internacional de Derecho Penal (1926 – 2014). Op. Cit.

públicos, pueden llevar a cabo conductas que puedan ser susceptibles de sanciones penales; por otra parte establece que los sistemas jurídicos nacionales deberán adaptar sus disposiciones legales con el fin de establecer penas y medidas que puedan ser aplicadas a las personas jurídicas y organismos públicos.

En el mismo Congreso se sostiene, que cuando se trate de personas jurídicas privadas, estas deben ser pasibles de persecución por aquellos actos que atenten contra el medio ambiente siempre que, no pueda ser atribuida dicha responsabilidad a una persona física que forma parte de dicho ente privado.

3- Las respuestas de quienes aceptan la responsabilidad penal de las personas jurídicas

La aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es uno de los puntos más debatidos de las Ciencias Penales, en esta época; las doctrinas plantean diversas estrategias para explicar a este fenómeno social, que en la dogmática jurídico penal se conocen como:

3.1. El sistema de la doble imputación

Este sistema presenta dos aristas a considerar:

- Aplicando la dogmática analítica a las leyes o códigos, que aceptan la responsabilidad de las personas jurídicas, edificando un esquema paralelo al sistema de imputación propia de las personas físicas.

- Como modo político-criminal de proporcionar la recepción de una legislación que castigue penalmente a las personas jurídicas, ofreciendo al legislador el instrumento que garantice la segura aplicación de la ley penal a los casos concretos, es decir, crear un sistema de imputación para las personas jurídicas. En los sistemas positivos que prevén esta forma de responsabilidad, por ejemplo, Francia, alcanza tanto a la categoría de personas jurídicas de derecho privado; las sociedades civiles o comerciales, fundaciones y otros, y personas de derecho público; como los sindicatos, con exclusión del Estado y otras entidades públicas.

Las tipologías que presentan el sistema de la doble imputación son los siguientes⁹³:

- **Acumulativa:** supone que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la responsabilidad de las personas físicas en carácter de autor o cómplice del mismo hecho delictivo. La crítica que se formula a éste sistema es por imputar un mismo hecho a dos entidades -el ser humano y la entidad ideal- es la afectación del principio de *non bis in idem*. Ya que la responsabilidad del ente colectivo supone la actuación del ser humano que integra su órgano o su representante.
- **Especial:** Con este sistema para responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, el hecho debe estar tipificado en la ley penal, es decir, debe estar prevista expresamente en el

⁹³ CESANO JOSÉ DANIEL y BALCARCE FABIÁN. Op. Cit.

texto legal. Esta característica es propia de todo sistema sancionador.

- **Condicionada:** Aquí la peculiaridad es que, para que haya responsabilidad, la misma debe estar condicionada a un doble requisito: Primero; la infracción debe haber sido cometido por un órgano o representante de la persona jurídica y Segundo; debe haber sido hecha a cuenta de la persona jurídica.

3.2. Sistema de imposición de medidas de seguridad

Las necesidades preventivas para combatir la criminalidad de la empresa, hace que se arbitren sanciones consistentes en la imposición de medidas de seguridad, que son consecuencias jurídicas penales distintas a las penas. La explicación principal se basa en que la pena implica una amenaza psicológica de imposición de un mal para el caso de que se cometa un delito, ya que no cabe imaginar que la persona jurídica pueda sentir el efecto de una conminación psicológica.

Por lo que, para la aplicación de medidas de seguridad solo se requiere acontezca una peligrosidad objetiva de la persona jurídica, con eso nace la posibilidad de que las estructuras organizativas societarias posibiliten la actuación criminal de los sujetos individuales.

Los que discrepan con este enfoque sostienen que para la aplicación de la medida de seguridad también se requiere de una acción típica y antijurídica, pero la acción solo es atribuible a las personas físicas.

4- Posiciones de quienes no aceptan la responsabilidad de las personas jurídicas

El aforismo “*societas delinquere non potest*”, la sociedad, no puede delinquir”, niega rotundamente la posibilidad de imputar alguna sanción a las personas jurídicas fundadas en la existencia de sujetos que se encuentran detrás de ellas y que pueden ser objeto de sanción penal. Los que se adhieren a esta posición se valen de dos sistemas para validar la misma: 1) Sanciones en el Derecho Penal Administrativo o; 2) Las Imputaciones Penales por la Responsabilidad Penal de las Personas Físicas como: a) la autoría mediata; b) la omisión (propia e impropia); c) el actuar en representación de otro y d) la imposición de consecuencias accesorias.

4.1. Sanciones en el derecho penal administrativo

Los Estados en los cuales no se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas, imponen sanciones de carácter administrativo, se fundamentan en razón de la incompatibilidad con el principio de culpabilidad.

Quienes aceptan esta teoría sostienen que; la lesión ocasionada es sobre un bien administrativo; el incumplimiento versa contra una disposición administrativa y que el injusto administrativo no posee reproche ético y mucho menos existe contenido crimina en la acción del autor.

Para la aplicación de sanciones se aplican los siguientes requisitos:

- las personas físicas deben ser plenamente imputables;

- los autores del hecho deben ser aquellos que se encuentren debidamente autorizados para ejercer la representación de la persona jurídica;
- se debió haber vulnerado deberes relativos a la empresa o pretendido enriquecimiento;
- la multa a imponerse puede ser en proceso único al autor y en un proceso independiente a la empresa.

La principal ventaja de las sanciones administrativas, frente a las sanciones penales, es que las administrativas evitarían el conflicto con el principio de culpabilidad, pues en este último caso la culpabilidad es totalmente diferente.

La diferencia no es de carácter ontológico sino cualitativo entre el tipo de injusto del Derecho penal y el del Derecho administrativo pues en el primero la lesión va en contra de un bien jurídico en cambio en el segundo caso lo hace contra un bien administrativo.

4.2.Imputaciones penales por la responsabilidad penal de las personas físicas

La doctrina admite tres institutos que podrían ser aplicados en la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y que son propias en la responsabilidad de las personas físicas. Estos institutos son; la autoría mediata, se apela a la doctrina de los aparatos organizados de poder; la omisión, sea en sus versiones propias e impropias y la de actuar en lugar de otro.

4.2.1. La autoría mediata

Se entiende por autoría mediata como aquella categoría de autor en el cual el resultado es atribuido a un sujeto, pero la ejecución estuvo a cargo de otro individuo, pero donde el dominio es ejercido por el primero.

En este sentido afirma Diego Baigún: “*la persona jurídica puede desempeñar un papel equivalente al “hombre de atrás” de la teoría del delito con la particularidad de que el instrumento puede ser una persona física u otra persona jurídica*”⁹⁴.

Hoy en día la doctrina, especialmente europea, ha enfocado su atención en la necesidad de sancionar a los sujetos ubicados jerárquicamente en una posición superior dentro de la empresa es decir a los que componen la cúpula de mando de las entidades jurídicas, esto surge a raíz que dentro de las estructuras jerarquizadas existen dos tipos de individuos que intervienen en el proceso delictivo, por un lado se encuentra quienes ejecutan materialmente el hecho y por otro lado quienes han trazado el plan para llegar a un determinado resultado.

Las actividades comerciales e industriales durante los últimos años han sufrido un crecimiento sin precedentes lo que ha conllevado también al crecimiento de los delitos en el ámbito económico y ambiental, es así que para la consumación de este tipo de actos delictivos se lleva a cabo lo que es conocido en doctrina como “*parcelamiento de la actividad delictuosa*”⁹⁵.

⁹⁴ BAIGÚN, DAVID. “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*” (Ensayo de un nuevo modelo teórico). Pág.198. Editorial Depalma. Bs As, 2000.

⁹⁵ CESANO, JOSÉ DANIEL y BALCARCE, FABIÁN. Op. Cit.

Esta doctrina, considera varias conductas, las cuales son consideradas de forma individual y por lo tanto no son relevantes desde el punto de vista de la tipicidad, sin embargo en el conjunto generan su aporte a la actividad delictual, solo conocido por los autores mediatos del hecho pudiendo en algunos casos ser ignorados por quienes lo realizan directamente.

Es decir, la capacidad de acción de las personas jurídicas se confunde con la capacidad de acción de los órganos que la conforman, es importante hacer la acotación de que esa acción debe ser considerada en el marco del órgano que actúa en conjunto y no solo de uno de sus miembros ya que la opinión del mismo podría diferir de los demás. Por ende cuando las decisiones y hechos de las personas con realizadas en representación de la persona jurídica son consideradas propias del ente para el cual actúa.

Cuando analizamos los casos de autoría mediata, es de trascendental importancia determinar en calidad de qué se ha realizado, si fue como superior de un ente, si ha actuado coaccionado o lo hizo por error o confusión.

Una de las teorías que se ocupa de este tipo de autorías, es la desarrollada en Alemania por Roxin, llamada *dominio del hecho mediante aparatos organizados de poder*, según esta teoría también es considerado autor quien, para realizar una determinada conducta punible utiliza a otro como medio o instrumento para no realizar directamente el hecho, pudiendo considerarse tres formas posibles:

- 1) obligando a que se realice el acto;
- 2) cuando media el engaño y;
- 3) cuando ordena valiéndose del rango que posee dentro de los aparatos de poder, sin recurrir al engaño o coacción. En este sentido afirma Roxín: “El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje – sustituible en cualquier momento – en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él al centro del acontecer”⁹⁶.

El motivo por el que se consideran estas teorías, es en razón de que el sujeto que lleva a cabo la ejecución puede ser reemplazado por otro, no es necesario la existencia del error o coacción para atribuir el dominio a quien obra por detrás. Como consecuencia de la posibilidad de sustitución del ejecutor, por el dominio de la estructura del ente, la posición jerárquica y la forma en la que se encuadra el hecho típico, es posible la atribución de la responsabilidad del superior.

4.2.2. La omisión

Determinar una distinción en la conducta humana si bien genera una vasta discusión doctrinaria, por lo que será considerada desde su carácter normativo, es decir que *el carácter activo u omisivo vendrá dado por la comparación de la concreta conducta realizada con la norma penal, formulada en un sentido positivo o negativo*⁹⁷.

⁹⁶ ROXIN, CLAUDIUS. “Autoría y dominio del hecho en derecho penal”, trad. 7ª ed. De Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo, Editorial Marcial Pons, Pág. 273. Madrid 2000.

⁹⁷ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, VIRGILIO. “Revisión de los conceptos de acción, omisión y comisión por omisión: un análisis a través de casos.” Pág. 82. En: <https://dialnet.unirioja.es>

Esta conducta, puede consistir en *un hacer y en un no hacer*, sirviendo como base al tipo penal. Al hablar de *un no hacer* estamos haciendo alusión a una omisión que consiste en abstenerse de hacer algo que debería haberse hecho, es decir son omisiones aquellas conductas consistentes en *no realizar determinada prestación o en no evitar la producción del resultado* cuando así lo establezca la normativa legal.

Un *delito de acción* sin embargo consiste; en hacer algo nocivo que una norma prohíbe; y un *delito de omisión* consiste en no realizar la prestación obligada por una norma de mandato.

Es preciso mencionar la importante opinión del docente Manuel Araúz Ulloa, “*Desde el punto de vista normativo, las diferencias han de ser establecidas entre delitos comisivos y delitos omisivos. En consecuencia, queda establecido que mientras en los delitos omisivos (de omisión) se incumple una norma imperativa que manda actuar, o a llevar a cabo una determinada actuación positiva, en los delitos comisivos (de acción) se infringe una norma que prohíbe la realización de una determinada conducta*”⁹⁸.

Actualmente el interés que causa la problemática de los delitos de omisión va en crecimiento, dada la aparición de una delincuencia económica que utiliza con preferencia esta forma de comportamiento típico y de la cual la sociedad debe protegerse, exigiendo al Estado buscar los mecanismos jurídicos necesarios para ese fin.

⁹⁸ Araúz Ulloa, Manuel. “*La Omisión, Comisión por Omisión y Posición de Garante.*” Revista Estudios Centroamericanos N°54, 2000.En:<http://repositorio.uca.edu.ni/696/1/encuentro54articulo4.pdf>

4.2.3. La comisión por omisión

Los Delitos de comisión por omisión, consisten en responsabilizar a alguien por no evitar la producción de un resultado típico, es decir el delito se consuma mediante una omisión. Como consecuencia, el autor será reprimido por la realización del tipo legal, pero en estos delitos de comisión por omisión, o de omisión impropia, el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo, que solo describe y prohíbe un determinado comportamiento activo.

A quien se pretenda atribuir este tipo de delito, es necesario que éste tenga el deber de evitar el resultado (deber de garante). En palabras de Jescheck, la peculiaridad que se genera en este delito, es que el resultado típico no se produce por una acción, sino que deja de evitarse por la omisión de una acción posible para el autor.

En ese sentido, Cesano y Balcarce, sostienen que: *“La comisión por omisión consiste en responsabilizar a alguien por la producción de un resultado al no intervenir en un curso causal, cuando las circunstancias así lo hubieran requerido. En lo específico, la estructura de la comisión por omisión tiene por objeto atribuir una responsabilidad penal a aquellos órganos directivos, superiores jerárquicos en la organización empresarial, que no hubiesen evitado que el hecho delictivo se ejecutase por parte de sus subordinados, siempre y cuando pueda acreditarse que el órgano directivo u «hombre de atrás» se hallaba en el ejercicio de una concreta situación de competencia específica que le obligaba a controlar*

*todos los factores de peligro derivados de la misma y, consecuentemente, a evitar la realización de delitos por sus subordinados en la cadena jerárquica de la empresa*⁹⁹.

Varios fueron los autores que sustentaron diversas Teorías con respecto a este tipo de delitos, buscando el fundamento idóneo en que apoyar una posible responsabilidad de comisión por omisión, (omisión impropia) por parte de los superiores en el ámbito empresarial.

Una de las cuestiones radica en conocer cómo se articula la responsabilidad penal por omisión del empresario, ya que en estos delitos de omisión impropia, la responsabilidad se le atribuye a directivos de empresas, lo que ha generado problemáticas relativas a la imputación, situación que ha llevado a encontrar respuesta legal en una creciente normativización en las diversas reformas penales de algunos países europeos y latinoamericanos.

Entre la omisión impropia y el comportamiento activo, se genera una equiparación que debe apuntar a la posición de garante que tiene el órgano directivo sobre la causa del resultado, y solo pueden ser autores idóneos de la omisión impropia aquellos sujetos que poseen un deber especial de evitar un resultado perjudicial, no al deber de obrar en sí mismo.

Es decir, existirá posición de garante cuando la persona sobre la que pesa este deber ocupe una

⁹⁹ CESANO, JOSÉ DANIEL y BALCARCE. Op. Cit. Pág. 400.

posición de protección o de vigilancia de bienes jurídicos determinados o de ciertas fuentes de peligro, entiéndase como fuente solo aquellas provenientes de la ley.

El directivo de la empresa tiene que tener necesariamente un deber especial en el sentido de que, debe estar dirigido a evitar la comisión de hechos ilícitos en el ámbito de su empresa, ya que el titular de la empresa es quien pone en marcha procesos causales, en base a ello se organiza y despliega una actividad de riesgo la cual es socialmente aceptada y por la que debe responder.

En este mismo sentido, el garante es quien debe resguardar el bien jurídico ante los riesgos que conllevarían a un peligro y que atenten contra la integridad del bien, es decir, es quien debe ser precavido ante la posibilidad de la existencia de un peligro y buscar restarlo con una garantía de seguridad.

El órgano directivo posee un compromiso especial de control de riesgos; de los bienes jurídicos (dominio material), de las personas supeditadas a su supervisión (dominio personal), con relación a las actividades propias de la empresa, y de los hechos que según su ámbito de competencia dentro de la estructura de la empresa, esté en condiciones de evitar.

Lo dicho hasta aquí, nos lleva a pensar en la posible utilización de este instituto como medio para construir el concepto de responsabilidad de los representantes de una entidad, y la problemática que se genera entorno a esta condición dog-

mática, en la que se trata de penar una omisión utilizando un tipo en la cual la ley ha previsto expresamente una conducta de acción.

Es decir los delitos de omisión impropia, son delitos que no se hallan tipificados como de comisión por omisión específicamente, sino que se debe recurrir a un tipo prohibitivo, con el propósito de dar protección al mismo bien jurídico, que resulta lesionado también por la omisión. Como lo sostienen varios autores, para considerar que la conducta omisiva esté ajustada al tipo penal, un presupuesto determinante es, que se dé la equivalencia de la omisión con el actuar positivo, de no ser así se violaría el principio de legalidad.

Es importante hacer notar, que actualmente hay doctrinarios en contra de la inclusión de la regla en la legislación, entendiendo que la punición de la comisión por omisión es perfectamente sostenible desde perspectivas del principio de legalidad y que ni la tipificación expresa en la Parte Especial ni la inclusión de una cláusula genérica, en la Parte General del Código Penal son necesarias, pudiendo incluso reportar más inconvenientes que ventajas, apuntando particularmente a que el precepto genérico puede conllevar a consecuencias vastas de punibilidad.

Es así que, también compartimos lo que Stratenwerth considera en su obra, al decir que la constitucionalidad de la sanción de los delitos impropios de omisión ofrece serios reparos, reservas que no se eliminan a través de una regulación como la del Código penal alemán. Sostiene que no han ayu-

dado a reducir las objeciones constitucionales los intentos fracasados que se realizan para precisar en mayor medida la regulación legal: el hecho de que ciertos comportamientos considerados como merecedores de pena tuvieran que permanecer impunes, no justificará ninguna lesión del principio fundamental del Estado de Derecho, mucho más cuando la falta de límites claros en la ley determina que, en la práctica del marco jurídico, se tienda a dar a la punibilidad de los delitos impropios de omisión una extensión intolerable.

De esta manera, su pensamiento apunta a que por lo menos la imposición de pena se tendrá que limitar, a aquellos casos en los que la equivalencia de la omisión con la acción positiva surge como indiscutible¹⁰⁰.

La doctrina ha encontrado varias respuestas para identificar las fuentes del deber de responder, algunos optan por una caracterización genérica, que apunta a la confianza que generó la persona quien luego deja de actuar en salvaguarda del bien.

Otros dogmáticos sostienen que no se precisa que ese deber esté jurídicamente impuesto, sino que, entre el omitente y el bien jurídico amenazado, debe existir una estrecha relación, como para obligarlo a actuar en su guarda.

Lo mencionado hasta aquí, nos lleva a analizar teórica y rígidamente en qué casos utilizamos la posición de garante como una técnica de impu-

¹⁰⁰ STRATENWERTH, GUNTER, *“Derecho Penal. Parte General”*, traducción de la 2a. edición alemana (1976) por Gladys Romero, Edersa, Pág. 293. Madrid, 1982.

tación para responsabilizar a los administradores o a representantes de una entidad. Si la ley no alude específicamente en qué casos surge el deber de obrar, entonces nos pone en la necesidad de establecer hasta dónde llega la posición de garante, en ese sentido Enrique Bacigalupo dice: *“la posición de garante tiene aquí por contenido, la dirección y el encauzamiento de algo que produce, por su utilización, peligros para bienes jurídicos en la vida social, por cuyo motivo un determinado sujeto o sujetos, tiene como función el evitar o prevenir los daños”*¹⁰¹.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han tratado de dilucidar la posición de garante, pero lo que realmente importa es la peculiaridad esencial de la “estrecha relación” que se da entre obligado – bien, es decir, el sujeto debe estar encargado de la protección o custodia del bien jurídico (lesionado o amenazado de lesión), de manera tal que en sus manos esté el control de la situación, y justamente en esta estrecha vinculación que se da en la posición de garante, en relación con los casos de responsabilidad de los directores, es una técnica de imputación que para que sea mínimamente tolerable, debería exigir la enunciación de una serie de puntualidades:

- 1) Si bien hay empresas que despliegan actividades que efectivamente son consideradas como potencial fuente de riesgo o peligro para los bienes jurídicos, también hay entidades corporativas donde no se da esa peculiaridad, ya

¹⁰¹ ENRIQUE BACIGALUPO. *“Delitos impropios de omisión”*, Editorial Temis. Pág. 146. Bogotá, 1983.

que cada caso es distinto y se debe realizar una investigación en particular.

- 2) La comprobación de que la actividad desplegada en una corporación es de riesgo o peligro para los bienes jurídicos no hace que automáticamente surja la posición de garante en el director.

Para que se dé esa posibilidad de ostentar la posición de garante, se torna necesario que debamos constatar la existencia de dos esenciales presupuestos:

Primeramente, que ese deber de actuar que pesa sobre el sujeto, provenga de la Ley, de un acuerdo convenido o en su obrar precedente, para que de esa manera se le pueda adjudicar la responsabilidad por la no evitación del resultado.

El otro presupuesto exige que, el autor, quien tiene el dominio de la actividad riesgosa, sepa cómo se despliega y esté colocado en una posición físico real de poder alterar el curso de los hechos y de esa manera se evite el resultado, es decir, es necesario tener conocimiento del curso causal concreto por parte de quien omite la situación.

Finalmente, es factible y acertado compartir lo sustentado por Enrique Bacigalupo en su obra “Conducta precedente y posición de garante en el Derecho penal”, la posición de garante requiere que el autor haya, creado un peligro adicional al permitido para la fuente que el mismo debe custodiar y encauzar, o sea, que se encuentra bajo su dominio para que su omisión sea equivalente a una acción; de lo contrario no habrá posición de garante.

CAPÍTULO IV

LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

1- Análisis legislativo de los Estados parte de la Unión Europea

En la actualidad, con las sucesivas reformas introducidas en el ámbito comunitario, vemos que prácticamente, la discusión gira primordialmente en torno a introducir la responsabilidad de las personas jurídicas, teniendo en cuenta su compatibilidad con los principios que rigen la imputación de actos en el Derecho Penal.

En este sentido, tal como señala Bacigalupo Sagge-se, se aprecia claramente que pese a las discusiones relativas a la legitimidad de imponer sanciones a las personas jurídicas, las legislaciones que si han introducido dicha responsabilidad se basan, fundamentalmente, en principios pragmáticos. La mencionada autora, da por ejemplo, a uno de los primeros ordenamientos jurídicos en introducir la responsabilidad de las personas jurídicas y que fuera el Derecho comunitario en materia de Derecho de la competencia (Artículos 85 y 86 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, Reglamento N° 17 de 6.2.1962)¹⁰².

¹⁰² BACIGALUPO SAGGESE, SILVINA. *“La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.”* Op. Cit. Pág. 351-352

Dicha circunstancia, hizo que la Unión Europea observe con especial atención el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, especialmente la gran cantidad de hechos fraudulentos cometidos en el ámbito financiero por empresas.

De esta manera y con el paso del tiempo, se vislumbra como los ordenamientos jurídicos europeos forzados por el proceso de armonización internacional del derecho penal se han visto obligados a abandonar el viejo aforismo latino “*societas delinquere non potest*”. Tal es así que, en todos los Convenios internacionales, como el Convenio de Derecho Penal del Consejo de Europa contra la Corrupción o el Convenio sobre la Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, o en las Directivas marco de la Unión Europea, aparece como una cláusula de estilo la necesidad de prever sanciones contra las personas jurídicas ante ciertas infracciones.

Sin embargo, en los Estados miembros de la Unión Europea dichas sanciones pueden ser penales o administrativas (no se impone imperativamente la vía penal)¹⁰³.

El punto en cuestión se bifurca en dos vertientes, por un lado se analiza a los Estados parte de la Unión que por fundamentos análogos no aceptan la responsabilidad directa de las personas jurídicas, sino más bien que éstas puedan ser responsables por infracciones administrativas y por otra parte a aquellos que

¹⁰³ MARTÍNEZ PARDO, VICENTE JOSÉ. “*La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*”. Revista Internauta de Práctica Jurídica, Núm. 26. Pág. 63, 2011.

desde inicio de los noventa se adhieren a los fundamentos para aceptar la responsabilidad directa de este tipo de personas.

2- Estados parte de la Unión Europea que no aceptan la responsabilidad directa de las personas jurídicas

Entre los países que no admiten la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentran Bélgica e Italia, sin embargo en palabras de Dopico Gómez,¹⁰⁴ en ambos países se admite la responsabilidad de las personas jurídicas pero con un corte *híbrido*, dado que la persona jurídica responde en el proceso penal con sanciones que se recogen bajo la denominación de administrativas.

2.1. Alemania

Entre los Estados miembros en los que el Principio de Culpabilidad opera como un límite constitucional se encuentra la República Federal de Alemania, donde en palabras de Roxin, *de lege lata*, en sentido estricto; las personas jurídicas son incapaces de realizar una acción penal¹⁰⁵.

Sin embargo, desde la década de los 20, se observan que tanto las personas jurídicas como las asociaciones de personas eran pasibles de sanciones si cometían contravenciones previstas en las Leyes violatorias de la situación económica del Mercado¹⁰⁶.

¹⁰⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (Coord.), *"Memento Experto"*, Reforma Penal. Ediciones Francis Lefebvre, 2010.

¹⁰⁵ ROXIN, CLAUDIUS. Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Marcial Pons, Barcelona. 1998. Pág. 97.

¹⁰⁶ En materia de infracciones administrativas.

Este reconocimiento, luego pasó a formar parte del Ordenamiento de Contravenciones o Infracciones al Orden¹⁰⁷ y que hasta el año 1986 en su Art. 30, contemplaba la multa asociacional como consecuencia accesoria.

Para la doctrina imperante, las personas jurídicas y las asociaciones de personas actúan a través de sus órganos. En palabras de Bacigalupo; *esta responsabilidad presupone, en primer lugar, que alguien haya actuado como órgano con poderes de representación de una asociación, como miembro de la dirección o como socio de una sociedad comercial de personas y, en segundo lugar, que en dicha actuación haya cometido un delito o una contravención al orden.* Es decir son los órganos de la empresa los que pueden ser sancionados y son éstos los que necesariamente deben cumplir con los elementos del tipo penal, existiendo al efecto una conexión entre el hecho y el órgano de la persona jurídica, cabe resaltar que ésta delega en sus representantes todo su poder de actuación.

El Art 30 del Ordenamiento de Contravenciones o Infracciones al Orden, consagra que los órganos y representantes de los órganos que actúen conforme al mandato otorgado por la persona jurídica, responderán por los delitos cometidos en el seno de la misma, es decir la conducta debe ser desplegada dentro de su ámbito de representación.

De esta manera Alemania amplía la posibilidad de imputar los hechos cometidos por quienes

¹⁰⁷ Ordnungswidrigkeitengesetz (OwiG).

se encuentren expresamente autorizados por el titular de la empresa, dentro del ámbito de sus deberes.

Con la segunda Ley de Lucha contra la Criminalidad Económica, se observa como Tiedemann permite vislumbrar la importancia del Derecho Penal Económico en la sociedad moderna así como los problemas al momento de emplear las herramientas otorgadas por la teoría del delito¹⁰⁸.

La sanción que se impone por dicha infracción es la multa, también se prevé el comiso de las ganancias¹⁰⁹ que fueran obtenidas ilícitamente.

La reforma que tuvo lugar en el año 1986 eliminó el carácter accesorio de la multa, pudiendo imponerse una sanción directa a las personas jurídicas.

Cabe resaltar que en el derecho alemán, las sanciones administrativas se encuentran dentro de un sistema sancionador sumamente severo.

2.2. Italia

Otro de los Estados miembros que no consiente la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, es Italia, cuyo sistema jurídico italiano, establece un régimen de sanciones en las que el único sujeto capaz de sufrirla es la persona física.

¹⁰⁸ TIEDEMANN, KLAUS. *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en derecho comparado”*, Pág. 36 en PABLO GONZALEZ SIERRA. Tesis Doctoral. Granada. 2012. Pág. 177, visible en: <https://hera.ugr.es/tesisugr/2098800x.pdf>

¹⁰⁹ En este caso el legislador afirma que se trata de una medida similar a la pena.

El argumento jurídico para negar toda responsabilidad de las personas jurídicas se encuentra, esencialmente, en el art. 27, párrafo I, de la Constitución italiana de 1948, que dispone taxativamente que la responsabilidad penal es siempre “personal”.

En ese mismo sentido, el párrafo tercero del art. 27 de la Constitución recoge el principio de rehabilitación y refuerza así el reconocimiento constitucional del principio de culpabilidad como obstáculo fundamental para admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Sin embargo, tal como señala FLORA, y recuerda CUADRADO RUIZ, *no existen obstáculos ni de naturaleza dogmática ni de naturaleza constitucional para configurar una responsabilidad penal de las personas jurídicas, puesto que en el fondo de lo que se trata es de una opción del legislador*¹¹⁰.

Como precedentemente se ha mencionado en términos de Dopico Gómez, Italia es otro miembro comunitario que admite la responsabilidad de las personas jurídicas pero con un corte híbrido, manteniendo la imposición de sanciones a la persona jurídica pero con la característica de que éstas son acordadas por el Juez Penal.

Así, el ámbito del Derecho administrativo ha ido evolucionando hacia la responsabilidad de las personas jurídicas. En este sentido, la vigencia del

¹¹⁰ FLORA, G.: “L’attualità del principio “societas delinquere non potest”», en Riv. trim. di Diritto penale dell’Economia”, núm. 22, 1, 1995 y CUADRADO RUIZ, M^a ÁNGELES. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante...¿Un paso hacia atrás?” Revista Jurídica. España, visible en: <http://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/38633/RJ-n%C2%BA12-cuadrado.qxd.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

art. 6, apartado III, Ley N° 689, de 24.11.1981, de Modificación del sistema penal, supuso un gran paso adelante, pues introdujo la responsabilidad solidaria de la empresa¹¹¹. De esta manera garantizarían el pago de la sanción pecuniaria, cuya infracción es cometida por el representante en el ejercicio de sus funciones.

Además, tal como afirma Bacigalupo han comenzado a surgir modelos de responsabilidad directa de las personas jurídicas en leyes especiales reguladoras fundamentalmente del mercado económico, particularmente; la regulación en el marco del derecho de la competencia, insider – trading o telecomunicaciones.

En este sentido, la Ley N° 287 de 10 octubre de 1990, sobre protección del mercado y de la competencia, establece en su art. 19 que si una empresa viola las reglas de concentraciones o de monopolio, la autoridad administrativa podrá imponer multas administrativas. Se recoge así la responsabilidad de la empresa dentro del Derecho administrativo¹¹².

Y en relación al insider-trading la Ley N° 157 de 17 de mayo de 1991 dispone, sanciones de astringentes y de multa aplicables directamente al sujeto a quien se le atribuye la infracción, independientemente de que se trate de una persona física o jurídica¹¹³.

¹¹¹ PALIERO, CE., "*Criminal Liability of Corporations*", pág. 266 ss. En: TIEDEMANN, K/ DE DOELDER, H., *La criminalisation du Comportement Collectif- Criminal Liability of Corporations*, XIVe Congrès international de droit comparé/The Hague/London/Boston, 1996

¹¹² BACIGALUPO SAGGESE, SILVINA. "La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Un estudio sobre el sujeto del Derecho Penal" Op. Cit. Pág. 360

¹¹³ Art. 7 Ley N° 157 de 17 de mayo de 1991.

De esta manera, se observa que tanto el sistema belga como italiano regulan consecuencias jurídicas indirectas sobre la persona jurídica de las infracciones cometidas por personas físicas en el seno de aquéllas. El inconveniente de este carácter accesorio es la necesidad de establecer previamente la responsabilidad penal de la persona física para poder vincular luego ciertas consecuencias con la persona jurídica¹¹⁴.

Amén de que, tal como expresara Banchio; la co-responsabilidad de la persona jurídica no interviene sino «en segundo plano», una vez constatada la insolvencia del obligado principal (persona física). El ente desempeña sólo una función de garantía por el pago de la pena pecuniaria.

La introducción de sanciones administrativas a la persona jurídica no hace más que poner de manifiesto la necesidad real de afrontar un problema que requiere una solución jurídica, mostrando además la crisis del sujeto y la incapacidad por buscar una solución más profunda.

Como bien se aprecia, dentro de los Estados miembros que conforman la Unión Europea, la responsabilidad directa de las personas jurídicas, se asume de distintas formas, tal es así que encontramos sistemas en los que el legislador no se halla restringido por mandatos constitucionales que regulan el *principio de culpabilidad* y otros donde el límite impuesto a este principio tiene un rango constitucional, obligando al legislador en materia penal.

¹¹⁴ El art. 197 Código Penal Italiano, en el que una obligación civil de garantía de la persona jurídica se establecía cuando la persona natural representante o administrador de la persona jurídica cometiese un delito o violase las obligaciones de su cargo y fuese declarada insolvente.

3- Estados miembros que aceptan la responsabilidad directa de las personas jurídicas (*societas delinquere potest*).

Siguiendo los lineamientos de Bacigalupo, vemos que *el principio de culpabilidad tradicionalmente supone que la persona a la que se reprocha un injusto penal tuvo la posibilidad de conocer la desaprobación jurídico – penal del acto y pudo haberse motivado de acuerdo a ese conocimiento*. En este sentido, la doctrina clásica afirma de manera unánime que la persona jurídica como tal no es pasible de realizar hecho delictivos, en virtud de que ésta no posee inteligencia y voluntad, y a los cuales el Derecho Penal considera; presupuestos imprescindibles para sufrir el reproche propio de la infracción penal; *“no hay pena sin culpabilidad”*.

Por tanto, los países miembros de la Unión que se adhieren a este principio, otorgándole un reconocimiento con rango constitucional, encuentran muchas dificultades al momento de incorporar a sus legislaciones nacionales la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

A continuación se abordan aquellas legislaciones en las que los Estados miembros no se encuentran restringidos por mandatos constitucionales al regular el principio de culpabilidad:

3.1. Holanda

La legislación holandesa a través de su Código penal, en el art. 51 del prevé tanto aquellos delitos cometidos por personas físicas como por personas jurídicas en los siguientes términos¹¹⁵.

¹¹⁵ Conforme a la normativa penal holandesa, se observa que en este Estado miembro de la Unión Europea, rige, el principio de *“societas delinquere potest”*.

1. *Los Delitos pueden ser cometidos por una persona física o por personas jurídicas.*
2. *En el caso de un delito cometido por una persona jurídica, puede ser perseguida y sancionada:*
 1. *La empresa, o*
 2. *La persona que haya realizado el delito, así como la persona que haya favorecido la comisión del mismo, o*
 3. *Cualquiera de los sujetos a la vez.”*

De la normativa penal, se desprende la condición para imputar un hecho punible a una persona jurídica, esta es qué; una o varias personas físicas hayan actuado en la esfera de la misma.

Doelder señala con claridad que, la opinión dominante en la materia, sostiene que un hecho punible solo puede ser atribuido a una persona jurídica, cuando ésta tenía el poder de disponer sobre el comportamiento punible (el llamado criterio de poder) y que amén de esto, la persona jurídica haya aceptado o solía aceptar ese comportamiento (el llamado criterio de aceptación)¹¹⁶.

Asimismo la jurisprudencia y la doctrina holandesa consideran como presupuesto de la culpabilidad que; la decisión asumida por un órgano de

¹¹⁶ DE DOELDER, H., "Criminal liability of Corporations", en TIEDEMANN, K/ DE DOELDER, H., "La criminalisation du Comportement Collectif - Criminal Liability of Corporations, XIVe Congrès international de droit comparé". Págs. 291. The Hague/London/Boston, 1996. MULDER, A., Schets van héi economisch strafrecht, Zwolle, Págs. 17 ss. 1983.

la empresa no es suficiente para establecer la autoría de un hecho punible a la persona jurídica. En ese sentido, tal como señala Doelder, limitando el ámbito de las acciones que pueden ser ejecutadas y consideras como propias, resultaría suficiente para la atribución del hecho, que este se realice dentro del contexto social como una acción de la persona jurídica.

En este contexto, se observa así como en el caso IJzerdraad de 1954, el Hoge Raad (Tribunal Supremo) estimó, en materia de responsabilidad penal del contratista, que no todas las faltas cometidas en una empresa pueden considerarse manifestación de su esfera de actuación; deben situarse en la esfera de poder del contratista y él debe haberlas aceptado de manera general.

Por lo tanto, para determinar la culpabilidad de la persona jurídica exige que la comisión de los hechos deba haber tenido lugar en la esfera empresarial y que la Corte¹¹⁷, resume en cuatro grupos de circunstancias:

- El hecho sea efectuado por una persona que trabaja para la empresa, independientemente de que exista una relación contractual laboral.
- Al desplegar el hecho, que el comportamiento implique a la actividad habitual de la empresa.
- De los hechos acaecidos la empresa haya obtenido un beneficio.

¹¹⁷ Hoge Raad: Tribunal Supremo.

- La infracción se haya perpetrado en nombre de la empresa y ésta última haya aceptado tal comportamiento. Esta aceptación comprende incluso el hecho de no tomar medidas razonables para la prevención de los hechos.

3.2. Francia

En Francia, el Código Napoleónico¹¹⁸, consagró el principio de la responsabilidad personal, delineado en el individualismo y la necesidad de obtener la despenalización de colectividades enteras durante décadas.

En la década de los 70, surge la necesidad de la praxis, convirtiéndose en punto de discusión la responsabilidad penal de las agrupaciones de personas, madurando la idea de las personas jurídicas, con excepción del Estado, son penalmente responsables.

Con la entrada en vigencia del Nuevo Código Penal Francés, que en 1994, finalmente se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

De esta manera el Art. 121-2 del Nuevo Código Penal estipuló que, *las personas jurídicas son punibles como autores o participes tanto de una acción como de una omisión, siempre y cuando dicha punibilidad se encuentre recogida expresamente por la ley y que el hecho haya sido realizado por un órgano o representante de la misma en su propio beneficio*. En este sentido, Bacigalupo afirma que, las personas jurídicas extranjeras también se encuentran some-

¹¹⁸ La jurisprudencia francesa, inspirada en dicho Código, sentó las bases de que las personas morales no eran pasibles de ningún tipo de sanciones penales.

tidas al Derecho penal francés y, por lo tanto son punibles. *Ello es consecuencia directa del reconocimiento del principio de territorialidad recogido en el art. 113-2 NCP.*

La normativa penal establece a su vez que asumen responsabilidad tanto, tanto una persona jurídica de Derecho privado como de Derecho público, expresando que la única excepción la tiene el Estado, que teniendo el monopolio del derecho penal, no puede castigarse a sí mismo¹¹⁹.

Sin embargo, los legisladores consideraron que cuando las infracciones son cometidas en el marco de las actividades llevadas a cabo por quienes tienen a su cargo la delegación de un servicio público, tanto la comuna como la sociedad concesionaria del servicio público pueden ser responsables.

A favor de la punibilidad de las mismas se manejan dos puntos de vista:

- 1) La persona jurídica de derecho público puede delinquir, pues posee la capacidad de formar una voluntad unitaria y;
- 2) La realidad criminológica sirve de reseña, ya que esta tiene trascendencia en ámbitos de gran importancia como puede ser la economía, la salud pública, medio ambiente, legislación de carácter social, etc.¹²⁰.

¹¹⁹ BACIGALUPO SAGGESE, SILVINA. “*La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*”: Un estudio sobre el sujeto del Derecho Penal. Op. Cit. Pág. 368

¹²⁰ Ídem nota anterior. Pág. 368

Del texto de la ley se desprende que, para que la persona jurídica de derecho público pueda ser responsable existe, sin embargo una limitación: solo es punible si el delito se lleva a cabo dentro de un servicio público que por medio de un acuerdo pueda ser transferido a otra persona.

Asimismo, el art. 121 – 2 Nuevo Código Penal dispone que la responsabilidad debe estar establecida legalmente. Vale decir que, para responsabilizar al ente ideal es absolutamente necesario que, tal posibilidad se encuentre en el propio texto que tipifica la infracción delictual que se quiere aplicar, entiéndase qué; se rige por el principio de especialidad.

Adecuándose a esta nueva categoría de sujetos el Nuevo Código Penal establece que las sanciones pueden ser penales, correccionales y contravencionales. Estipulándose para las mismas; penas de multa, la clausura, la prohibición temporal o definitiva de realizar una determinada actividad empresarial¹²¹.

Recientemente, Francia incorporó a su elenco normativo, la ley N° 2016/1691, que entró en vigor el 1 de junio de 2017, estableciendo la obligatoriedad de implantar un programa de *Compliance* contra la corrupción en el caso de empresas con más de 500 trabajadores o que formen parte de un grupo de empresas cuya matriz esté en Francia y emplee al menos a 500 trabajadores y un volumen de negocios bruto superior a 100 millones de euros

¹²¹ Artículos 131 al 139 del Código Penal Francés.

en los tres últimos ejercicios¹²².

Francia, ha dado un gran paso en al campo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, quedando pendiente resolver la nebulosa en torno a establecer si el caso involucra a una responsabilidad propia o derivada del órgano.

3.3. Bélgica

En Bélgica regía el principio *societas delinquere non potest, sed puniri non potest*. Es decir, que no solo se excluye la posibilidad de delinquir, sino también toda posibilidad de sanción. Ello, sin embargo, no significa que no sean posible las sanciones por infracciones administrativas: las sanciones administrativas son aplicables tanto a las personas físicas como a las jurídicas.

Como señala Banchio¹²³, “*la cuestión es de antigua data desde el Código Penal de 1867, que en el título sobre delitos contra la seguridad exterior del Estado preveía la responsabilidad civil de las sociedades por las condenas de multa pronunciadas contra sus órganos o dependientes*”. Esta aceptación de la responsabilidad solidaria no bastó para desarrollar una jurisprudencia tendiente a la punición de los entes ideales.

En palabras de Bacigalupo Saggese¹²⁴, “*a pesar de la vigencia de dicho principio se encuentran*

¹²² Véase en: <http://www.knc.eus/la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-que-operan-en-multiples-jurisdicciones/>

¹²³ BANCHIO, PABLO R. “Apuntes sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”. Revista Argentina de Derecho Empresario. Número 5. Argentina, visible en: <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=42138&print=1>

¹²⁴ BACIGALUPO SAGGESE, SILVINA. “La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”: Un estudio sobre el sujeto del Derecho Penal. Op. Cit. 353

algunas leyes en las que se menciona a la persona jurídica como sujeto capaz de recibir sanciones. Así, por ejemplo, el “arreté- loi” de 29 de junio de 1946, concerniente a la intervención injustificada de intermediarios en la distribución de productos y mercancías, se refiere en su primer artículo a los destinatarios de la norma mencionado a “toda persona física o moral”. No obstante, y tal como lo afirma la mencionada autora, se observa como de forma unánime, la doctrina considera esta única disposición legal excepcional como “un error del legislador nacional”.

Asimismo, Banchio¹²⁵, afirma que también en la doctrina jurídica – penal belga se discute sobre la posibilidad de aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, la doctrina tradicional persiste en la idea de negar dicha responsabilidad argumentando, fundamentalmente, sobre la incapacidad de la persona jurídica para manifestar el elemento moral de la infracción, es decir, el dolo o culpa. Dicho en palabras de Baccigalupo Saggese, *por su incapacidad de culpabilidad*.

Otra parte de la doctrina, sin embargo, mayoritariamente acepta la existencia de una cierta forma de culpabilidad de la persona jurídica proponiendo, al mismo tiempo, la necesidad de adaptar las sanciones penales para la misma. Es claro que la pena privativa de libertad no es aplicable a la persona jurídica, pero la pena de multa, como existe en la actualidad en el derecho belga, “*particular-*

¹²⁵ BANCHIO, PABLO R. “Apuntes sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.” Op. Cit.

*mente en el artículo 40 del Código Penal Belga, se puede aplicar acompañada inclusive de una pena subsidiaria privativa de libertad*¹²⁶.

En este sentido, Bacigalupo Saggese señala que también hay un sector de la doctrina que sostiene; *“incluso la aplicación de una única pena de carácter patrimonial como puede ser el sometimiento a curatela de la sociedad, la prohibición de contratar en el extranjero o la prohibición de concluir cierto tipo de contratos, así como la clausura temporal o definitiva*”¹²⁷.

Por lo tanto en ese contexto doctrinario hay quienes sin embargo, se inclinan, más bien, por la aplicación de sanciones no penales, prefiriendo a la aplicación de sanciones civiles, fiscales o administrativas.

A su vez, la Cour de Cassation ha admitido, a través de su sentencia del 8 de abril de 1946, la posibilidad de que una persona jurídica pueda cometer una infracción. Esta afirmación, debe ser entendida en el sentido de que la persona jurídica puede cometer una infracción por medio de sus órganos, debiendo aplicarse sanciones *a la persona física por medio de la cual ha obrado la persona jurídica, o a la que incumbía una obligación legal por cuenta de ésta y haya omitido hacerla*¹²⁸.

Resulta relevante mencionar dos casos en que la legislación belga aplica sanciones a la persona física que actuó en nombre de la persona jurídica:

¹²⁶ TROUSSE, P. E., *“Sanctions pénales et personnes morales”*. Pág. 720. RDP. 1975-1976.

¹²⁷ BACIGALUPO SAGGESE, SILVINA. Op. Cit. Pág. 335.

¹²⁸ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *“The System of Administrative and Penal Sanctions in the Member States of the European Communities, National Reports”*, Vol.I, Pág. 279. Luxembourg, 1994.

- Ley de 27 de mayo de 1960 sobre la Protección contra el Abuso de Poder económico, en la que se establece una orden similar para el procedimiento de los abusos de poder económico.
- Art. 55 de Ley de 14 de julio de 1971 sobre Práctica que Afectan al Mercado: orden de “cassation” de un acto previsto para faltas que afectan a las prácticas de comercio;

Por tanto, queda claro que la Cour de Cassation sanciona penalmente la infracción cometida por una persona jurídica, aplicándola exclusivamente a la persona física por medio de la que ha obrado la primera.

3.4. Reino Unido

El Reino Unido, nos presenta el modelo más clásico de responsabilidad penal directa de las personas jurídicas. Tal es así que en la fórmula de origen británico, la que la empresa es vista como sujeto de derecho penal se encuentra ampliamente consolidada; “*societas puniri potest*”.

Entre las concepciones más interesantes en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se destaca la doctrina de la “identificación” (*doctrine of identificación*), basada en el reconocimiento de que toda empresa funciona en la medida en que personas físicas actúen y controlen de forma directa las actividades de la misma y éstas pueden ser consideradas como su alter ego¹²⁹. Para

¹²⁹ BACIGALUPO SAGGESE, SILVINA. Op. Cit. Pág. 372

el efecto, este modelo exige que la conducta haya sido realizada por un superior de la empresa¹³⁰.

La *teoría de la identificación* incluso prevé la posibilidad flexibilizar el grado relación entre el superior de la empresa y el delito perpetrado. Es otras palabras; basta con el superior haya autorizado, tolerado o consentido la comisión del hecho punible o incluso que la infracción haya sido perpetrada como consecuencia de inobservar el debido cuidado en sus facultades de vigilancia y control¹³¹.

Asimismo Bacigalupo, afirma que la flexibilización es tal que; *“incluso la imputación de responsabilidad penal a las empresas tiene lugar; en situaciones en las que la responsabilidad penal se basa en un comportamiento “calculado” por la mente del sujeto (se refiere a los delitos que suponen la existencia de mens rea). Y, por otro lado, ha tenido un efecto limitador de la responsabilidad penal de las personas jurídicas exigiendo el descubrimiento de una persona física específica que ha ejercido el control de la empresa. En este sentido las personas jurídicas suelen responder penalmente por hechos relacionados con la esfera de actividad específica (typical sphere of activity)”*¹³².

Para proceder a la imputación de la persona jurídica, la autora precedente, señala como requi-

¹³⁰ NIETO MARTÍN, ADÁN. “La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Esquema de un Modelo de Responsabilidad Penal”. Pág. 8 en: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/21responsabilidad-penal.pdf>

¹³¹ Ídem, nota anterior. Asimismo, QUANTE, A, explica claramente que de esta manera se puede perseguir a sus órganos (directivos, administradores, secretarios, o dependientes con funciones análogas) si han aprobado el acuerdo o si se les puede atribuir una violación del deber de diligencia o la ejecución misma del hecho.

¹³² BACIGALUPO SAGGESE, SILVINA. “La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”: Un estudio sobre el sujeto del Derecho Penal. Op. Cit. Pág. 372

sito; “*la existencia de una persona física que “represente de forma directa la mente y la voluntad” de la persona jurídica. Y que para el Derecho inglés es determinante el descubrimiento así la diferenciación entre el “cerebro” o “centro nervioso” (“brain” o “nerve centre”) de las “manos” (“hands”) – no existente en la doctrina de la identificación -, debido al hecho de que la actual división del trabajo existente en una empresa – dependiendo naturalmente del tipo de empresa que se trate -, por regla general, no permite reconducir un hecho a una única persona*”¹³³.

Para determinar los presupuesto de la imputación, tuvo una enorme relevancia la decisión importante de la Cámara de los Loes en 1968, con el caso; *Tesco Supermarkets Ltd v Natrass*¹³⁴, donde el tribunal analizó cómo identificar la mente y la voluntad de dirección de una empresa, y si los empleados seguían siendo responsables cuando se dieron las instrucciones adecuadas a los responsables de una tienda local. Afirmando así que; una corporación debe actuar a través de personas vivas, aunque no siempre una o la misma persona.

Entonces la persona que actúa no está hablando ni actuando por la empresa. Actúa como

¹³³ Ídem, pág. 377.

¹³⁴ Hechos del caso: Tesco estaba ofreciendo un descuento en el detergente en polvo que se anunciaba en los carteles exhibidos en las tiendas. Una vez que se quedaron sin el producto de menor precio, las tiendas comenzaron a reemplazarlo con el stock a precio regular. El gerente no quitó los avisos y se le cobró al cliente el precio más alto. Tesco fue acusado en virtud de la Ley de Descripciones Comerciales de 1968 por anunciar falsamente el precio del detergente en polvo. En su defensa, Tesco argumentó que la compañía había tomado todas las precauciones razonables y la debida diligencia, y que la conducta del gerente no podía atribuir responsabilidad a la corporación.

la empresa y su mente, que dirige sus actos, es la mente de la empresa. No hay duda de que la empresa es responsable.

De esta manera, la resolución de la Cámara, dio lugar a la necesidad impulsar que el “control” de la empresa deba estar recogido en el estatuto de la misma a fin de evitar actos de delegación ambiguos y no definidos.

La reciente *Criminal Finances Act*¹³⁵ introduce, entre otras novedades, un nuevo tipo penal consistente en la falta de prevención por parte de la persona jurídica de que uno de sus miembros favorezca la evasión fiscal de un tercero, tanto a nivel nacional como extranjero. Es decir, necesariamente se debe contar con un Sistema de Compliance para evitar la configuración de hecho punible.

3.5. Finlandia

En sus inicios, Finlandia no incorporó disposición legal alguna respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por lo que el Código Penal de 1889, establecía expresamente que, en principio solo son punibles las personas físicas. No obstante, las personas jurídicas podían ser sancionadas en virtud de otras leyes. En este sentido Bagigalupo menciona a título de ejemplo las siguientes: *Company Act (734/78)*, *Cooperative Banks Act (247/85)*, *Associations Act (503/89)*, *Bookkeeping Act (904/85)*, *Small Business Act (88/389)*.

¹³⁵ En el año 2017.

Así es como la idea de introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Finlandia tuvo sus inicios en la década de los 70, principalmente para los hechos punibles relacionados con la protección del medio ambiente y cuestiones laborales.

Con la publicación del proyecto del Penal Code Task Force sobre “Criminal Liability of Corporate Bodies” en el año 1987, Finlandia se abre camino y el Parlamento en junio de 1993 presentó un Proyecto de ley sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas; la *Bill on corporate criminal liability*.

De esta manera el Capítulo IX del Código Penal de 1995, incorpora disposiciones respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando el delito haya sido cometido como parte de una actividad corporativa. Adoptando como modelo de responsabilidad, la Vicaria y negligencia del cuerpo colectivo.

3.6. Irlanda

Otro Estado Miembro que admite la responsabilidad vicaria como país integrado en el sistema del Common Law, ya había admitido por vía jurisprudencial desde mediados del pasado siglo que la posibilidad de imputar a la persona jurídica, la comisión de hecho punibles.

Adoptando como modelo de responsabilidad los principios de la *vicarious liability*, cuya regla general radica en que; “*en la medida en que un delito pueda ser imputado a una persona de la empresa,*

*sea un directivo o cualquier otro trabajador, la empresa puede ser punible también con una persona de multa*¹³⁶.

Le legislación irlandesa establece así infracciones relacionadas al ámbito impositivo cuya sanción aplicable es la pena de multa para cualquier tipo de persona (“a body of person”), es decir, sea ésta física o jurídica.

3.7. Portugal

Portugal es otro de los Estados miembros de la Unión cuya Constitución¹³⁷ impone límites a la responsabilidad de las personas jurídicas, generando en palabras de Costa Andrade, *la quiebra del principio «societas delinquere non potest»*¹³⁸.

En tal sentido, el Código Penal portugués establece en su artículo 11 la responsabilidad individual: “*salvo disposición en contrario, solamente son susceptibles de responsabilidad penal las personas físicas*”. Se observa de esta manera que la norma prevé la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, rechazando la posición existente de la responsabilidad penal de carácter individual.

¹³⁶ BACIGALUPO SAGGESE, SILVINA. “*La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*”: Un estudio sobre el sujeto del Derecho Penal. Op. Cit. Pág. 376

¹³⁷ Artículo 13. (Del principio de igualdad) 1. Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley. 2. Nadie puede ser privilegiado, beneficiado, perjudicado, privado de cualquier derecho ni eximido de ningún deber por razón de ascendencia, sexo, raza, lengua, territorio de origen, religión, convicciones políticas o ideológicas, instrucción, situación económica o condición social.

¹³⁸ COSTA ANDRADE, M. da. “*O novo Código penal e a moderna criminologia*”, en Jornadas de Direito Criminal. O novo Código Penal português e legislação complementar. Centro de Estudos Judiciários, Coimbra. Pág. 218,1983,

Asimismo, Portugal, en consonancia con la Ley de Contravenciones alemana (OWIG), cuenta con una Ley de Contravenciones; el *Decreto – Lei* N°...433/82, de 27 de octubre, en la que se reconoce explícitamente la responsabilidad directa de las personas colectivas o equiparadas¹³⁹. De acuerdo con esta disposición “las multas administrativas (coimas) son aplicables tanto a las personas colectivas o equiparadas a ellas, así como a las asociaciones sin personalidad jurídica”.

Al igual que la ley alemana, esboza los mismos inconvenientes en relación a la exigencia de una conexión entre el hecho y el órgano de la persona jurídica y se discute la actuación de quienes serán los sujetos se imputan a la corporación.

Brandão considera que, este sistema continúa ocasionando inconvenientes debido a que la defensa y responsabilidad de la empresa necesita siempre de la mediación de los individuos¹⁴⁰.

Para concluir con el análisis comparativo de las diversas legislaciones europeas, cabe resaltar que en un número significativo de ellos, es de obligada implementación los *Sistemas de Compliance*, de manera que tanto las empresas matrices como sus filiales deberán contar con uno.

¹³⁹ Artículo 7 Decreto – Lei N°...433/82.

¹⁴⁰ BRANDÃO, NUNO,. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: El Caso Portugués, Pág. 130, en: <https://www.ehu.es/documents/1736829/3498354/07-uno+-brandao+p.pdf>

3.8. España

España es otro Estado miembro de la Unión que admite la responsabilidad, directa de las personas jurídicas y dado el desarrollo doctrinario y legislativo en esta materia, es una de las fuentes más analizadas por las demás legislaciones, en la búsqueda de atribución penal a las personas jurídicas.

Al respecto, cabe señalar que, tanto la doctrina como la legislación española, durante siglos optaron por el principio *Societas delinquere non potes*, entiendo que no era posible atribuir responsabilidad penal a una persona jurídica porque esta solo actúa a través de personas físicas.

A partir de determinadas cláusulas como la contenida en el artículo 31.1 del Código Penal de 1995, preexistente en legislación penal desde 1983, que tenía como finalidad la ampliación del círculo de la autoría de los delitos especiales a determinados *extranei* (personas físicas), que actúen como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica (o en nombre o representación legal o voluntaria de otro)¹⁴¹, se pretendió evitar que este tipo de hecho delictivo no pueda ser perseguido cuando sea cometido.

De este modo se lograba además evitar la impunidad en que se incurría cuando la persona ju-

¹⁴¹ MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR. "LA INTRODUCCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA" Vol.945. Thomson Reuters. España. 2014.

rídica no era penalmente responsable y el hecho delictivo era cometido en su nombre o beneficio, estableciendo consecuencias accesorias.

Sin embargo el largo debate, en torno al principio que no admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y la necesidad impuesta por el abrumante cambio generado por la globalización y los avances tecnológicos, que dieron lugar a nuevos hechos delictivos, incentivó decisivamente en la reforma el Código Penal. De esta manera, las personas jurídicas, a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y la Ley Organica 1/2015 de reforma del Código Penal, estas son pasibles de responsabilidad penal.

Asimismo, encontramos que *la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 establece dos sistemas de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas*¹⁴²:

- **Sistema vicarial** o de transferencia o por representación. Requiere que una persona física cometa un delito y que posteriormente se pueda identificar un hecho de conexión con la persona jurídica.
- **Sistema de imputación** propio de responsabilidad penal. Se denomina sistema de culpabilidad por defecto de organización fundamentado en la cultura de cumplimiento. Requiere la creación de los elementos necesarios para justificar que es la persona jurídica la que comete el delito: acción, culpabilidad, etc.

¹⁴² RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, RICARDO. “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”. España. En: <https://www.unir.net/derecho/revista/noticias/la-responsabilidad-penal-de-las-personasjuridicas/549202980082/>

Conforme a lo establecido en el artículo 31 bis del Código Penal de 2010, una persona jurídica será penalmente responsable:

- En caso de **delitos cometidos en su nombre o por su cuenta**, y en beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales y administradores, de hecho, o de derecho;
- Por los delitos cometidos por trabajadores, al **realizar el ejercicio de actividades sociales** y por cuenta y beneficio directo o indirecto de la organización. Cuando no se haya ejercido sobre ellos el debido control;
- Por los delitos cometidos por trabajadores, en el ejercicio de **actividades sociales y por cuenta o beneficio de la organización**. Cuando no se haya ejercido sobre ellos el debido control.

Tal como se observa en el Código de 2010, la legislación dio un paso más abarcando la responsabilidad penal directa e independiente de las personas jurídicas respecto de los propios administradores o directivos de la sociedad.

De esta manera, quedó configurada la posibilidad de que cuando tenga lugar una conducta penalmente relevante, la acción penal se dirija no solo contra el autor, persona física, sino también contra la persona jurídica.

No obstante, aún quedaba pendiente determinar la forma en que las personas jurídicas debían intervenir en el proceso. La cual fue regulada a partir de **Ley 37/2011**, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

Por su parte la Ley Orgánica 7/12, modificó el artículo 31 bis del Código Penal, para incluir también como responsables penales a partidos políticos y sindicatos.

Finalmente, la última reforma del Código Penal Español, tiene lugar con la Ley Orgánica 1/2015, que introduce, con carácter general, las siguientes modificaciones en esta materia:

- Se limita la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el caso de delitos cometidos por sus dependientes cuando existe una infracción del deber de supervisión sobre los mismos sólo a los supuestos en los que el incumplimiento del deber de vigilancia haya tenido carácter “grave”.
- Se prevé la existencia de un órgano de supervisión y control (compliance officer) del modelo de prevención implantado.
- Se extiende el régimen de responsabilidad penal a las **sociedades mercantiles estatales** que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

Dada las sucesivas modificaciones, resulta pertinente determinar cuáles son los presupuestos que la legislación española establece que para la atribución de responsabilidad a las personas jurídicas:

a) La persona jurídica deberá tener reconocida personalidad jurídica y ser imputable

Al respecto es de resaltar que *“No toda persona jurídica con personalidad jurídica responde penalmente, ya que únicamente se incluyen las personas jurídico-privadas de Derecho Civil y Mercantil. Quedan exentas por imperativo legal (art. 31 quinquies CP): el Estado, las Administraciones públicas territoriales e institucionales, los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, las organizaciones internacionales de derecho público, y aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del art. 33 CP. Esta limitación no será aplicable cuanto el juez o Tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal. Para aquellas «...empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis...” en cuyo seno, con su colaboración o a través o por medio de ellas se cometieren delitos, no se les aplica el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. Podrá también acordar*

la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita”. (Art. 129 CP)¹⁴³.

En cuanto al presupuesto de la imputabilidad, el Tribunal Superior en su Sentencia N° 154/2016 del 29 de febrero de 2016, *se ha pronunciado al respecto entendiendo que la persona jurídica estrictamente instrumental o “pantalla”, es decir, la que carece de cualquier actividad lícita y creada, exclusivamente, para la comisión de hechos delictivos, ha de ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis, por resultar insólito pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia¹⁴⁴.*

b) La comisión de uno de los delitos expresamente previstos en el Código Penal

El Código Penal Español, se decanta por un sistema cerrado de enumeración taxativa en cuanto a los tipos penales susceptibles de generar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Tales como; manipulación genética; alteración de precios en concurso y subastas públicas; negativa a actuaciones inspectoras; falsificación de moneda; asociación ilícita, etc.

¹⁴³ “Responsabilidad Penal de las personas jurídicas” En: https://www.guiasjuridicas.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUUM-TA3NDtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOCSoAsDdUq-TUAAAA=WKE

¹⁴⁴ Ídem nota anterior.

En tanto que la penas previstas para los hechos delictivos perpetrados son; suspensión, clausura, inhabilitación; prohibición temporal por un plazo que no exceda de 5 años o definitiva, de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; intervención judicial por el tiempo que se estime necesario, que no exceda de 5 años; prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

Ahora bien, el Código Penal Español, a su vez dispone que; las personas físicas autoras del hecho delictivo pueden ser:

Sus representantes legales o aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica están autorizados para tomar decisiones en nombre de ella u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

Por lo que, conforme a lo establecido, la responsabilidad se extiende a todo aquel que esté autorizado para decidir en nombre de la persona jurídica y también a quienes ejerzan facultades de organización y control.

En estos casos se exige que el delito se cometa:

a) En beneficio directo o indirecto de la persona jurídica, por lo que necesariamente debe producirse un beneficio o ventaja para la persona jurídica, o en caso de evitar un perjuicio ocasionado a consecuencia de la actividad ilícita;

- b)** Y en su nombre o por su cuenta, lo que conlleva la existencia de un vínculo de dependencia entre el acto ejecutado por la persona física y la persona jurídica;
- c)** Quienes estén sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas precedentemente, para lo que la normativa penal exige también que el delito debe perpetrarse:
- en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta de la persona jurídica;
 - en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica;
 - por falta de supervisión, vigilancia y control que revista carácter grave.

Si bien, la responsabilidad de la persona jurídica es autónoma de la de la persona física que comete el delito, cabe aclarar que; la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible aun cuando la persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella¹⁴⁵.

Asimismo qué; la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión y que no se extingue la responsabilidad penal por la disolución

¹⁴⁵ Véase: Artículo 31 ter Código Penal Español.

encubierta o meramente aparente de la persona jurídica.

3.8.1. **Sentencia española**

Se pone a disposición del lector, la síntesis de un fallo español relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de manera a aproximar a este, a los fundamentos desarrollados en la jurisprudencia de este Estado miembro de la Unión Europea.

CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL



JURISPRUDENCIA

Roj: **STS 613/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:613**

Id Cendoj: **28079120012016100112**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/02/2016**

Nº de Recurso: **10011/2015**

Nº de Resolución: **154/2016**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **JOSE MANUEL MAZA MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4525/2014,
STS 613/2016**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia N°: 154/2016

Fecha Sentencia : 29/02/2016

Ponente Excmo. Sr. D. : José Manuel Maza Martín

Segunda Sentencia Voto Particular

RECURSO CASACION (P) N°:10011/2015 P Fallo/

Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial **Señalamiento:** 01/10/2015

Procedencia: Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 1^a

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero **Escrito por** : IAG

Salud pública. Intervenciones telefónicas: principio de Juez legalmente predeterminado para otorgar la autorización. Registros domiciliarios. Valor de diligencias probatorias realizadas en Venezuela. Requisitos de la organización. Falsedad en documento de identidad venezolano. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. Requisitos y fundamentos de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Improcedencia de la pena de disolución. Concepto del “provecho” como requisito necesario para la responsabilidad penal de la persona jurídica. Derecho de defensa de la persona jurídica y su representación por persona física, también acusada, en el mismo procedimiento. VOTO PARTICULAR.

N°: 10011/2015P

Ponente Excmo. Sr. D.: José Manuel Maza Martín

Fallo: 01/10/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA N°: 154/2016

.....///.....

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, han dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Febrero de dos mil dieciséis.

Esta sala ha visto el recurso de casación n° 10011/2015-P, interpuesto por **Avelino Javier, Remigio Gumersindo, Landelino Valeriano, Ignacio Valentín, TRANSPINELO SL, INVESTISSMENT TRANS SPAIN AFRICA y GEORMADRID MACHINERY SL**, recurrentes representados por los Procuradores Sr. Checa Delgado, Sr. González Sánchez, Sr. Sanz Arroyo, Sra. Blanco Martínez y Sr. Sanz Arroyo, respectivamente, contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal (Sección 1ª), de fecha 17 de noviembre de 2014, que les condenó por delitos contra la salud pública, quebrantamiento de medida cautelar y falsificación en documento oficial.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción número 6 instruyó Sumario con el número 19/2011 y, una vez concluso, fue elevado a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 1ª que, con fecha 17 de noviembre de 2014 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

<<1.- Durante los años 2007 a 2010, el procesado Avelino Javier había sido objeto de diversas investigaciones judicializadas relativas a la comisión de un delito contra la salud pública por tráfico de estupefacientes de sustancia que causaba grave perjuicio para la salud (cocaína).

En dicho contexto se tramitaban ante el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Coslada, Diligencias Previas 1902/2010 por presunto delito de blanqueo de capitales provenientes de actividad ilícita relacionada con el tráfico de sustancias estupefacientes.

El Ministerio Fiscal, al no aceptar dicho Juzgado el trámite de diligencias por delito de tráfico de estupefacientes, judicializó en el año 2011 la investigación inherente al mismo ante los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional.

La actividad aquí denunciada, estaba dirigida por el procesado Avelino Javier, persona que a través de terceros, personas físicas y personas jurídicas llevaba a cabo la misma bajo su supervisión y toma de decisiones.

El procesado Remigio Gumersindo, alias Zurdo, estaba relacionado con el anterior por razones de parentesco (sobrino) y de dependencia, realizando labores en las empresas TRANSPINELO S.L. e ITSA utilizadas por Avelino Javier para su ilícito tráfico, supliendo

como persona de confianza a su tío cuando este se ausentaba de España, disponiendo de efectivo y dando las órdenes oportunas para el trabajo.

Una de las personas jurídicas que ha sido objeto de enjuiciamiento, la entidad TRANSPINELO era dirigida por Avelino Javier, si bien al frente de la misma formalmente aparecía Remigio Gumersindo.

Otra empresa denominada ITSA asimismo era dirigida y financiada por Avelino Javier, si bien aparecía bajo la administración única de Eulalio Gumersindo, sobrino del procesado Ignacio Valentín y representada por Rodolfo Faustino.

Ambas entidades participan en la forma que se dirá en el envío de máquinas de obras públicas a Venezuela.

Por último la entidad GEORMADRID MACHINERY que aparece como destinataria de las mismas al ser devueltas a España en la forma que se dirá estaba administrada por Ignacio Valentín desde al menos 2009.

El procesado Landelino Valeriano, también estaba relacionado con la actividad ilícita de tráfico de estupefacientes desarrollada por Avelino Javier, a quien acompañaba en sus viajes al extranjero, auxiliándole en la logística de los viajes, desplazamientos y preparación de los envíos.

Por su parte el procesado Ignacio Valentín, alias Tirantes, participaba en la actividad ilícita de Avelino Javier, además de la relación antes citada, a través de su intervención en la entidad INVESTISSEMENT TRANS SPAIN AFRICA S.A. (ITSA).

Esta entidad estaba administrada formalmente por una persona no procesada Rodolfo Faustino, persona del entorno de amistad y relación del procesado Ignacio Valentín. Fue constituida en Mali, con la finalidad de propiciar formalmente la actividad de venta de maquinaria de obras públicas. No obstante lo anterior, dicha empresa estaba dirigido de hecho por Avelino Javier, persona que era quien tomaba las decisiones y aportaba el capital preciso para ello.

Estas entidades, en cuanto a las dos primeras realizaban actividades comerciales diversas, no así la tercera citada a la que no se le conoce actividad, y eran utilizadas por Avelino Javier para articular actividades de importación y exportación de máquinas en cuyo interior se encontró sustancia estupefaciente como en el presente caso, actividades por las que se han seguido procesos penales aparte en 2006 y 2007.

...///...

Las máquinas, que figuraron a nombre de la entidad TRANSPINELO eran las siguientes:

Una excavadora cadena volvo, EC 390, color amarillo, serial de carrocería EC390V01068, serial de motor TD103KAE82296760.

Una excavadora de cadena, marca volvo, modelo EC90, color amarillo, serial de carrocería EC390V01061, serial de motor TD103KAE282295558.

Una volteo, tipo Roco, marca Moxi, modelo MT40, color amarillo, serial de carrocería 512052 y serial de motor 5556191.

Una volteo, tipo Roco, marca Bell, modelo B40D6X6, color amarillo, serial de carrocería AE-B4118401ROOOI03, serialdemotor941.990.00.205440.

Con la finalidad de llevar a cabo tal operación, Avelino Javier viajó a Venezuela los días 7 y 8 de Febrero de 2.011 via Frankfurt-Caracas, país al que posteriormente acude Landelino Valeriano, en 21.03.2011 para reunirse con él y proceder a la formalización de la llegada de la maquinaria y preparar la introducción de la droga en su interior para ser reimportada a España.

...///...

La organización citada que había proyectado el envío de las maquinas citadas a Venezuela, para allí cargarlas de cocaína en su interior y reenviar a España con la sustancia estupefaciente en las mismas, durante el mes de febrero de 2011, los procesados Remigio Gumersindo y Ignacio Valentín concertaron con la empresa CRISMAR, dedicada al tránsito marítimo, el transporte de las citadas cuatro máquinas de España a Venezuela.

A tal fin con fecha 17 de Febrero de 2.011 se emiten las facturas NUM000, NUM001, NUM002 y NUM003 en las que figura como exportadora la entidad ITSA, apoderada por Ignacio Valentín, simulando la venta de las máquinas citadas a la entidad MULTISERVICIOS Y MAQUINARÍA OP, con dirección Avda. Guayana Galpón núm. 49 de Guaiparo en San Félix 8051, Venezuela, y cuya presidenta era Francisca Reyes. Ahora bien, las máquinas aparecerían después como propiedad de la empresa EQUIPOS Y MAQUINARIAS PESADAS CA (EQUIPE CA) al emitir dicha empresa una factura de venta ficticia a la mercantil JOYMACA.

Como quiera que la entidad ITSA, tenía la sede en la República de Malí, no era factible que pudiera aparecer como exportadora desde España, siendo ne-

cesaria la intervención como tal de una entidad con CIF y sede en España Para poder llevar a cabo la operación el procesado Remigio Gumersindo aportó los datos correspondientes a la entidad TRANSPINELO, y procedió al cambio de las facturas antes citadas en las que figuraba como exportadora la entidad ITSA por otras cuatro facturas NUM004, NUM005, NUM006 y NUM007, en las que aparecía como exportadora TRANSPINELO. No obstante los documentos “bill of lading” siguen apareciendo extendidos a nombre de ITSA.

...///...

Dichas máquinas habían sido transportadas hasta el Puerto de salida en la ciudad de Santander por encargo de TRANSPINELO desde Mejorada del Campo al referido puerto los días 21 y 22 de febrero de 2011 para su posterior embarque.

El día 5 de marzo las máquinas embarcaron en el Puerto de Santander en el buque “Moming Celine”, con origen en Santander y destino Puerto Cabello (Manzanillo), Venezuela (Bill of Landing ES 1084566 de esa fecha, aportado por la agencia marítima EGVE).

Una vez llegadas las máquinas a Venezuela, recogidas por su destinataria MULTISERVICIOS Y MAQUINARIA.OP, de la que era responsable la súbdita venezolana Francisca Reyes fueron bajadas del barco citado y salieron de la zona primaria del puerto el día 27.04.2011, una vez en tierra, se transportaron a una nave-almacén denominado galpón señalado con el núm. 49 sito en la Avenida Guayana Urbanización Gualparo de San Félix estado de Bolivar, en el que había una vivienda en la que habitaba la citada Francisca Reyes, y del que eran arrendatarios la citada Francisca Reyes y de Valentín Patricio también de na-

cionalidad venezolana, procediendo a su manipulación consistente en abrir huecos en el interior de los brazos y otras partes de las máquinas realizando las oportunas aperturas y orificios y creando dobles fondos y caletas que después soldaron y volvieron a pintar tras llevar a cabo la introducción de la sustancia estupefaciente en los huecos resultantes.

*Finalmente las máquinas son embarcadas en el barco *Beautriumph*, el día 4 de Junio de 2011, siendo desembarcadas por orden de la Autoridad competente venezolana en el muelle de Palúa, ubicado en San Félix, Venezuela, en donde se encontraban en custodia policial desde el día 5 de Junio de 2011 por encontrarse dudosamente documentadas.*

La mercantil que exportaba las máquinas era J y M C.A “JOYMACA (RIF J-31565140-8) de la que era administrador Valentín Patricio y en cuya plantilla figuraba Francisca Reyes (presidenta a su vez de MULTISERVICIOS Y MAQUINARIAS OP). Empresa que figuraba como importadora a Venezuela de las máquinas enviadas desde España.

A su vez, la empresa que figuraba como importadora de las máquinas que se traían desde Venezuela a España con la sustancia estupefaciente era GEOR-MADRID MACHINERY SL, en la que figura formalmente como administrador único Ignacio Valentín, tal y como figura en la factura NUM008 de la empresa JOYMACA, proporcionando así cobertura legal a la entrada de la droga en España.

No obstante y con ánimo de ocultación del tráfico de la mercancía, en la documentación encontrada posteriormente en Venezuela figuraba como entidad receptora GLOVAL MACHINERY SA, empresa que no

consta su existencia y cuyos datos de ubicación y de contacto corresponden a los de GEORMADRID MACHINERY. La dirección de destino de la maquinaria era la calle Fuentecillas nave 26 del polígono Industrial Los Albardiales de la localidad de Antígona, Toledo, que en realidad era un inmueble desocupado.

El día 4 de junio de 2011, las máquinas con droga fueron cargadas en el barco con nombre “Beautriumph” con destino al puerto de Bilbao.

La Guardia Nacional Bolivariana, fue informada por la Guardia Civil española de tal operación, produciéndose un primer registro el día 24 de Junio de 2.011, encontrándose en el interior de las dos máquinas retroexcavadoras Volvo diversos envoltorios con sustancia estupefaciente (cocaína) con un peso de 5.052 Kgms y un valor económico de haber ingresado en el mercado de 258.544.480?.

El día 26 de Junio siguiente se produce el registro del citado galpón, donde es hallada entre otros documentos una copia auténtica de la escritura de la entidad Geormadrid Machinery S.L. así como resguardos de emails cruzados entre Landelino Valeriano y la entidad Viajes Barceló comentando el cambio de fechas en el viaje de vuelta a España tanto del citado Landelino Valeriano como de Avelino Javier.

Finalmente el día 28 de Junio de 2011 se produce el registro de la maquinaria restante por las Autoridades policiales Venezolanas hallando en el interior de las mismas un total de 1.650,5 Kgms más de cocaína.

En relación con este operativo la Guardia Nacional Bolivariana procedió a la detención de los súbditos venezolanos Valentín Patricio y Francisca Reyes, así como Daniel Benjamín, Landelino Santiago, Genaro Je-

naro, Benigno Genaro, Ramón Dionisio y Rómulo Teodosio los que trabajaban allí a las órdenes de Avelino Javier. Valentín Patricio reconoció en sede judicial los hechos.

....///...

SEGUNDO. - La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<FALLAMOS: I.- Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a:

1.- a) Avelino Javier, en su calidad de autor responsable de un delito ya definido contra la salud pública, de sustancia estupefaciente que causa grave perjuicio para la salud (cocaína), en cantidad de notoria importancia, en organización, ostentando la jefatura, mediante el uso de buque y simulación de operaciones comerciales internacionales, a la pena de TRECE AÑOS, SEIS MESES de prisión y multa de 775.633.440?.

b) En su cualidad de autor responsable de un delito de quebrantamiento de medida cautelar ya definido del artículo 468.1 del Código Penal al pago de multa de **VEINTICUATRO MESES a razón de 10 ? día .**

....///...

3.- Landelino Valeriano a) en su calidad de autor responsable de un delito ya definido contra la salud pública, de sustancia estupefaciente que causa grave perjuicio para la salud (cocaína) en cantidad de notoria importancia, en organización, mediante el uso de buque y simulación de operaciones comerciales internacionales, a la pena de **NUEVE AÑOS DE PRISION y multa de 775.633.440 ?.**

...///...

5.- la entidad TRANSPINELO S.L. por su participación como instrumento jurídico en los términos ya definido respecto del delito contra la salud pública asimismo concretado a su **DISOLUCIÓN con perdida definitiva de su personalidad jurídica y su capacidad de realizar actividad comercial alguna** , y al pago de la **MULTA de 775.633.440 ?**.

6.- la entidad GEORMADRID MACHINERY S.L. por su participación como instrumento jurídico en los términos ya definido respecto del delito contra la salud pública asimismo concretado a su **DISOLUCION con perdida definitiva de su personalidad jurídica y su capacidad de realizar actividad comercial alguna**, y al pago de la **MULTA de 775.633.440 ?**.

7.- la entidad INVESTISSIMETN TRANS SPAIN AFRICA S.A. (ITSA), por su participación como instrumento jurídico en los términos ya definido respecto del delito contra la salud pública asimismo concretado **la prohibición de realizar actividades comerciales en España por tiempo máximo de 5 años**, y al pago de la **MULTA DE 775.633.440 ?**.

II.- Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a:

1.- El procesado Gines Artemio, al no haber quedado suficientemente acreditados los hechos que se le imputaban para contradecir el principio de presunción de inocencia.

...///...

QUINTO. - El recurso interpuesto por **Remigio Gumersindo** se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

....///....

OCTAVO.- El recurso interpuesto por “**TRANS-PINELO, SL**” se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

Primero.- Al amparo del artº. 5.4º de la L.O.P.J., por infracción del derecho a la presunción de inocencia, del artº. 24. 2º de la Constitución española.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artº. 5. 4º de la L.O.P.J., por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías del artº. 24. 2º de la Constitución española.

Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artº. 5. 4º de la L.O.P.J., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y al Juez predeterminado por la ley de los artsº. 120 y 23 de la Constitución española.

Cuarto.- Por infracción de preceptos constitucionales, al amparo del artº. 5. 4º de la L.O.P.J. y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del derecho a la presunción de inocencia (artº. 24. 2º), del derecho al secreto de las comunicaciones (artº. 18.3) y del derecho a la inviolabilidad del domicilio (artº 18.2), todos ellos de la Constitución española.

Quinto.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del subtipo agravado de organización delictiva del art. 369 bis del Código Penal , y de extrema gravedad por uso de buque (art. 370 CP) y de la aplicación de los arts. 570 bis, 570 ter y 570 quater CP, en relación con la organización criminal.

Sexto.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,

por falta de aplicación del artº 16 del Código Penal , participación en grado de tentativa.

Séptimo.- Por error en la apreciación de la prueba, al amparo del artº. 849. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Octavo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artº. 5. 4º de la L.O.P.J ., por vulneración del derecho de defensa del artº. 24. 2º del Código Penal.

NOVENO.- El recurso interpuesto por “**GEOR-MADRID MACHINERY SL**” se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artº. 5. 4º de la L.O.P.J., por vulneración del derecho a la defensa del artº 24. 2º de la Constitución española.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artº. 5. 4º de la L.O.P.J ., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artº 24. 2º de la Constitución española.

DÉCIMO.- El recurso interpuesto por “**INVESTISSIMENT TRANS SPAIN AFRICA, SA (ITSA)**” se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5. 4º de la L.O.P.J., por vulneración del derecho de defensa, del artº 24. 2º de la Constitución española.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 5. 4º de la L.O.P.J ., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artº. 24. 2º del texto constitucional.

...///...

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSOS DE LAS PERSONAS FÍSICAS:

A) RECURSO DE Avelino Javier :

PRIMERO.- El recurrente, condenado por la Sentencia de instancia como autor de un delito contra la salud pública, otro de falsificación de documento oficial y un tercero de quebrantamiento de medida cautelar a las penas respectivas de trece años y seis meses de prisión y multa, seis meses de prisión y multa y otra multa más, apoya su Recurso en cuatro diferentes motivos, de los que los tres primeros denuncian, con base en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , la vulneración de los siguientes derechos fundamentales:

...///...

En definitiva, la Sala dispuso, en este caso, de pruebas plenamente conformes, practicadas con todos los requisitos legales. Pruebas, por consiguiente y en definitiva, todas ellas válidas en su producción, razonablemente valoradas y plenamente capaces para sustentar el Fallo condenatorio respecto del recurrente, que frente a todo ello se extiende, en su Recurso, en alegaciones que pretenden combatir esa valoración de prueba llevada a cabo en la Sentencia recurrida, con lo que, en definitiva, se aleja del contenido que

le es propio a un Recurso de Casación como éste en el que, como ya dijimos, la razonabilidad de la valoración realizada por la Audiencia nos veda la posibilidad de alterar las conclusiones alcanzadas por el Tribunal “*a quo*” .

...///...

Razones, todas ellas, por las que estos tres motivos iniciales han de desestimarse.

SEGUNDO.-

...///...

Procediendo, por consiguiente, la desestimación del motivo y, con él, la del Recurso en su integridad.

B) RECURSO DE Remigio Gumersindo :

TERCERO.- El segundo Recurso, interpuesto por quien también fue condenado por la Audiencia como autor de un delito contra la salud pública a las penas de diez años, seis meses y un día de prisión, incluye cinco motivos, los tres iniciales relativos a la vulneración de derechos fundamentales (arts. 5.4 LOPJ y 852 LECr, en relación con el 18.3 y el 24.2 CE), en todo semejantes en su argumentación a los mismos ordinales del Recurso anterior, por lo que la respuesta dada a los mismos en nuestro primer Fundamento Jurídico debe tenerse por reiterada para la desestimación de éstos.

A su vez, los dos últimos motivos del Recurso, el Cuarto y el Quinto, hacen referencia a sendas infracciones de Ley, a saber:

- 1) Una primera consistente en la indebida aplicación del artículo 369 bis del Código Penal,

habida cuenta de que no se dan los requisitos necesarios para integrar el contenido de la organización dedicada a la comisión de delitos contra la salud pública ni tampoco para afirmar la condición de jefe de la misma del recurrente (motivo Cuarto).

...///...

En consecuencia procede la desestimación de todos los motivos del Recurso.

C) RECURSO DE Landelino Valeriano :

CUARTO.- Este Recurso, interpuesto por quien fue condenado como autor de un delito contra la salud pública y otro de quebrantamiento de medida cautelar a las penas de nueve años de prisión y multa y otra multa, formula cinco distintos motivos, los cuatro primeros, con cita del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, referentes a otras tantas infracciones de derechos fundamentales, en concreto:

...///...

QUINTO.- A su vez, el Quinto y último motivo de este Recurso alude a la infracción de Ley (art. 849.1° LECr) consistente en la indebida aplicación de los artículos 368,369. 5 ° y 370 del Código Penal, que describen el tipo delictivo objeto de condena.

...///...

D) RECURSO DE Ignacio Valentín :

SEXTO.- Este recurrente, también condenado como autor de un delito contra la salud pública a las penas de nueve años de prisión y multa, hace referencia a otros cinco motivos, de los que los dos primeros se refieren, una vez más, a vulneraciones de derechos

fundamentales (arts. 5.4 LOPJ y 852 LECr) tales como el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), girando en ambos casos la argumentación en torno a la falta de razonabilidad de la valoración llevada a cabo por la Audiencia sobre el material probatorio disponible.

SÉPTIMO. -En consecuencia, los motivos y el Recurso, al igual que los anteriores, deben de ser también desestimados.

...///...

RECURSOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

E) RECURSO DE “TRANSPINELO S.L.”:

OCTAVO.- La recurrente, persona jurídica declarada responsable por haber sido considerada instrumento para la comisión de un delito contra la salud pública y condenada por ello a las penas de disolución y multa de 775.633.440 euros, formula en su Recurso ocho diferentes motivos de los que los cuatro primeros y el Octavo hacen referencia a otras tantas vulneraciones de derechos fundamentales (art. 5.4 LOPJ), en concreto a:

- 1) La presunción de inocencia (art. 4.2 CE), dado que los registros domiciliarios llevados a cabo en su día en las viviendas de las personas físicas también condenadas en estas actuaciones como autoras del delito contra la salud pública originario son nulos por falta de asistencia letrada y no estar acreditado que Avelino Javier fuera administrador de hecho de la recurrente ni que Remigio Gumersindo haya suministrado datos de la entidad para la exportación de las

máquinas en las que se ocultó la cocaína al regreso a nuestro país (motivo Primero).

- 2) A un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), porque la prueba practicada en Venezuela no respetó los requisitos necesarios y exigibles de acuerdo con la normativa existente en aquel país ni los principios procesales propios de nuestro ordenamiento patrio (motivo Segundo).
- 3) A la tutela judicial efectiva y al Juez legalmente predeterminado (art. 24.1 y 2 CE), ya que la policía solicitó la autorización de las intervenciones telefónicas al órgano que no le correspondía conocer de su concesión, dando con ello lugar a unas nuevas actuaciones, ante la denegación de aquellas por los Instructores a los que inicialmente se habían dirigido unas solicitudes anteriores (motivo Tercero).
- 4) A los derechos a la intimidad domiciliaria (art. 18.2 CE), al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), reiterando los argumentos ya expuestos en anteriores motivos de este Recurso y los formulados por las personas físicas condenadas (motivo Cuarto).

Motivos que merecen ser desestimados toda vez que, en primer lugar, en ellos se incluyen diversas cuestiones ya resueltas al dar respuesta a diferentes motivos de los Recursos de las personas físicas, tales como las relativas al valor de las pruebas practicadas tanto en Venezuela (ocupación y análisis de la droga) como en nuestro país (intervenciones telefónicas y registros domiciliarios), al debido respeto al Juez legalmente predeterminado o a la presunción de inocencia.

Mientras que, por lo que se refiere a la condición de administrador de hecho de la recurrente y de representante como administrador de derecho de la misma de las personas físicas autoras del delito contra la salud pública objeto de condena, la prueba ha de ser tenida como bastante, a la vista de las diligencias practicadas en el propio Juicio oral (declaraciones de los acusados, testificales, documental, etc.), debidamente valoradas por la Audiencia, pues en todas ellas se constata que la gestión de la aquí recurrente era llevada en la práctica por los autores del ilícito que da lugar posteriormente a la responsabilidad de TRANSPINELO S.L., cumpliéndose así los dos primeros requisitos previstos en el artículo 31 bis del Código Penal, tanto en su redacción originaria de la LO 5/2010 como en la actualmente vigente tras la reforma operada por la LO 1/2015, a saber:

- La comisión de uno de los delitos integrantes del catálogo de aquellas infracciones susceptibles de generar responsabilidad penal para la persona jurídica en cuyo seno se comete, en este caso el delito contra la salud pública inventariado a tal efecto en el artículo 369 bis del Código Penal .
- Que las personas físicas autoras de dicho delito son integrantes de la persona jurídica, en esta ocasión como administradores de derecho y de hecho, respectivamente, de la misma.

Llegados a este punto y no sólo para completar el análisis de la necesaria acreditación de los diferentes requisitos exigidos para sustentar debidamente una conclusión condenatoria para la persona jurídica, respetuosa con el derecho de ésta a la presun-

ción de inocencia, sino también a fin de cumplir con las funciones nomofiláctica y de unificación doctrinal que esta Sala tiene encomendadas como Tribunal casacional, tratándose de materia tan novedosa como compleja, y por tanto precisada en el momento presente de una dotación, dirigida a los órganos de instrucción y de enjuiciamiento, de criterios válidos en la interpretación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas acordes con el sentido, naturaleza y finalidad del mismo, se considera de interés dejar aquí constancia de las siguientes precisiones:

- a) Como ya se dijera en la STS núm. 514/15, de 2 de Septiembre de 2015, ha de reiterarse que *“Esta Sala todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, declarable al amparo del art. 31 bis del CP. Sin embargo, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal.”*

De manera que derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados en el presente Recurso, como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al Juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc., sin perjuicio de su concreta titularidad y de la desestimación de tales alegaciones en el caso presente, ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas con-

ductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones en lo que a ella respecta.

- b) Que, de acuerdo con todo ello y aunque en el presente procedimiento no haya sido materia de debate, ante la carencia absoluta y no cuestionada de instrumentos para la prevención de la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica recurrente, es conveniente señalar, intentando eludir en lo posible categorías doctrinales que, sin ser necesarias para la decisión sobre las pretensiones aquí deducidas, podrían dar origen a eventuales confusiones interpretativas, que lo que no admite duda, visto el texto legal (art. 31 bis CP , especialmente tras la Reforma de la LO 1/2015) es el hecho de que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización.

Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 parr. 1º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2 CP , tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse

a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica.

Y ello más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que, cumpliendo las exigencias concretamente enumeradas en el actual art. 31 bis 2 y 5, podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de la eximente en ese precepto expresamente prevista, de naturaleza discutible en cuanto relacionada con la exclusión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizá lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física.

Según la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, partiendo de un planteamiento diferente acerca de esa tipicidad, la eximente habría de situarse más bien en las proximidades de una “ex-

cusa absolutoria”, vinculada a la punibilidad, pág. 56, afirmación discutible si tenemos en cuenta que una “*excusa absolutoria*” ha de partir, por su propia esencia, de la previa afirmación de la existencia de la responsabilidad, cuya punición se excluye, mientras que a nuestro juicio la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción.

Circunstancia de exención de responsabilidad que, en definitiva, lo que persigue esencialmente no es otra cosa que posibilitar la pronta exoneración de esa responsabilidad de la persona jurídica, en evitación de mayores daños reputacionales para la entidad, pero que en cualquier caso no debe confundirse con el núcleo básico de la responsabilidad de la persona jurídica, cuya acreditación por ello habrá de corresponder a la acusación, en caso de no tomar la iniciativa la propia persona jurídica de la búsqueda inmediata de la exención corriendo con la carga de su acreditación como tal eximente.

Núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica que, como venimos diciendo, no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, independientemente de aquellos requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas “*compliances*” o “*modelos de cumplimiento*”, exigidos para la aplicación de la eximente que, además, ciertas personas jurídicas, por su pequeño tamaño o menor capacidad económica, no pudieran cumplidamente implementar.

No en vano se advierte cómo la recién creada Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de Enero, al margen de otras consideraciones cuestionables, hace repetida y expresa mención a la “cultura ética empresarial” o “cultura corporativa de respeto a la Ley” (pág. 39), “cultura de cumplimiento” (pág. 63), etc.,

Informadoras de los mecanismos de prevención de la comisión de delitos en su seno, como dato determinante a la hora de establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica, independientemente incluso del cumplimiento estricto de los requisitos previstos en el Código Penal de cara a la existencia de la causa de exención de la responsabilidad a la que alude el apartado 2 del actual artículo 31 bis CP.

Y si bien es cierto que, en la práctica, será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la real existencia de modelos de prevención adecuados, reveladores de la referida “cultura de cumplimiento” que la norma penal persigue, lo que no puede sostenerse es que esa actuación pese, como obligación ineludible, sobre la sometida al procedimiento penal, ya que ello equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el de la exclusión de una responsabilidad objetiva o automática o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno, que pondrían en claro peligro planteamientos propios de una hetero responsabilidad o responsabilidad por transferencia de tipo vicarial, a los que expresamente se refiere el mismo Legislador, en el Preámbulo de la Ley 1/2015 para rechazarlos, fijando como uno de los principales objetivos de la reforma la aclaración de este extremo.

Lo que no concebiríamos en modo alguno si de la responsabilidad de la persona física estuviéramos hablando, es decir, el hecho de que estuviera obligada a acreditar la inexistencia de los elementos de los que se deriva su responsabilidad, la ausencia del exigible deber de cuidado en el caso de las conductas imprudentes, por ejemplo, no puede lógicamente predicarse de la responsabilidad de la persona jurídica, una vez que nuestro Legislador ha optado por atribuir a ésta una responsabilidad de tal carácter.

Y ello al margen de las dificultades que, en la práctica del enjuiciamiento de esta clase de responsabilidades, se derivarían, caso de optar por un sistema de responsabilidad por transferencia, en aquellos supuestos, contemplados en la propia norma con una clara vocación de atribuir a la entidad la responsabilidad por el hecho propio, en los que puede declararse su responsabilidad con independencia de que “... *la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella*” (art. 31 ter 1 CP) y, por supuesto, considerando semejante responsabilidad con absoluta incomunicación respecto de la existencia de circunstancias que afecten a la culpabilidad o agraven la responsabilidad de la persona física, que no excluirán ni modificarán en ningún caso la responsabilidad penal de la organización (art. 31 ter 2 CP).

El hecho de que la mera acreditación de la existencia de un hecho descrito como delito, sin poder constatar su autoría o, en el caso de la concurrencia de una eximente psíquica, sin que tan siquiera pudiera calificarse propiamente como delito, por falta de culpabilidad, pudiera conducir directamente a la de-

claración de responsabilidad de la persona jurídica, nos abocaría a un régimen penal de responsabilidad objetiva que, en nuestro sistema, no tiene cabida.

De lo que se colige que el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión.

Pues bien, como ya se dijo y centrándonos en el caso presente, la acreditada ausencia absoluta de instrumentos para la prevención de delitos en TRANSPINELO hace que, como consecuencia de la infracción contra la salud pública cometida por sus representantes, surja la responsabilidad penal para esta persona jurídica.

- 5) Al derecho de defensa (art. 24.2 CE), por no haberse respetado el derecho de la recurrente a la última palabra, previsto en el art. 739 LECr, ya que tan sólo se dio audiencia en el correspondiente momento procesal a la persona física representante legal de la recurrente, también acusada, que hizo uso de ese trámite en su exclusivo interés y no en el de su representada (motivo Octavo).

En este caso, a diferencia de los anteriores, podría pensarse, al menos inicialmente, que le asiste la razón a la recurrente pues, en efecto, se le habría pri-

vado del derecho a hacer uso, en su propia defensa, del referido trámite y, yendo aún más lejos, de poder ejercer plenamente ese derecho suyo a defender los intereses que le eran propios y exclusivos, distintos y hasta contradictorios con los de la persona física que en su nombre intervino a lo largo de todo el procedimiento.

Nos enfrentamos con ello ante un importante problema que la LO 37/2011, de 10 de Octubre, sobre medidas de agilización procesal, que introdujo las reformas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal consideradas pertinentes para adaptar la regulación adjetiva a la presencia de la persona jurídica como eventual autora de delitos, no resolvió en su día.

Se trata en concreto de responder al interrogante acerca de cuál habrá de ser el régimen para designar la persona física que deba actuar en representación de esa persona jurídica en el procedimiento en el que se enjuicie su posible responsabilidad penal, no sólo en el ejercicio de la estricta función representativa sino también a la hora de dirigir y adoptar las decisiones oportunas en orden a la estrategia de defensa a seguir como más adecuada para los intereses propios de la representada, lo que obviamente resulta de una importancia aún mayor.

La cuestión lógicamente se suscita especialmente en aquellos supuestos en los que pudiera existir un conflicto de intereses procesales entre los de quienes, en principio, estarían legalmente llamados a llevar a cabo tales funciones representativas (representantes y administradores) y los propios e independientes de la persona jurídica, que a su vez pudieren incluso afectar a los derechos de terceros, como sus

trabajadores, acreedores, accionistas minoritarios, etc.

Más en concreto aún, cuando aquel a quien se encomiende tal tarea fuere, a su vez, posible responsable de la infracción que da origen a la condena de la representada, teniendo en cuenta, como se ha dicho, que su actuación se extiende también a las decisiones relativas a la estrategia de defensa a seguir, que incluirán la posibilidad de optar por un camino de colaboración con las autoridades encargadas de la persecución y castigo del delito cometido por la persona física en el seno de la colectiva, aportando datos y pruebas sobre la identidad de su autor y los hechos por él cometidos, con el fin de obtener para la persona jurídica los beneficios punitivos derivados de esa opción como consecuencia de la aplicación de la correspondiente atenuante (vid. art. 31 quáter b) CP).

En estos casos, dejar en manos de quien se sabe autor del delito originario, la posibilidad de llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona jurídica, proceder a la indemnización con cargo a ésta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, con el único objetivo de ocultar la propia responsabilidad del representante o, cuando menos, de desincentivar el interés en proseguir las complejas diligencias dirigidas a averiguar la identidad del autor físico de la infracción inicial, incluso para los propios perjudicados por el delito una vez que han visto ya satisfecho su derecho a la reparación.

Cuando además, de acuerdo con lo previsto en el art. 31 ter CP (anterior art. 31 bis. 2 CP), la persona jurídica responderá “...*aún cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella*” y, según apartado 3 del mismo precepto, incluso ante el “...*hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia...*”.

Semejante cuestión, de tanta trascendencia procesal como puede advertirse y que es resuelta en otros ordenamientos con distintas fórmulas, como la designación a estos efectos por el órgano jurisdiccional correspondiente de una especie de “*defensor judicial*” de la persona jurídica, la asignación de tales responsabilidades a un órgano colegiado compuesto por personas independientes junto con otras en representación de los intereses de terceros afectados por las posibles consecuencias sancionadoras derivadas del ilícito de la persona jurídica, etc. o como lo era también en nuestro propio país en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 (art. 51.1) mediante la atribución de esas funciones de defensa, con carácter prioritario, al “*director del sistema de control interno de la entidad*” (el denominado también como “*oficial de cumplimiento*”), evidentemente no puede ser resuelta, con carácter general, por esta Sala.

Sin embargo nada impediría, sino todo lo contrario, el que, en un caso en el cual efectivamente se apreciase en concreto la posible conculcación efectiva del derecho de defensa de la persona jurídica al haber sido representada en juicio, y a lo largo de todo el procedimiento, por una persona física objeto ella misma de acusación y con intereses distintos y contrapuestos

a los de aquella, se pudiera proceder a la estimación de un motivo en la línea del presente, disponiendo la repetición, cuando menos, del Juicio oral, en lo que al enjuiciamiento de la persona jurídica se refiere, a fin de que la misma fuera representada, con las amplias funciones ya descritas, por alguien ajeno a cualquier posible conflicto de intereses procesales con los de la entidad, que debería en este caso ser designado, si ello fuera posible, por los órganos de representación, sin intervención en tal decisión de quienes fueran a ser juzgados en las mismas actuaciones.

Y todo ello incluso siempre que, a esas alturas, resultase ya ineficaz la decisión óptima de retrotraer las actuaciones no al acto del Juicio oral sino a su momento inicial, a fin de que la presencia plena del derecho de defensa de la persona jurídica a lo largo de todo el procedimiento se cumpliera, en aras a seguir la estrategia más favorable para ella en todas sus posibilidades, incluida la de la importante colaboración con las autoridades desde su inicio, para el completo esclarecimiento de los hechos o la reparación de los perjuicios ocasionados por el delito (vid. atenuantes del art. 31 quáter, antes 31 bis.4, CP), finalidad determinante, dentro de criterios de política criminal, para la existencia del régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica.

No obstante, tras dejar constancia para ulteriores ocasiones de tales exigencias, a las que tanto Jueces Instructores como Juzgadores habrán de prestar en futuros casos la oportuna atención, en el presente supuesto un pronunciamiento de nulidad semejante no procede, toda vez que no se concreta el perjuicio para la recurrente, constitutivo de verdadera indefen-

sión, que hubiera podido sufrir, resultando además excesivamente complejo, inadecuado y, sobre todo, de escasa utilidad práctica, incluso por las razones que acaban de exponerse en el párrafo anterior, de modo que lo que ha de concluirse, a la postre, es en la desestimación del motivo, a causa de esa inutilidad práctica y ausencia de lesión efectiva de su derecho, sin perjuicio de que, como queda dicho y para futuras ocasiones, se haya de prestar atención a las anteriores consideraciones dirigidas a Jueces y Tribunales para que, en la medida de sus posibilidades, intenten evitar, en el supuesto concreto que se aborde, que los referidos riesgos para el derecho de defensa de la persona jurídica sometida a un procedimiento penal lleguen a producirse, tratando de impedir el que su representante en las actuaciones seguidas contra ella sea, a su vez, una de las personas físicas también acusadas como posibles responsables del delito generador de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Por otro lado, unas admoniciones semejantes así mismo deberían de servir de advertencia al Legislador para que remedie normativamente la posibilidad de que se produzcan situaciones indeseables de esta clase, con una regulación adecuada de la materia.

En definitiva y por las razones expuestas todos los motivos aquí examinados finalmente se deben desestimar.

NOVENO.- Por su parte, en el motivo Séptimo del Recurso se plantea la existencia de un error de hecho (art. 849.2º LECr) en el que habría incurrido la Audiencia a la hora de valorar la prueba documental obrante en las actuaciones.

Pero, a la vista de que no se cita por quien recurre documento alguno cuyo contenido pudiera servir de base a la afirmación de la existencia del error valorativo evidente que se atribuye a la Sentencia recurrida, el motivo no merece otro destino que el desestimatorio.

DÉCIMO.- Finalmente, los restantes motivos, Quinto y Sexto, del Recurso aluden a sendas infracciones de Ley (art. 849.1º LECr), consistentes en:

1) La indebida aplicación de los arts. 369 bis, 370, 570 bis, 570 ter y 570 quáter CP, que describen los delitos objeto de condena pues la recurrente es una persona jurídica, al tiempo de acaecimiento de los hechos enjuiciados con más de cien trabajadores, dedicada a actividades lícitas y en la que su administrador, y aquí condenado como autor del delito contra la salud pública, se limitó a gestionar la exportación de las máquinas a Venezuela, sin intervención en el posterior intento de su importación a nuestro país conteniendo la droga (motivo Quinto).

2) La indebida inaplicación del art. 16 CP, referente a la tentativa, pues no consta que la recurrente tuviera conocimiento del uso ilícito que fuera a darse a las máquinas en Venezuela (motivo Sexto), por lo que menos aún pudo llegar a tener disponibilidad alguna sobre la sustancia que las mismas portaban.

En ambos motivos el Recurso incurre en una clara confusión acerca de la tipicidad de la intervención de la persona jurídica recurrente, que no estaba exclusivamente en la comisión del delito contra la salud pública atribuida a sus administradores, de hecho y de derecho, infracción que opera como requisito precedente necesario para el ulterior pronuncia-

miento acerca de la responsabilidad penal propia de la entidad medida en términos de incumplimiento de su obligación de poner los medios para la evitación de delitos en su seno, sino en esa existencia de la infracción cometida por la persona física unida a la ausencia del debido control que le es propia a la jurídica, en los términos que describe el art. 31 bis (en su redacción coetánea a los hechos enjuiciados), como se corresponde con los criterios antes expuestos.

En tal sentido, desestimados los Recursos de esas personas físicas y, en definitiva, declaradas aquellas autoras de la infracción y, por otro lado, ausentes por completo cualesquiera medidas de control preventivo respecto de la comisión de tal ilícito, la responsabilidad de la recurrente es en este caso obvia, toda vez que si, como ya se dijo, el núcleo del enjuiciamiento acerca de la responsabilidad propia de la entidad, vinculada a la comisión del delito por la persona física, no es otro que el de la determinación acerca de la existencia de las medidas preventivas oportunas tendentes a la evitación de la comisión de ilícitos por parte de quienes la integran, en supuestos como éste en el que la inexistencia de cualquier clase de tales herramientas de control, vigente ya el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica, es total, la aplicación a la entidad recurrente del artículo 31 bis como autora de infracción, en relación con el artículo 368 y siguientes del Código Penal, resulta del todo acertada.

Otra cosa es, aunque en el Recurso no se aluda expresamente a ella, la de la incorrecta aplicación de las reglas de determinación de las penas, en concreto la de la disolución de la condenada, extremo sobre el

que resulta de gran importancia pronunciarnos puesto que se trata de una empresa que, según se nos dice, daba empleo a más de cien trabajadores que habrían de sufrir los graves perjuicios derivados de semejante castigo cuando, además y como ya se ha dicho, los intereses de la persona jurídica, que son también los de ellos, pudieran no haber sido defendidos con la máxima diligencia por aquel que fue llamado a hacerlo.

En efecto, según el contenido del art. 66 bis CP a propósito de las reglas de determinación de las penas aplicables a las personas jurídicas, cuando de sanciones interdictivas, o privativas de derechos, se trate como en el presente supuesto, éstas habrán de aplicarse, con carácter general y entre otros aspectos, atendiendo a *“Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores”* (art. 66 bis 1^a b) CP).

Pero es que además, para la imposición de la pena de disolución, al margen de los casos de *“multirreincidencia”* de la regla 5^a del art. 66 CP , que no es la que nos ocupa, se requiere *“Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales”* , añadiendo el precepto que *“Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal”* (art. 66 bis b) *“in fine”* CP).

De lo que cabe concluir que el hecho de que la estructura y cometido lícito de la persona jurídica fueren utilizados por la persona física integrante de la misma para cometer la infracción de la que es autora no significa obligadamente, así como tampoco la carencia absoluta de medidas de prevención del delito,

que la misma deba de disolverse en los términos del art. 33.7 b) CP , sino que se requerirá, cuando menos, motivar adecuadamente el criterio de ponderación entre la relevancia diferente de su actividad legal y el delito cometido en su seno, en busca de una respuesta proporcionada tanto a la gravedad de su actuar culpable como a los intereses de terceros afectados y ajenos a cualquier clase de responsabilidad.

Motivación de la que carece el criterio de la Audiencia en orden a la procedencia de esta sanción, a la vista del contenido del Fundamento Jurídico Sexto (*“De la individualización de las penas”*), párrafo quince, folio 84 de la recurrida, en el que no se hace alusión alguna a este aspecto.

Por lo que debe procederse a la exclusión de dicha pena de disolución de la persona jurídica, dejando subsistente tan sólo la pena de multa correctamente impuesta en el mínimo legalmente posible, cumpliendo con ello las previsiones del art. 31 ter.1, último inciso, cuando hace referencia a la modulación del importe de la sanción pecuniaria para evitar una respuesta desproporcionada entre la suma total de las multas y la gravedad de los hechos, que no permite por otra parte una reducción de dichas cuantías por debajo del límite mínimo legal. Si bien abierta la posibilidad de un futuro fraccionamiento de pago, de conformidad con lo establecido en el art. 53.5 C.P , *“...cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquella (la persona jurídica) o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general”* , lo que se inscribirá en la adopción de decisiones propia de la fase de ejecución de la condena.

En otras ocasiones semejantes, no en ésta en la que no se formuló por la acusación pretensión alguna al respecto, se podría considerar también la oportunidad de aplicar la pena de intervención judicial de la persona jurídica que, según el propio art. 33.7 g) CP, tiene como principal finalidad “...*salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años*” .

Mecanismo que, así mismo, viene contemplado en el inciso segundo del apdo. 5 del art. 53 CP para aquellos supuestos en los que se produzca el impago de la multa, en el plazo señalado, por la persona jurídica a ella condenada.

Debiendo, por consiguiente, concluir en la estimación parcial del Recurso, con el posterior dictado de la correspondiente Segunda Sentencia en la que tengan cabida las consecuencias punitivas derivadas de dicha parcial estimación.

F) RECURSO DE “GEORMADRID MACHINERY S.L.”:

DÉCIMO PRIMERO.- Esta recurrente, también declarada, a semejanza de la anterior, responsable como instrumento para la comisión de un delito contra la salud pública y condenada a las penas de disolución y multa de 775.633.440 euros, incluye en su Recurso tan sólo dos únicos motivos, ambos relativos a la infracción de derechos fundamentales (art. 5.4 LOPJ) como:

- 1) El derecho de defensa (art. 24.2 CE), con base en las mismas razones expuestas en el motivo Octavo del Recurso anterior (motivo Primero).

El motivo en esta ocasión ha de desestimarse con mayor claridad incluso que en el Recurso que precede pues, aun cuando pudieran resultar de aplicación los mismos argumentos ya expuestos en relación con la inicial posibilidad de indefensión que supondría el que la representación en juicio de la persona jurídica la hubiera ostentado una persona física también acusada y posteriormente condenada como autora del delito originario, a lo que se añadiría igualmente, en el caso de GEORMADRID, la irregularidad consistente en la simultánea asunción de la defensa de la persona física y la jurídica por el mismo Abogado, de acuerdo con lo consignado en los Antecedentes de la recurrida, lo cierto es que ahora nos hallamos, efectivamente y según el relato de hechos de la recurrida, ante una persona jurídica estrictamente instrumental o “*pantalla*”, carente por tanto de cualquier actividad lícita y creada, exclusivamente, para la comisión de hechos delictivos.

Tal circunstancia, que en esta oportunidad sí que nos permite por otra parte y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, mantener la imposición de la pena de disolución de semejante persona jurídica de acuerdo con los preceptos ya citados, esencialmente el 66 bis del Código Penal, tiene así mismo su reflejo en el hecho de la absoluta inutilidad de la repetición de las actuaciones para dotarla de una defensa adecuada, máxime si entendiéramos que nuestro Legislador equipara el enjuiciamiento de esta clase de entidades, formalmente dotadas de personalidad jurídica pero sin contenido real más allá que la finalidad de su utilización para la comisión del delito, con aquellas otras con existencia real y, por ende, para

las que la disolución sí que supone un castigo con contenido efectivo.

Interpretación del artículo 66 bis del Código Penal que, por otra parte, debiera considerarse en el futuro rechazable pues la sociedad meramente instrumental, o “*pantalla*”, creada exclusivamente para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física, ha de ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis, por resultar insólito pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia y que, por consiguiente, quizás hubiera merecido en su día directamente la disolución por la vía del art. 129 CP, que contemplaba la aplicación de semejante “*consecuencia accesoria*” a aquellos entes que carecen de una verdadera personalidad jurídica en términos de licitud para desempeñarse en el tráfico jurídico o, en su caso, la mera declaración de su inexistencia como verdadera persona jurídica, con la ulterior comunicación al registro correspondiente para la anulación, o cancelación, de su asiento.

A este respecto la propia Fiscalía, en su Circular 1/2016, aporta para supuestos futuros semejantes una solución solvente y sobre todo procesalmente muy práctica, extraída de planteamientos propuestos por la más acreditada doctrina científica, cuando en sus págs. 27 y siguientes dice así:

“Junto a las sociedades que operan con normalidad en el tráfico jurídico mercantil y en cuyo seno se pueden producir comportamientos delictivos, existen otras estructuras societarias cuya finalidad exclusiva o principal es precisamente la comisión de delitos. El régimen de responsabilidad de las personas jurídicas no está realmente diseñado para ellas (supervisión de los subordinados, programas de cumplimiento normativo, régimen de atenuantes...) de tal modo que la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente colmará todo el reproche punitivo de la conducta, que podrá en su caso completarse con otros instrumentos como el decomiso o las medidas cautelares reales. Se entiende así que las sociedades instrumentales aunque formalmente sean personas jurídicas, materialmente carecen del suficiente desarrollo organizativo para que les sea de aplicación el art. 31 bis, especialmente tras la completa regulación de los programas de cumplimiento normativo.

Con anterioridad a la introducción de estos programas, ya advertía la Circular 1/2011 que no se precisaba imputar necesariamente a la persona jurídica en aquellos casos en los que se detectara la existencia de sociedades pantalla o de fachada, caracterizadas por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio etc., utilizadas como herramientas del delito o para dificultar su investigación. Nada impide -se dice en esta Circular- el recurso a la figura de la simulación contractual o a la doctrina del levantamiento del velo.

El rechazo a la imputación de la persona jurídica en los referidos supuestos tiene una indiscutible trascendencia procesal pues esta resulta privada de los

derechos y garantías que, a semejanza de la imputada persona física, fueron introducidos en la LECrim por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

Ello ha generado alguna controversia procesal, de la que es buena muestra el auto de 19 de mayo de 2014, dictado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que confirma la denegación de la personación como parte imputada de una mercantil cuyo administrador único era el imputado y a la que se habían embargado unos bienes, acordada por el Juzgado Central de Instrucción en un procedimiento por blanqueo de capitales. Con ocasión de este pronunciamiento, el Tribunal profundiza en el fundamento material de la responsabilidad penal de la persona jurídica introduciendo el concepto de imputabilidad empresarial, con la consiguiente distinción entre personas jurídicas imputables e inimputables, de tal manera que solo serán penalmente responsables aquellas personas jurídicas que tienen un sustrato material suficiente.

Desde el punto de vista de su responsabilidad organizativa surgirían así tres categorías de personas jurídicas:

- 1. Aquellas que operan con normalidad en el mercado y a las que propia y exclusivamente se dirigen las disposiciones sobre los modelos de organización y gestión de los apartados 2 a 5 del art. 31 bis. Mejor o peor organizadas, son penalmente imputables .*
- 2. Las sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal. Como se advierte en el citado auto, “el límite a partir del cual se considera penalmente que la persona jurídica es*

una entidad totalmente independiente, no mero instrumento de la persona, es un límite normativo que, probablemente irá variando a lo largo del tiempo.” Un ejemplo de este tipo de sociedades son las utilizadas habitualmente en esquemas de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo como instrumento para colocar fondos al socaire de la actividad legal de la sociedad, simulando que es mayor de la que realmente tiene. En la mayoría de los casos se mezclan fondos de origen lícito e ilícito, normalmente incrementando de manera gradual los fondos de origen ilícito. A ellas se refiere la regla 2ª del art. 66 bis como las utilizadas “instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.” El precepto las deja claramente dentro del círculo de responsabilidad de las personas jurídicas y, en la medida en que tienen un mínimo desarrollo organizativo y cierta actividad, aunque en su mayor parte ilegal, son también imputables.

- 3. Finalmente solo tendrán la consideración de personas jurídicas inimputables aquellas sociedades cuyo “carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos” (auto de 19 de mayo de 2014 , cit.). Frecuentemente, este tipo de sociedades suele emplearse para un uso único. Por ejemplo, como instrumento para la obtención de una plusvalía simulada mediante la compra y*

posterior venta de un mismo activo, normalmente un bien inmueble (por su elevado valor) o activos financieros (por su dificultad para conocer su valor real). En esta categoría se incluyen también aquellas sociedades utilizadas para un uso finalista, como mero instrumento para la tenencia o titularidad de los fondos o activos a nombre de la entidad, a modo de velo que oculta a la persona física que realmente posee los fondos o disfruta del activo.”

No obstante, a la vista de los preceptos correspondientes y en concreto de lo dispuesto en el art. 66 bis, acreditado ese carácter exclusivamente ilícito de su actividad y la comisión del delito contra la salud pública por su representante, de acuerdo con lo razonado por la Audiencia, resulta en este caso procedente, por razones de utilidad, mantener la imposición de la pena de disolución, por otra parte de carácter esencialmente formal puesto que, cumplida y agotada la “misión” delictiva para la que fue realmente constituida, su existencia en la práctica perdió ya sentido, junto con la de multa que, obviamente, será de, cuando menos, muy difícil ejecución.

- 2) El derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por la falta de prueba de que su representante tuviera conocimiento de la comisión del delito ni de que actuara en nombre de la recurrente.

Una vez más el motivo debe de desestimarse puesto que incide de nuevo en los errores de planteamiento ya reseñados en fundamento de la desestimación de los ordinales Quinto y Sexto del anterior

Recurso, confundiendo la base de la responsabilidad penal de la persona física autora del delito de referencia con las exigencias propias de la de la persona jurídica y añadiéndose además en este caso que no existe duda alguna, ante la contundente prueba al respecto, de que aquella persona física autora del delito contra la salud pública que origina la responsabilidad de la recurrente actuaba también, en su participación en la comisión del ilícito, en representación de la misma.

Por lo que motivos, y Recurso en su integridad, han de desestimarse.

G) RECURSO DE “INVESTISSMENT TRANS SPAINAFRICA”:

DÉCIMO SEGUNDO.- Esta persona jurídica, que fue condenada en la instancia a las penas de prohibición de realizar actividades comerciales en España por cinco años y multa de 775.633.440 euros, como instrumento utilizado para la comisión de un delito contra la salud pública, plantea tres motivos, los dos primeros en denuncia de vulneraciones de derechos fundamentales (art. 5.4 LOPJ), en concreto:

- 1) del derecho de defensa (art. 24.2 CE), en los mismos términos de iguales motivos de los Recursos precedentes (motivo Primero).
- 2) del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), también con alegaciones similares a las de los anteriores Recursos (motivo Segundo).

Ambas pretensiones merecen su desestimación conjunta con base en los argumentos ya expuestos en réplica a los motivos de referencia.

DÉCIMO TERCERO.- Finalmente el motivo Tercero, y último, se refiere a la infracción de Ley (art.

849.1° LECr) consistente en la indebida aplicación de los arts. 368, 369 bis, 370 y 31 bis CP, que sirven de fundamento para la condena de la recurrente.

Una vez más procede la desestimación ya que también en este caso el Recurso incurre en el error, expuesto en su momento, de los restantes formalizados por las personas jurídicas condenadas, al confundir las conductas típicas de las personas físicas con el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica que, en el presente supuesto es condenada a la suspensión de actividades en nuestro país, dada su nacionalidad extranjera que, según el criterio correcto de la Audiencia, impide su disolución por decisión de nuestros Tribunales, y a la multa correspondiente.

De nuevo se declara probado en el *“factum”* de la recurrida que estamos ante una *“sociedad pantalla”*, o meramente instrumental, lo que bastaría para la declaración de su responsabilidad penal, de acuerdo con las previsiones al respecto de nuestro Legislador, y la correcta aplicación de tales penas o, en su caso, con mayor corrección, su tratamiento como *“inimputable”* y ajena por ello al régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, al que alude la ya citada Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, con la consecuencia por supuesto de su disolución.

No obstante, se plantea en el motivo una cuestión que, si bien no puede impedir el anterior pronunciamiento, ni incluso aceptando la tesis de la recurrente dado el referido carácter instrumental de la misma, sí que merece un comentario.

Se nos dice que está ausente, en esta ocasión uno de los elementos o requisitos que configuran la base para la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica que no es otro que el de que el delito cometido por la persona física, aquí la infracción contra la salud pública, reporte alguna clase de “*provecho*” (el art. 31 bis en su redacción actual se refiere en este punto a “*beneficio directo o indirecto*”) para la entidad.

Se trata de un extremo que, sin duda, habrá de resolverse de forma casuística en el futuro y que, junto con otros que incorpora el precepto, será, con toda seguridad objeto de importantes debates.

Por ello convendría dejar claro desde ahora que ese término de “*provecho*” (o “*beneficio*”) hace alusión a cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico, se comete.

Dice a propósito de ello la reiterada Circular de la Fiscalía que “*La sustitución de la expresión “en su provecho” por la de “en su beneficio directo o indirecto”, conserva la naturaleza objetiva de la acción, tendente a conseguir un beneficio sin exigencia de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad*” (Conclusión 3^a).

De modo que cuando, como en el caso que nos ocupa, las ganancias cuantiosas que obtienen los autores del ilícito contra la salud pública no es que fa-

vorezcan la subsistencia de la entidad sino que justificarían su propia existencia si, como se dice, se trata de una mera empresa “*pantalla*” constituida con el designio de servir de instrumento para la comisión del delito como su única finalidad, hay que concluir en que se cumple el referido requisito sin posible réplica.

A mayor abundamiento, incluso en el caso de la igualmente condenada TRANSPINELO S.L., cuya existencia iba más allá de la exclusiva utilización para cometer el delito contra la salud pública de la persona física, advertimos también cómo el hecho del transporte ilícito de la sustancia oculta en las máquinas redundaba en la reimportación de las mismas, que volverían a integrarse en el patrimonio de la Sociedad y, en consecuencia, a estar a su disposición, lo que, independientemente de que eso finalmente hubiera llegado a producirse, o no, tras su incautación en Venezuela, constituía, sin duda, una expectativa provechosa a favor de la entidad, por lo que puede afirmarse que el ilícito, al margen de otros objetivos, propiciaba un indudable beneficio para dicha persona jurídica.

Pues reiterándonos, una vez más, en el contenido de la Circular 1/2016 (pag. 17):

“El art. 31 bis original exigía que la conducta de la persona física, en los dos títulos de imputación, se hubiera realizado en nombre o por cuenta de la persona jurídica y “en su provecho”. Esta última expresión suscitaba la duda de si tal provecho constituía propiamente un elemento subjetivo del injusto o un elemento objetivo.”

La Circular 1/2011 estudiaba esta cuestión y optaba por interpretar la expresión legal conforme a parámetros objetivos, sin exigir la efectiva constatación del beneficio, como una objetiva tendencia de la acción a conseguir el provecho, valorando esta como provechosa desde *una perspectiva objetiva e hipotéticamente razonable, con independencia de factores externos que pudieran determinar que finalmente la utilidad no llegara a producirse.*”

Y más adelante:

“La nueva expresión legal “en beneficio directo o indirecto” mantiene la naturaleza objetiva que ya tenía la suprimida “en provecho”, como acción tendente a conseguir un beneficio, sin necesidad de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad. Incluso cuando la persona física haya actuado en su propio beneficio o interés o en el de terceros ajenos a la persona jurídica también se cumplirá la exigencia típica, siempre que el beneficio pueda alcanzar a ésta, debiendo valorarse la idoneidad de la conducta para que la persona jurídica obtenga alguna clase de ventaja asociada a aquella.”

De otra forma, una interpretación distinta a la expuesta conduciría a la práctica imposibilidad de aplicación del régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica, con el incumplimiento que ello pudiera suponer respecto de las finalidades preventivas del sistema, en relación con un gran número de figuras delictivas como la presente, en la que en muchas ocasiones podrá resultar difícil imaginar la obtención de una ventaja directa para aquel ente que desarro-

lla una actividad, especialmente si fuera lícita, como consecuencia de la comisión de un ilícito contra la salud pública.

Lo que obligará a los Tribunales, en cada supuesto concreto, a matizar sus decisiones en esta materia, buscando la existencia de una verdadera relación entre el delito cometido y la obtención de la ventaja, provecho o beneficio, directo o indirecto, y huyendo de posiciones maximalistas e igualmente rechazables, tanto las que sostienen que siempre existirá un provecho para la persona jurídica, aunque sólo fuere por el del ahorro económico que le supone la inexistencia de adecuados mecanismos de control, como de aquellas otras, en exceso restrictivas, que pueden llegar a negar tales beneficios, en numerosos casos, por el perjuicio que en definitiva un posible daño reputacional y el cumplimiento último de las penas, pecuniarias e interdictivas, a la postre impuestas, como consecuencia de los actos delictivos cometidos por las personas físicas que la integran, causan a la propia persona jurídica.

Por lo tanto, motivos y Recurso también aquí se desestiman íntegramente.

H) **COSTAS:**

DÉCIMO CUARTO.- Dada la conclusión parcialmente estimatoria de uno de los Recursos interpuestos por los condenados en la instancia, procede, a tenor de lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la declaración de oficio de las costas procesales causadas por el mismo y la condena por las correspondientes al resto de Recursos que se desestiman.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

III. **FALLO**

Que debemos declarar y declaramos haber lugar a la estimación parcial del Recurso de Casación interpuesto por la Representación de TRANSPINELO S.L. contra la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el 17 de Noviembre de 2014, por delito contra la Salud pública, que en este sentido casamos y anulamos en parte, debiéndose dictar a continuación la correspondiente Segunda Sentencia, a la vez que desestimamos el resto de Recursos interpuestos contra dicha Resolución por las Representaciones de los otros condenados, Avelino Javier , Remigio Gumersindo , Landelino Valeriano , Ignacio Valentin , INVESTISSMENT TRANS SPAIN AFRICA (ITSA) y GEORMADRID MACHINERY S.L.

Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas por el Recurso que parcialmente se estima, imponiendo al resto de recurrentes las correspondientes a los suyos objeto de desestimación.

Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos, la presente Resolución y la que seguidamente se dictará, con devolución de la Causa que, en su día, nos fue remitida.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**Manuel Marchena Gómez Cándido Conde
Pumpido Tourón Andrés Martínez Arrieta Julián
Sánchez Melgar José Ramón Soriano Soriano José
Manuel Maza Martín Miguel Colmenero Menéndez
de Luarca Francisco Monterde Ferrer Luciano
Varela Castro Alberto Jorge Barreiro Antonio del
Moral García Andrés Palomo Del Arco Perfecto An-
drés Ibáñez Juan Saavedra Ruiz Joaquín Giménez
García**

10011/2015P

Ponente Excmo. Sr. D.: José Manuel Maza Martín

Fallo: 01/10/2015

**Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la
Cuesta y de Quero**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N°: 154/2016

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Febrero de dos mil dieciséis.

En la causa incoada por el Juzgado Central de Instrucción número 6 con el número 19/2011 y seguida ante la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 1ª, por delitos contra la salud pública, contra Avelino Javier con DNI número NUM021 , nacido el NUM022 de 1966, Remigio Gumersindo con DNI número NUM023 , nacido el NUM024 de 1983, Lan-

delino Valeriano , alias “ Tirantes “ con DNI número NUM025 , nacido el NUM026 de 1977, Ignacio Valentin con DNI número NUM027 , nacido el NUM028 de 1973, Gines Artemio con DNI número NUM029 , nacido el NUM030 de 1985, Candida Belinda , conocida también como “ Amatista “ con NIE número NUM031 , nacida el NUM032 de 1983, **TRANSPINELO, SL** con CIF número B45479276, **GEORMADRID MACHINERY** con CIF número B85619781, y, **ITSA (INVESTISSIMENT TRANS SPAIN AFIRCA) SA** con CIF número 083319509-W, en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 17 de noviembre de 2014 , que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, hace constar lo siguiente:

I. **ANTECEDENTES**

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de Hecho y los fundamentos fácticos de la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 1ª, en el Rollo de Sala núm. 81/2011.

II. **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior Sentencia de Casación, así como los de la recurrida, en lo que no se opongan a los primeros.

SEGUNDO.- Como ya se ha dicho en el apartado 2) del Fundamento Jurídico Décimo de los de la Resolución que precede y con base en los razonamientos que en el mismo se exponen, en cuanto a la condena

de la empresa TRANSPINELO S.L. a la pena de disolución que le impuso la Audiencia debe procederse a la exclusión de dicha pena, dejando subsistente tan sólo la de multa correctamente impuesta, si bien con la posibilidad de un futuro fraccionamiento de pago, de conformidad con lo establecido en el art. 53.5 CP , lo que se inscribirá en la adopción de decisiones propia de la fase de ejecución de la condena.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

III. **FALLO**

Que debemos excluir del pronunciamiento condenatorio dictado por la Audiencia en las presentes actuaciones contra la empresa TRANSPINELO S.L. la pena de disolución que se le imponía, manteniendo la multa cuyo importe, a su vez, podrá ser fraccionado, en fase de ejecución de condena, con la finalidad de preservar los puestos de trabajo de la misma, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la Resolución de instancia, incluidas las otras condenas, comisos y costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Manuel Marchena Gómez Cándido Conde Pumpido Tourón Andrés Martínez Arrieta Julián Sánchez Melgar José Ramón Soriano Soriano José Manuel Maza Martín Miguel Colmenero Menéndez de Luarda Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco Perfecto Andrés Ibáñez Juan Saavedra Ruiz Joaquín Giménez García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

Voto concurrente que formula el Excmo. Sr. D. Cándido Conde Pumpido Tourón, y al que se adhieren los Excmos. Sres. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, D. Luciano Varela Castro, D. Alberto Jorge Barreiro, D. Antonio del Moral García, D. Andrés Palomo Del Arco y D. Joaquín Giménez García en la Sentencia del Pleno de esta Sala sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, recaída en el Recurso de Casación Núm. 10.011/2015, interpuesto contra la sentencia de instancia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con fecha 17 de noviembre de 2014.

Desde el respeto que nos merece la sentencia mayoritaria, y desde nuestra valoración del esfuerzo de clarificación realizado por el ponente, pero atendiendo también a la finalidad nomofiláctica y de unificación doctrinal que se atribuye expresamente a esta resolución, formulamos este voto concurrente para poder expresar en él nuestra respetuosa discrepancia con alguna de las doctrinas que se sostienen en la sentencia, sin afectar al fallo de la resolución, que compartimos. Confiamos, con ello, poder complementar y matizar alguna de las ideas que se expresan en la resolución mayoritaria, y contribuir modestamente al debate que necesariamente va a suscitar.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.-

1º.- VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN.

...///...

2°.- LA AUSENCIA DE UNA CULTURA DE CONTROL COMO ELEMENTO DEL TIPO OBJETIVO.

...///...

3°.- LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL Y SU PRUEBA: ¿PROCEDE CONFIGURAR UN MODELO PROBATORIO EXCEPCIONAL Y PRIVILEGIADO PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS?

La reforma operada por la LO 1/2015, introduce en los párrafos segundo y cuarto del art 31 bis unas circunstancias específicas de exención de la responsabilidad penal, para los supuestos en que la persona jurídica disponga de determinados instrumentos eficaces para la prevención de delitos en su seno.

Estas exenciones son coherentes con el fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al que nos hemos referido, excluyendo su culpabilidad, en el sentido “figurado” al que también hemos hecho referencia. Si la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica por los delitos cometidos por sus representantes, o dependientes, con determinados presupuestos, se fundamenta en el plano culpabilístico en permitir o favorecer su comisión al haber eludido la adopción de las medidas de prevención adecuadas, la acreditación de la adopción de estas medidas debe producir como consecuencia la exclusión de su responsabilidad penal. Lo cierto es que el Legislador establece expresamente esta exención, y la configura en unos términos muy específicos, cuya concurrencia deberá comprobarse en cada caso.

Ahora bien no apreciamos razón alguna que justifique alterar las reglas probatorias aplicables con

carácter general para la estimación de circunstancias eximentes, imponiendo que en todo caso corresponda a la acusación la acreditación del hecho negativo de su no concurrencia. No se exige en un homicidio que el Ministerio Fiscal acredite sucesivamente que no concurre legítima defensa, ni estado de necesidad, ni miedo insuperable, salvo que alguna de estas circunstancias se haya alegado expresamente y conste una base razonable para su apreciación.

Constituye una regla general probatoria, consolidada en nuestra doctrina jurisprudencial, que las circunstancias eximentes, y concretamente aquellas que excluyen la culpabilidad, han de estar tan acreditadas como el hecho delictivo. En cuanto pretensiones obstativas de la responsabilidad, y una vez acreditada la concurrencia de los elementos integradores del tipo delictivo objeto de acusación, corresponde a quien las alega aportar una base racional suficiente para su apreciación, y en el caso de que no se constate su concurrencia, la consecuencia no es la exención de responsabilidad penal sino la plena asunción de la misma (STS 1068/2012, de 13 de noviembre , entre otras muchas).

Sin perjuicio de todas las matizaciones que puedan hacerse a esta doctrina general, y que estimamos que no corresponde ahora desarrollar, consideramos que no procede constituir a las personas jurídicas en un modelo privilegiado de excepción en materia probatoria, imponiendo a la acusación la acreditación de hechos negativos (la ausencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito), sino que corresponde a la persona jurídica alegar su concurrencia, y aportar una base racional para que pueda

ser constatada la disposición de estos instrumentos. Y, en todo caso, sobre la base de lo alegado y aportado por la empresa, deberá practicarse la prueba necesaria para constatar la concurrencia, o no, de los elementos integradores de las circunstancias de exención de responsabilidad prevenidas en los párrafos segundo o cuarto del art 31 bis, en el bien entendido de que si no se acredita la existencia de estos sistemas de control la consecuencia será la subsistencia de la responsabilidad penal.

Prueba de que el propio Legislador sigue este criterio probatorio de carácter general es que en el párrafo segundo del número 2° del art 31 bis se establece expresamente que cuando las circunstancias que dan lugar a la exención *“solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena”*.

Por ello nos causa preocupación, en la medida en que puede determinar un vaciamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, e incluso su impunidad, la propuesta de inversión del sistema ordinario de prueba en esta materia, que puede constatarse, por ejemplo, en diversos párrafos del fundamento jurídico octavo de la sentencia mayoritaria, que establecen la doctrina de que **no se puede dispensar a la acusación de su obligación de acreditar la “inexistencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito”** en el seno de la persona jurídica, en lugar de considerar que el objeto de la prueba no es la inexistencia, sino la disposición de estos instrumentos.

Criterio que puede ocasionar consecuencias imprevisibles, como cabe apreciar en el propio caso

enjuiciado, según analizaremos en el apartado siguiente.

4°.- INCONGRUENCIA DE LA RESOLUCIÓN.

La resolución mayoritaria establece de modo reiterado que en los supuestos de responsabilidad penal de las personas jurídicas corresponde a la acusación acreditar *el “ núcleo de la tipicidad “ consistente en “ la ausencia de una cultura de respeto al derecho como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal, como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica”* (fundamento jurídico octavo).

O bien se establece que la concurrencia de la eximente está relacionada “con el tipo objetivo, lo que sería quizás lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, *el núcleo típico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”* (fundamento jurídico octavo, párrafo siguiente).

O, en su caso, el *“núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica, que como venimos diciendo no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, independientemente de aquellos requisitos más concretados legalmente en forma de las*

denominadas compliances o “modelos de cumplimiento” (fundamento jurídico octavo, tres párrafos después).

O bien “ *el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces para la prevención del delito, es esencial para concluir la condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, **no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión**” (fundamento jurídico octavo, más adelante).*

Como hemos señalado, y sin desconocer la relevancia de los mecanismos de prevención a los que el Legislador ha atribuido expresamente la función de exención o, en su caso, atenuación de la responsabilidad penal, estimamos que incorporar al núcleo del tipo un elemento tan evanescente como la “ *ausencia de una cultura de respeto al derecho* “ **no cumple con el principio de certeza, ínsito en el de tipicidad, que exige que los supuestos a los que la ley atribuya una responsabilidad penal aparezcan descritos en el texto legal con la mayor precisión posible, en todos los elementos que los definen.** Criterio que, a nuestro entender, no respeta este presupuesto metalegal incorporado en la sentencia mayoritaria al art 31 bis 1° CP , por su carácter abierto e indeterminado.

Ahora bien, si considerásemos efectivamente que este elemento constituye el núcleo de la tipicidad y que debe ser acreditado en cada caso por la acusación para que pueda prosperar su pretensión de

condena, es indudable que este presupuesto debería haberse declarado expresamente probado en el relato fáctico de la sentencia de instancia, para que pudiésemos confirmar la condena de las personas jurídicas recurrentes. Es claro que el relato fáctico debe contener todos los elementos objetivos que determinan legalmente la responsabilidad penal para proceder a la subsunción del hecho declarado probado en la norma penal legalmente procedente.

Pues bien, analizando minuciosamente el relato fáctico, no cabe apreciar en momento alguno que se declare probado que las empresas condenadas careciesen de *“una cultura de respeto al derecho”*, o más simplemente que *“careciesen de los instrumentos adecuados y eficaces para la prevención del delito”*, dato fáctico que, en aplicación rigurosa de la doctrina establecida en la sentencia mayoritaria, debería haberse acreditado por la acusación y figurar en los hechos probados, como núcleo de la tipicidad.

En realidad *“ la carencia absoluta y no cuestionada de instrumentos para la prevención de la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica recurrente”*, referida en concreto, y en exclusiva, a la empresa Traspinelo SL, es un dato fáctico que se incorpora en la fundamentación jurídica de nuestra sentencia casacional (fundamento jurídico octavo, apartado b), y que carece de sustento alguno en los hechos probados. Constituye una doctrina consolidada de esta Sala que la fundamentación jurídica no puede complementar el relato fáctico en perjuicio del reo, por lo que si realmente se considerase imprescindible que la acusación acreditase este núcleo típico, y que efectivamente constase acreditado en el relato

fáctico para fundamentar la condena, no se habría podido desestimar el recurso y mantener la condena impuesta en la instancia.

En definitiva, la doctrina a la que estamos haciendo referencia, muy respetable, constituye en realidad un “*obiter dicta*” de la sentencia mayoritaria, que se pronuncia sobre una materia que no ha sido objeto de debate durante el procedimiento, y que no se utiliza como “*ratio decidendi*” del fallo confirmatorio de la condena impuesta a las personas jurídicas recurrentes. En el caso de que se hubiese exigido de modo efectivo en el caso actual la prueba por la acusación de la ausencia de una cultura de control y de elementos específicos de prevención en las empresas enjuiciadas, como elemento autónomo del tipo objetivo que tendría que constar en los hechos probados, la resolución determinada por el relato fáctico habría tenido que ser absolutoria.

5°.- CONCLUSIÓN.

- A) Los elementos que configuran la responsabilidad penal de las personas jurídicas y que deben ser acreditados por la acusación son los que de manera expresa se relacionan por el Legislador en el art 31 bis 1° CP, apartados a) y b).
- B) La conveniencia de que las personas jurídicas dispongan de una cultura de control y de instrumentos eficaces para prevenir la comisión de delitos en el seno de su actividad social constituye indudablemente uno de los motivos relevantes que justifican la decisión del Legislador de establecer en nuestro ordenamiento su responsabilidad penal. Pero la acreditación de la ausencia de esta cultura de control no se ha

incorporado expresamente en nuestro derecho positivo como un presupuesto específico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o como elemento del tipo objetivo, desempeñando una función relevante como causa de exención o atenuación de la responsabilidad penal a través de lo prevenido en los párrafos 2º y 4º del art 31 bis.

- C) La aplicación de estas causas de exención o atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe realizarse conforme a las reglas probatorias ordinarias consolidadas en nuestra doctrina jurisprudencial para la apreciación con carácter general de las circunstancias eximentes o atenuantes.

Manteniendo nuestra conformidad en el resto de los pronunciamientos de la sentencia mayoritaria, y también con el contenido del fallo, expresamos y suscribimos este voto concurrente.

Cándido Conde Pumpido Tourón Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco Joaquín Giménez García

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

CAPÍTULO V

SITUACIÓN ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS EN EL PARAGUAY

Con el transcurso del tiempo, el derecho penal consideró como un problema esencial aquellos hechos punibles en lo que se veían involucradas las corporaciones empresariales con motivo de su actividad, por lo que ha sido cada vez más notoria la necesidad de relacionar el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con el ámbito de los delitos económicos.

Tal es así que, como hemos podemos observar; la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una cuestión que a lo largo de la historia ha sido objeto de profundo análisis, a tal punto que; la visión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha fracturado a la doctrina en dos posiciones enfrentadas desde hace mucho tiempo, por una parte, encontramos a quienes consideran que las personas jurídicas no pueden tener responsabilidad penal (*societas delinquere non potest*) y por otra parte, a los que estiman viable la atribución de dicha responsabilidad (*societas delinquere potest*).

La discusión teórica respecto a las dos posiciones señaladas, especialmente respecto a la imposibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, tiene su origen en el pensamiento individualista del Iluminismo que se consagra en la Ley Francesa del 2 – 7 de marzo de 1791, que suprime las corporaciones; y de las concepciones de Savigny, para quien la persona jurídica es una ficción.

Para esta corriente, toda asociación de hombres no es más que suma de individuos entre quienes existen ciertas relaciones y, por consiguiente, las asociaciones carecen de la unidad corporal y espiritual que es lo que caracteriza a las personas físicas.

Esta posición prevalece en el derecho europeo, particularmente en muchos Estados miembros de la Unión Europea.

Solo decenios después, inicia el ascenso de las teorías orgánicas que tienen a Gierke como máximo exponente, para quien la persona jurídica es una persona real, formada por hombres reunidos y organizados mediante común y única fuerza de voluntad de acción para el cumplimiento de fines que superan la esfera de los intereses individuales; es decir que así como las personas físicas son capaces de realizar conductas en detrimento de las leyes penales y ser penadas por ello, las personas jurídicas, tienen una personalidad real, dotada de voluntad propia, con capacidad de obrar y de realizar ilícitos penales.

De esta manera, abrieron una vía a favor de la realidad de la persona jurídica e iniciaron una tendencia favorable a su responsabilidad penal.

En lo que respecta al Paraguay, las sanciones penales únicamente son aplicables a las personas físicas individuales, desconociendo desde el fuero en cuestión, la funcionalidad autónoma que tienen las personas jurídicas, recayendo toda reprochabilidad sobre el representante legal de la persona jurídica y eventualmente sobre los miembros del órgano¹⁴⁶.

1- Regulación normativa de las personas jurídicas a ser consideradas en la búsqueda de atribución, de la responsabilidad penal

Consideramos pertinente, efectuar una breve síntesis de la regulación legislativa en el ámbito civil de las personas jurídicas de derecho privado a fin de comprender su estructura interna, antes de adentrarnos en el análisis de la responsabilidad de las personas jurídicas privadas en la dogmática penal.

En primer lugar, efectuando una remisión al artículo 91 del código civil, observamos que en la República del Paraguay; “son personas jurídicas:

- a) el Estado;
- b) los Gobiernos Departamentales y las Municipalidades
- c) las Iglesias y las confesiones religiosas;
- d) los entes autárquicos, autónomos y los de economía mixta y demás entes de Derecho Público, que, conforme con la respectiva legislación, sean capaces de adquirir bienes y obligarse;
- e) las universidades;

¹⁴⁶ Artículo 163 de la ley 1.160/97.

- f) las asociaciones que tengan por objeto el bien común;
- g) las asociaciones inscriptas con capacidad restringida;
- h) las fundaciones;
- i) las sociedades anónimas
- j) las cooperativas; y
- k) las demás sociedades reguladas en el Libro tercero de este Código”.

Así mismo el artículo 92 de la norma civil, nos señala que, dentro de este elenco debemos incluir a los Estados extranjeros, los organismos internacionales reconocidos por la República, y las demás personas jurídicas extranjeras y que el artículo 345 del Código de Organización Judicial dispone que se inscriban en el Registro de las Personas Jurídicas y Asociaciones:

- a) el acto constitutivo y los estatutos de las personas jurídicas de derecho privado debidamente aprobados en la forma establecida por el Código Civil, y las modificaciones de estos estatutos;
- b) los estatutos de las personas jurídicas de derecho privado del extranjero que hayan sido autorizados para funcionar en la República, y,
- c) la liquidación de las entidades mencionadas en los incisos anteriores.

1.1. Las personas jurídicas de derecho privado

Ahora bien cuando nos referimos a las personas jurídicas, esta se clasifican en; asociaciones, corporaciones, sociedades, fundaciones, y cooperativas.

- **Las sociedades**

De acuerdo con las disposiciones del artículo 959 del Código Civil Paraguayo, la sociedad, es un contrato en que dos o más persona, creando un sujeto de derecho, se obligan a realizar aportes para producir bienes o servicios, en forma organizada, participando de los beneficios y soportando las pérdidas.

Las sociedades, adquieren la personalidad jurídica desde su inscripción en el registro correspondiente, sin embargo no será oponible a tercero las sociedades que carezcan de registro.

A su vez estas se clasifican en atención a la naturaleza del objeto social en civiles y comerciales; en sociedades de personas y de capital conforme a la importancia asignada a los socios, o al capital aportado por estos; y la otra clasificación se da de acuerdo a la organización interna y sus modalidades para con terceros a través de las sociedades comanditas simples y por acciones.

En cuando a la extensión de responsabilidad, encontramos que; la sociedad anónima, responde por las obligaciones sociales sólo con su patrimonio y las cuotas de participación de los socios están representadas por acciones.

En tanto que, los promotores son solidariamente responsables ante los terceros por las obligaciones asumidas para constituir la sociedad. La sociedad está obligada a relevar a los promotores de las obligaciones asumidas por ellos y a reembolsarles los gastos que hubieren hecho, siempre

que hayan sido necesarios para su constitución y aprobados por la asamblea. Si por cualquier razón la sociedad no se constituyese, no podrán los promotores dirigirse contra los suscriptores de las acciones.

Por lo tanto, los promotores son solidariamente responsables para con la sociedad y los terceros:

- a) por la suscripción integral del capital social y por los desembolsos exigidos para la constitución de la sociedad;
- b) por la existencia de las aportaciones en especie, de conformidad con la declaración jurada; y
- c) por la veracidad de las comunicaciones hechas por ellos al público para la constitución de la sociedad.

Con respecto a la responsabilidad de los directores, vemos que éstos, responden ilimitada y solidariamente ante la sociedad, los accionistas y los terceros por la inejecución o mal desempeño del mandato, así como por violación de la ley o de los estatutos, y cualquier otro perjuicio ocasionado por dolo, abuso de facultades, o culpa grave.

Sin embargo, queda exento de responsabilidad el director que no hubiere participado en la deliberación o resolución, que hubiere dejado constancia escrita de su disconformidad y dado noticia a los síndicos, antes de imputársele responsabilidad.

Así también, los directores no serán responsables ante la sociedad, cuando hubieren procedido en cumplimiento de resoluciones de la asamblea,

que no fueren contrarias a la ley o los estatutos. Tampoco responderán cuando sus actos fueren aprobados por la asamblea, o ésta decidiera renunciar a la acción, o transigir, siempre que la responsabilidad no derivare de la violación de la ley o de los estatutos, y que no mediare oposición de accionistas que representen por lo menos una quinta parte del capital.

La acción de responsabilidad contra los administradores debe promoverse en virtud de decisión de la asamblea, aunque la sociedad esté en liquidación. La decisión relativa a la responsabilidad de los administradores podrá adoptarse en ocasión de discutirse el balance, aunque no figure en el orden del día, si es consecuencia directa de la resolución de un asunto incluido en éste. La resolución que declare la responsabilidad producirá la remoción del director o directores afectados y obligará a su reemplazo.

- Las corporaciones y fundaciones

Por su parte tal como lo señala Alberto Lyon¹⁴⁷, las corporaciones son colectividades de personas asociadas para conseguir un fin no lucrativo y común de ayuda a sus miembros, que cuenta con medios propios y que gozan de personalidad jurídica. En tanto que las fundaciones; se constituyen por la voluntad de una o más personas que destinan a perpetuidad determinados bienes para la creación de una entidad con fines de bien común¹⁴⁸.

¹⁴⁷ LYON PUELMA Alberto *"Personas Jurídicas"* Ediciones. Universidad Católica de Chile. 2003. Pág.81 y sgtes.

¹⁴⁸ Artículo 124 Código Civil Paraguayo.

El instituyente de una fundación, podrá dejar sin efecto el acto de fundación otorgado entre vivos antes de su aprobación por el Poder Ejecutivo, al que deberá comunicarse esta revocación. El heredero del fundador no estará autorizado a revocar la fundación, si el instituyente pidió su aprobación.

La fundación puede ser impugnada por los herederos, en cuanto afecte su legítima, o por los acreedores del fundador. Aprobada la fundación, debe el instituyente, o sus herederos, transferirle la propiedad y posesión de los bienes que le fueron asignados. Sin embargo, cuando la fundación no es aprobada sino después del fallecimiento del instituyente, ella será reputada, en relación a las disposiciones del fundador, haber existido antes de su muerte.

Asimismo, nuestro Código Civil, dispone que si la fundación fuere instituida en disposiciones testamentarias, corresponderá al albacea o a los herederos pedir la aprobación de ella, y, en su defecto, al Ministerio Público.

El acto de fundación establecerá los órganos de dirección y administración y las normas para su funcionamiento. Si en dicho acto faltaren estas disposiciones, el Poder Ejecutivo las dictará, teniendo en cuenta el fin instituido y las intenciones del fundador. El Poder Ejecutivo podrá autorizar en caso de evidente necesidad la enajenación de bienes de la fundación.

Ahora bien, si los fines de la fundación se volvieren imposibles, o su cumplimiento afectare el interés público, o su patrimonio resultare insuficiente, el Poder Ejecutivo podrá dar a la fundación otra fina-

lidad, o decretar su extinción. En la transformación de la finalidad, supresión o modificación de cargos o condiciones, debe ser atendida, en lo posible, la intención del fundador. El Poder Ejecutivo podrá también alterar la organización de la fundación, siempre que lo exija la transformación de su finalidad o el mejor cumplimiento de la misma. En caso de extinción se observará, en cuanto al destino de los bienes de la fundación, lo dispuesto para las asociaciones reconocidas de utilidad pública. La decisión del Poder Ejecutivo será recurrible judicialmente.

- Las Cooperativas

Finalmente, observamos cómo quedan reguladas las Cooperativas en la legislación civil.

En este sentido, la adquisición de personalidad jurídica queda configurada, luego de que se produzca su reconocimiento por el Instituto Nacional de Cooperativismo, tienen la calidad de personas jurídicas privadas de interés social. La personalidad jurídica es independiente de la persona de sus socios.

En lo que hace a la responsabilidad de estas, la normativa civil, indica que, los miembros del Consejo de Administración, responden personal y solidariamente para con la cooperativa y terceros por violación de la ley, el estatuto social y reglamentos, así como por la inejecución o mal desempeño del mandato que ejercen. Se exime el miembro que no haya participado en la sesión que adoptó la resolución, o haya dejado constancia en acta de su voto en contra. La responsabilidad se extiende a los miembros de la Junta de Vigilancia por los actos u omisiones que no hubiesen objetado oportunamente.

2- La responsabilidad de las personas jurídicas en la dogmática penal

La discusión en la teoría jurídico penal acerca de la posible responsabilidad de las personas jurídicas, en especial en el ámbito de la teoría del delito, se presenta tal como lo describen R. Maurach y H. Zipf¹⁴⁹ en dos aspectos que son: 1) la teoría de la acción y 2) la teoría de la culpabilidad o atribuibilidad individual.

2.1. La teoría de la acción: esta teoría pone como centro de la imputación penal a la persona de carne y hueso, al ser humano individual al sancionar estrictamente la comisión de conductas¹⁵⁰.

La doctrina tradicional niega la posibilidad de atribuir responsabilidad a la persona jurídica, considerando que esta no posee capacidad de acción, capacidad de culpabilidad ni capacidad punitiva. En es decir, no es factible considerar a la persona jurídica como sujeto activo del delito en razón a que ésta no puede realizar una acción penalmente relevante y consecuentemente resulta imposible declarar su culpabilidad ni imponerle una pena.

En el marco de esta teoría se ha dicho que para cualquier teoría de la acción cuya construcción no respete los límites ónticos, la cuestión acerca de la posibilidad de ejercicio del poder punitivo sobre las personas jurídicas es materia de decisión legal.

¹⁴⁹ MAURACH, R. *“Derecho penal. Parte general”* (Tomo II) Editorial Astrea. Bs As. 1995

¹⁵⁰ ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal: Parte General*. Op.Cit. Pág. 192

La opinión dominante mantiene que la acción, en el ámbito penal, exige una conducta voluntaria y que el actuar de los entes colectivos es una construcción jurídica y que si se sancionara a una persona jurídica lo que en realidad se estaría castigando es su personalidad.

Por tanto, *la acción humana, con palabras de Engisch, es un acaecer natural. El actuar de los entes colectivos es una construcción jurídica*¹⁵¹.

2.2. La teoría de la culpabilidad: es la teoría construida sobre la base de la imputabilidad más juicio de reprochabilidad que hace referencia a una persona física capaz de autodeterminación, en el sentido de tener capacidad de conocer y querer¹⁵².

Cuando el autor del hecho punible hubiera podido motivarse conforme a lo que estipula la norma, es cuando se afirma que; *en este “poder en lugar de ello” del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica reside la esencia de la culpabilidad; allí está fundamentado el reproche personal que se le formula en el juicio de culpabilidad al autor por su conducta antijurídica*¹⁵³.

De otro modo: *si la culpabilidad consiste en un juicio de reproche que se hace al autor por haber actuado antijurídicamente a pesar de que pudo obrar*

¹⁵¹ AKERMANN, “Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und sin aus/anddischen Rechtsordnungen”. Frankfurt a. M. Berna Nueva York, 1984.

¹⁵² Se destacan primeramente estos dos grandes pensadores; Franz Von Liszt y Ernst von Beling.

¹⁵³ WELZEL, HANS, “Derecho Penal Alemán”. Parte general, 3ª ed., Santiago. Pág.197. 1987.

*conforme a derecho, es indudable que aquí subyace una de las mayores dificultades, pero no la única, para el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*¹⁵⁴.

Arroyo-Tiendemann, también afirman que; tampoco la obligada determinación de si actuó por dolo o imprudencia, ya que de ello depende la pena en concreto a imponer, es posible respecto de las personas jurídicas, salvo utilizando los términos de imprudencia y dolo en sentido distinto al técnico-jurídico habitual.

Si procedemos al análisis de la aplicabilidad o no de los presupuestos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas en la legislación penal paraguaya, vemos que; en dicho contexto, necesariamente debemos hacerlos desde dos perspectivas:

- 1) desde la perspectiva de la doctrina nacional y;
- 2) desde la perspectiva de la normativa sancionadora vigente, éste último, se puede enfocar desde dos niveles normativos:
 - a) La Sanción de las personas físicas que operan al amparo de las personas jurídicas para la comisión de los hechos delictivos, para lo cual se pueden utilizar los institutos de imputación jurídico penal como la autoría mediata y la omisión, que se establecen en la normativa penal y;
 - b) Las sanciones administrativas que se hallan establecidas en diferentes leyes de carácter administrativo.

¹⁵⁴ Ibíd. Pág. 32.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la doctrina; ha sido objeto de un interesante análisis por parte del profesor Luis Martínez Milto, quien en 1956 publica el libro que lleva como título “La responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”.

En la referida obra, el autor, en el punto IV, de las conclusiones, ha señalado que; “La responsabilidad penal de las personas jurídicas no se funda, a nuestro juicio, en la existencia de una voluntad real de estas, independiente de la de los miembros que la constituyen. Si bien hay que admitir una voluntad colectiva, esta no es, en esencia, sino la voluntad de la totalidad o la mayoría de los miembros o representantes de la corporación, cuando se manifiesta conforme a las reglas corporativas y orientadas hacia fines de aquélla.

La responsabilidad corporativa se apoya en la necesidad de imputar al sujeto de derecho, que es la persona jurídica, las consecuencias de los actos, tanto lícitos como ilícitos, ejecutados por sus órganos, cuando concurren determinadas condiciones.

A la responsabilidad civil por actos ilícitos, provenientes de cuasi-delitos, de delitos civiles, o de delitos criminales, creemos que debe agregarse la responsabilidad penal por estos últimos.

A los efectos de determinar la respuesta del orden jurídico nacional al fenómeno de la criminalidad por medio de la utilización de las personas jurídicas, se torna necesario discriminar las respuestas de los órdenes jurídicos que enfrenta este problema: El Código Penal y la Leyes administrativas.

3- La Responsabilidad de las personas jurídicas en el Código Penal de la República del Paraguay

En el Código Penal Paraguayo tiene solo como antecedente la posibilidad de la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas, tal como ha señalado por el Prof. Martínez Miltos, sin embargo vemos claramente que en las legislaciones comparadas se admiten expresamente este tipo de responsabilidad, pero estas aún no han ejercido influencia necesaria para su incorporación en la legislación penal paraguaya.

El Código Penal Paraguayo, promulgado por Ley N° 1.160/97, no contiene ningún hecho punible aplicable directamente a las personas jurídicas privadas, cualquiera sea la categoría de las mismas, conforme con la legislación civil de nuestro país.

La falta de tipificación de los hechos punibles imputables a las personas jurídicas privadas no fue justificada en la exposición de motivos del nuevo Código Penal paraguayo, por lo que debe suponerse que la omisión de referencia tiene su fundamento en la dogmática penal liberal que configuran como hecho punible solamente la conducta de las personas físicas.

Conforme con la normativa del Código Penal Paraguayo, no existe problema para la sanción de las personas físicas que cometen hechos ilícitos por utilización de la estructura organizativa de las personas jurídicas, con la aplicación de los institutos de imputación penal que se conoce como la comisión por omisión y la actuación en representación de otro.

La comisión por omisión se halla reglada en el Artículo 15 del Código Penal que expresa “Al que omita impedir un resultado descrito en el tipo legal de un hecho punible de acción, se aplicará la sanción prevista para éste sólo cuando:

1. Exista un mandato jurídico que obligue al omitente a impedir tal resultado y
2. Este mandato tenga la finalidad de proteger el bien jurídico amenazado de manera tan específica y directa que la omisión resulte, generalmente tan grave como la producción del resultado”.

La actuación en representación de otro, se halla consagrada en el Artículo 16 del Código Penal que expresa: “1°) La persona física que actuara como:

1. representante de una persona jurídica o como miembro de sus órganos.
2. socio apoderado de una sociedad de personas o
3. representante legal de otro, responderá personalmente por el hecho punible, aunque no concurren en ella las condiciones, calidades o relaciones personales requeridas por el tipo penal, si tales circunstancias se dieran en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

2°) Lo dispuesto en el inciso 1° se aplicará también a la persona que, por parte del titular de un establecimiento o empresa, u otro con el poder correspondiente, haya sido:

1. nombrado como encargado del establecimiento o de la empresa; o

2. encargado en forma particular y expresa del cumplimiento, bajo responsabilidad propia, de determinadas obligaciones del titular, y cuando en los casos previstos en ambos numerales, haya actuado en base a este encargo o mandato.
- 3º) Lo dispuesto en el inciso 1º se aplicará también a quien actuara en base a un mandato en el sentido del inciso 2º, numeral 1, otorgado por una entidad encargada de tareas de la administración pública.
- 4º) Los incisos anteriores se aplicarán aun cuando careciera de validez el acto jurídico que debía fundamentar la capacidad de representación o mandato”.

Es decir, la posibilidad de sanción penal de las personas físicas que utilizando las personas jurídicas sean privadas para la comisión de hechos tipificados como delito o crimen, dentro de la normativa penal paraguaya se halla resguardada por medio de los institutos jurídicos penales de imputación a la que se ha hecho referencia y con la debida amplitud que permite la sanción de las personas físicas que de alguna forma han intervenido en la comisión del hecho delictivo.

4- En las leyes administrativas

En el orden jurídico nacional existen leyes que aplican sanciones de carácter administrativo a las personas jurídicas privadas, por irregularidades cometidas en sus actividades funcionales. Estas sanciones, ge-

neralmente, concuerdan con las consecuencias jurídicas, que la doctrina recomienda imponer como pena de carácter penal a las personas jurídicas.

A modo de ejemplificar, las sanciones administrativas que la legislación nacional, aplica a las personas jurídicas, cabe citar, algunas de las leyes que establecen sanciones en forma directa a estas entidades.

4.1. Ley N° 489/95 Orgánica del Banco Central del Paraguay, modificada por la Ley N° 6104/18

Esta normativa de organización del Banco Central del Paraguay, que confiere al Banco Central del Paraguay, competencia sancionatoria contra las entidades y personas físicas que operan dentro del sistema financiero nacional, en su Art. 83 establece que la aplicación de sanciones por parte del Directorio del Banco Central del Paraguay, puede afectar a los sujetos siguientes:

1. Los Bancos.
2. Las entidades financieras.
3. Las entidades de créditos.
4. Otras personas físicas o jurídicas sometidas a la supervisión de la Superintendencia de Bancos.
5. Aquellas entidades contempladas en el numeral 29 del Artículo 19 modificado por el Artículo 1 o de la presente Ley;
6. Sus presidentes, directores, representantes legales, gerentes, contadores, síndicos, auditores internos, externos y todos aquellos que ejerzan cargos de dirección, administración o fiscalización.

En el Artículo 91, al establecer las personas responsables por las infracciones previstas en la ley de referencia, señala: “Serán pasibles de sanción, por la comisión de las faltas tipificadas en la presente Ley, tanto las personas jurídicas como sus presidentes, directores, representantes legales, gerentes, contadores, síndicos, auditores internos, externos y todos aquellos que ejerzan cargos de dirección, administración o fiscalización, salvo que:

- a) Se demuestre que no han tenido conocimiento del hecho u omisión que se les impute, ni directa ni indirectamente; así como que no pudieron llegar a tener indicios o información del acto u omisión que suponga el incumplimiento de las normas de obligada observancia; o,
- b) Se demuestre que, habiendo tenido conocimiento de la supuesta falta, se han opuesto oportunamente, por cualquier medio escrito fehaciente a tal actuación u omisión, según el procedimiento a ser reglamentado por el Directorio del Banco Central del Paraguay

El Art. 93, señala que “Las entidades supervisadas por la Superintendencia de Bancos y aquellas entidades contempladas en el Artículo 19, numeral 29) de la presente Ley; serán pasibles de sanción, por la comisión de las faltas a las normas de ordenación y disciplina cometidas por sus empleados o administradores. Ninguna entidad puede eximirse de responsabilidad por la actuación negligente o dolosa de sus administradores o empleados.

El Art. 94, dispone que “La comisión de las faltas previstas dará lugar a la imposición de las

siguientes sanciones:

Por faltas graves:

- a) Limitación del ejercicio de determinadas actividades u operaciones;
- b) Prohibición temporal de distribución de dividendos o de apertura de nuevas oficinas, por un período no superior a dos ejercicios;
- c) Multa de ciento uno hasta cinco mil salarios mínimos mensuales establecidos para actividades diversas no especificadas de la Capital de la República;
- d) Suspensión o inhabilitación de hasta 1 (un) año; y,
- e) Revocación de la autorización o licencia para operar.

Por faltas leves:

- a) Apercibimiento; y,
- b) Multa de hasta cien salarios mínimos mensuales establecidos para actividades diversas no especificadas de la Capital de la República.”.

4.2. Ley N° 861/96, General de Bancos, Financieras y Otras Entidades de Crédito. Ley N° 2334/03 De Garantía de Depósitos y Resolución De Entidades de Intermediación Financiera Sujetos de la Ley General De Bancos. Financieras y otras Entidades De Crédito.

Estas normativas establecen como condición para operar en el mercado financiero, la constitución de entidades privadas, además; regulan las

sanciones que podrán ser aplicables por las infracciones cometidas, entre las cuales se hallan los procesos de inmovilización de fondos (modificado por Ley N° 5787/16), intervención, resolución y extinción de estas entidades.

4.3. Ley N° 5810/17, De Mercado de Valores

Esta normativa establece las infracciones tipificadas que pueden cometer los operadores del mercado de valores en sus artículos 182 y 183, este último artículo señala: “Por las infracciones responderán las personas jurídicas afectadas y las personas físicas que ejercen en las mismas funciones de dirección, de administración, de fiscalización, de calificación de riesgos y de operación bursátil. Al solo efecto de atribuir la responsabilidad de las personas físicas, para la aplicación de las sanciones administrativas previstas en la presente ley, regirán las disposiciones pertinentes del derecho civil y las demás leyes aplicables.”

El art. 195 regula las sanciones aplicables dentro de esta rama:

- a) apercibimiento;
- b) multa hasta un monto equivalente a doscientos salarios mínimos mensuales, establecidos para trabajadores de actividades diversas no especificadas;
- c) suspensión o inhabilitación hasta por diez años para desempeñar funciones de administración o fiscalización en instituciones fiscalizadas por la Comisión;

- d) suspensión hasta dos años de la autorización para efectuar oferta pública de valores;
- e) prohibición para efectuar oferta pública de valores; y,
- f) cancelación de la inscripción del Registro que habilita para desempeñar alguna de las calidades que esta ley permite.

4.4. Ley 125/92, Que establece el Sistema Tributario

El Art. 181 de la ley citada dispone “Las personas jurídicas y las demás entidades podrán ser sancionadas por infracciones sin necesidad de establecer la responsabilidad de una persona física”.

Podemos afirmar por tanto que; no existe una coherencia dogmática en derecho sancionador paraguayo con respecto a la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas; porque suponiendo que la omisión de la imputación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas en el Código Penal por los obstáculos vinculados a la reprochabilidad y la finalidad de las penas, dichos obstáculos igualmente se presentan en la aplicación de las sanciones de carácter administrativos.

Es decir, se torna imposible imputar una responsabilidad penal a las personas jurídicas porque carecen de la capacidad para conocer y determinarse conforme con dicho conocimiento (problema de reprochabilidad) y porque no son susceptibles de la readaptación social (problema de finalidad de la pena), que constituyen los obstáculos que en la

dogmática penal deben ser superadas para la imputación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas.

En el ámbito administrativo sancionador, que por el contrario admite la responsabilidad directa de las personas jurídicas privadas, también deben concurrir los presupuestos de la acción reprochable de una persona física para la imposición de las consecuencias sancionatorias a estas personas.

Por consiguiente, no resulta coherente el sistema jurídico penal que rechaza la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas en el ámbito sancionador penal y su admisión en el ámbito sancionador administrativo, porque la exigencia de la reprochabilidad penal se impone en ambos órdenes del derecho sancionador.

En cuanto al obstáculo vinculado a la finalidad de la pena, desde el punto de vista constitucional, no existiría problema para la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, habida cuenta que el Artículo 20 de la Constitución, establece como finalidad de la misma dos presupuestos: 1) la readaptación de la persona del delincuente, finalidad inaplicable a las personas jurídicas y 2) la protección de la sociedad, que sí puede constituirse en la finalidad de la pena a las personas jurídicas, porque en caso de admitirse su responsabilidad penal, la finalidad de la pena que se le imponga puede justificarse en la necesidad de la protección de la sociedad.

4.5. Sentencia del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala

A continuación se pone a disposición del lector, un extracto del Acuerdo y Sentencia N° 256 de fecha 26 de mayo de 2015, emanado del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, en la que se analiza; la Resolución N° 18, Acta N° 37 de fecha 29 de mayo de 2013 del Directorio del Banco Central del Paraguay, en la que se resolvió, imponer a una entidad bancaria, sanciones administrativas, por infringir medidas preventivas de lavado de dinero¹⁵⁵.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 256

En la Ciudad de Nuestra Señora de la Asunción, Capital de la República del Paraguay, a los veinte y seis días del mes de Mayo del año dos mil quince, estando presente los Excmos. Señores Miembros del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, los Magistrados, **Arsenio Coronel, Mario Maidana Griffith y Ramón Rolando Ojeda**, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, por ate ante mí el Secretario Autorizante, se trajo a acuerdo el expediente caratulado: **“BANCO CONTINENTAL S.A.E.C.A. C/ RESOLUCIÓN N° 22, ACTA N° 44 DEL 26 DE JUNIO DE 2013 DEL B.C.P.”**.-----

...///...

Y EL EXCMO. MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS SEGUNDA SALA, RAMON ROLANDO OJEDA, DIJO: Que en fecha 22 de julio de 2013

¹⁵⁵ Véase: Acuerdo y Sentencia N° 425 de fecha 20 de abril de 2016, Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

(fs.60/69) se presentó ante este Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, el Abg. Pío O. Galeano Ríos en representación de la firma BANCO CONTINENTAL S.A.E.C.A. a promover demanda contra la Resolución N° 22, Acta N° 44 de fecha 26 de junio de 2013 del Banco Central del Paraguay, **Funda la demanda en los siguientes términos:** “...*El Directorio del Banco Central del Paraguay, ordenó la instrucción de un SUMARIO ADMINISTRATIVO INSTRUIDO A LA ENTIDAD BANCO CONTINENTAL por Resolución Nro.5, Acta 51 de fecha 23 de octubre de 2012 en averiguación y esclarecimiento de las supuestas irregularidades denunciadas en el escrito presentado por el Superintendente de Bancos en fecha 17 de setiembre de 2012, conforme al art. 29 de la ley 1015/97 “Que previene y reprime los actos ilícitos destinados a la legitimación de dinero o bienes y los artículos concordantes de la Ley 489/95. Basado en dicha resolución el Abog. Fidel Daniel González y la Abogada Ana Laura Vera del Dpto. Jurídico del Banco Central del Paraguay, dictaron el A.I.N° 19 de fecha 30 de octubre de 2012 de Instrucción de Sumario. En dicho Sumario Administrativo han sido desvirtuados con clara contundencia de argumentos probados con acabada documentación respaldatoria, todos y cada uno de los hechos que según la denuncia presentada por la Superintendencia de Bancos, debían ser investigados a los efectos del esclarecimiento de los mismos a la luz de las disposiciones contenidas en la Ley 1015/97..-----*

Por Providencia del 31 de octubre de 2013, se tiene por contestada la presente demanda contencioso administrativa (fs. 85 vlto.).-----

Por A.I.N 1285 del 05 de diciembre de 2013, se declara la competencia del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, para entender en el presente juicio y existiendo hechos que probar se recibe la causa a prueba por todo el término de Ley (fs. 87).-----

Por Providencia del 23 de junio de 2014, se llama Autos para Acuerdo y Sentencia (fs. 91 vlto.).---

Que mediante la Resolución N° 18, Acta N° 37 de fecha 29 de mayo de 2013 “CONCLUSIÓN DE SUMARIO ADMINISTRATIVO INSTRUIDO A LA ENTIDAD BANCO CONTINENTAL S.A.E.C.A.”, el Directorio del Banco Central del Paraguay resolvió: “...1º) *Calificar la conducta del BANCO CONTINENTAL S.A.E.C.A. como Falta Administrativa, en contravención a las disposiciones contenidas en la Ley N° 1015/97 “Que previene y reprime los actos ilícitos destinados a la legitimación del dinero o bienes”, en la Resolución SEPRELAD N° 172/10 y afines, de conformidad a las consideraciones expuestas en el exordio de la presente resolución. 2º) Aplicar la sanción de Nota de Apercibimiento a la entidad BANCO CONTINENTAL S.A.E.C.A. de conformidad a los dispuesto en el Artículo 24º, inciso a) de la Ley 1015...*”.-----

Que por Resolución N° 22, Acta N° 44 de fecha 26 de junio de 2013 del Directorio del Banco Central del Paraguay rechazó el recurso de reconsideración interpuesto por el Abogado Pío O. Galeano Ríos en nombre y representación de la entidad BANCO CONTINENTAL S.A.E.C.A.-----

Que del análisis de los antecedentes obrantes en autos y por cuerda separada surge que por Resolución N° 5, Acta N° 51 de fecha 23 de octubre

de 2012 el Directorio del Banco Central del Paraguay ordenó a la Unidad Jurídica de la Institución la instrucción de un sumario administrativo a la entidad BANCO CONTINENTAL S.A.E.C.A., en averiguación y esclarecimiento de supuestas irregularidades denunciadas en el escrito presentado por el Superintendente de Bancos en fecha 18 de setiembre de 2012, conforme al artículo 29 de la Ley N° 1015/97 “QUE PREVIENE Y REPRIME LOS ACTOS ILICITOS DESTINADOS A LA LEGITIMACIÓN DE DINERO O BIENES” y los artículos concordantes de la Ley N° 489/95 “ORGANICA DEL BANCO CENTRAL DEL PARAGUAY”.-----

Que en el Memorando de Conclusión de fecha 07 de mayo de 2013 (fs. 1349/1371) del Tomo III de los Antecedentes Administrativos agregados por cuerda separada) se observa que el Juez Instructor del **“SUMARIO ADMINISTRATIVO INSTRUIDO AL BANCO CONTINENTAL S.A.E.C.A., ordenado por Resolución N° 5, Acta N° 51, de fecha 23 de octubre de 2012, del Directorio del Banco Central del Paraguay”** se expresa como motivo del Sumario que por **Informe SB.ISE.SRLDB. N° 008/2012 de fecha 17 de abril de 2012** los inspectores de la Superintendencia de Bancos presentaron los resultados de verificaciones sobre operaciones de arbitraje (reales-dólares) y de transferencias de dinero al exterior realizadas y/o a través de la entidad supervisada Banco Continental S.A.E.C.A.-----

Que en el Informe se relata la denuncia formulada por un particular con relación a las operaciones de transferencia presuntamente preparadas en la entidad Forex Paraguay S.A. – Sucursal del

Shopping Internacional de Ciudad del Este-. Departamento de Alto Paraná, y canalizadas a través del Banco Continental S.A.E.C.A., entre otros. Asimismo, luego de practicadas ciertas diligencias adicionales de investigación administrativa, la Intendencia de Asuntos Legales por Dictamen SB.IAL. N° 320/2012 de fecha 11 de setiembre de 2012, determino la existencia de mérito suficiente para solicitar al Directorio del Banco Central del Paraguay la instrucción de sumario administrativo al Banco Continental S.A.E.C.A., por presuntas contravenciones a la normativa vigente en materia de prevención de lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Consecuentemente, la SIB formulo denuncia y por Resolución N° 5, Acta N° 51 de fecha 23 de Octubre de 2012, del Directorio del Banco Central del Paraguay, ordeno a la Unidad Jurídica la Instrucción de Sumario Administrativo a la entidad Banco Continental S.A.E.C.A.-----

Que en resumen, según la denuncia de la Superintendencia de Bancos el BANCO CONTINENTAL S.A.E.C.A. habría realizado cuatro conductas que podrían reputarse como omisivas y las mismas consisten en: **a)** Falta de análisis de las documentaciones del cliente seguimiento de sus actividades y falta de atención a señales de alerta, **b)** Ausencia de perfil de riesgo y actualización extemporánea de perfil de cliente, **c)** Faltas en materia de identificación de los beneficiarios finales y el origen de fondos, **d)** Falta de distinción entre operaciones concretas por cuenta propia y operaciones concretadas por cuenta de tercero.-----

Que, el Juez Instructor considero pertinente la desestimación de la denuncia de la Superintendencia de Bancos en relación a los siguientes puntos: **a)** En lo referente a la obligación de recabar datos y conocer al cliente al inicio de la relación comercial, se ha dado cumplimiento a esta obligación ya que consta en autos los documentos exigidos a los clientes en cuestión y que fueron proveídos por ellos al inicio de la relación comercial, **b)** en lo referente a la asignación del Perfil del Cliente, tenemos que se ha dado cumplimiento al mismo, ya que consta en autos la asignación de dicho perfil.-----

Que, sin embargo, el Juez Instructor concluyó en los puntos: **c)** En lo referente al monitoreo de las operaciones, se ha dado cumplimiento, ya que consta en autos que, si bien las señales de alerta no han sido detectadas por el Área de Cumplimiento, si ha sido detectada por el Área de Riesgo del Banco Continental, ya que la inconsistencia en los datos proveídos por el cliente American SRL deviene en una sospecha de que los fondos transferidos no corresponden al giro comercial de dicho cliente debiendo necesariamente desembocar en la emisión de los correspondientes Reporte de Operaciones Sospechosas y al punto **d)** En lo referente a la obligación de realizar la emisión de Reporte de Operaciones Sospechosas, el Sujeto obligado no ha emitido el correspondiente ROS.-----

Que, si bien se ha cumplido formalmente con los requisitos básicos con respecto a las documentaciones que deben respaldar las distintas operaciones de transferencias, existe la obligación para

el sujeto supervisado(Banco Continental), de monitorear constantemente las distintas operaciones realizadas por su cliente (American S.R.L.), ya que en las mismas surgieron señales de alerta, como consta a fojas 328 y siguientes de los antecedentes administrativos Tomo I: donde obra el informe de Análisis de Riesgo la línea de crédito riesgos corporativos de cuyo contenido se desprende con claridad que ante una solicitud de crédito de la firma American S.R.L., el Banco Continental ha realizado un exhaustivo examen a la documentación proveída por dicha empresa, lo que tuvo como resultado que haya surgido como señal de alerta el crecimiento en las ventas de American S.R.L. y que las mismas no tengan fundamento.-----

Dicha señal de alerta, ha cumplido en fecha 18 de noviembre de 2011, periodo en la cual la firma American S.R.L., ha realizado numerosas transferencias de divisas al exterior. Ahora bien, esta señal de alerta ha surgido con posterioridad a la resignación del Perfil del Cliente realizada por el Banco Continental en fecha 3 de noviembre de 2011(fs. 182). Asimismo, resulta importante aclarar que, la detención de señales de alerta es una actividad que debe desplegar el sujeto obligado, no se circunscribe exclusivamente al área de Cumplimiento, sino que por el contrario, debe ser realizada en todas sus ares internas.-----

Por lo tanto, tenemos que producidas las señales alerta durante el monitoreo de las operaciones, el sujeto obligado contaba con dos opciones; a) actualizar y adecuar el perfil del cliente, o b) realizar el Reporte de Operaciones Sospechosas corres-

pondiente. Como podemos ver, en el expediente no se encuentra documentación acerca de la actualización del Perfil del cliente, por lo que el Banco Continental debió emitir R.O.S. Esto es así ya que la normativa individualizada como **Resolución SE-PRELAD N° 172/2010** en su **Artículo 17°** dispone lo siguiente: “...*Con respecto a las operaciones inusuales, la entidad deberá analizar dentro del plazo de noventa (90) días después de detectada la operación; si los hechos, circunstancias o propósitos de la misma, no reflejan una explicación válida o carecen de justificación, será considerada operación sospechosa...*-----

Así tenemos que las señales de alerta detectadas, debieron pasar a considerarse como Operaciones Sospechosas pasados los 90 días producidas, surgiendo en consecuencia la obligación de reportarlas en tal carácter; sin embargo, no consta en estos autos que el Reporte de Operaciones Sospechosas haya sido emitido. Por lo que quedó demostrado en el sumario administrativo que el Banco Continental S.A.E.C.A. no emitió los correspondientes Reportes de Operaciones Sospechosas (R.O.S.) referentes a la empresa American S.R.L.-----

Que al analizar los parámetros a ser tenidos en cuenta para la imposición de sanciones (criterio de gradación), el Juez Instructor recomendó la calificación de la conducta del Banco Continental S.A.E.C.A., como **Falta Administrativa** en contravención al Numeral 3 del Art. 19 de la Ley N° 1015/97 y la aplicación de la sanción de **Nota de Apercibimiento** conforme a lo dispuesto en el Art. 24° inciso a) de la Ley 1015/97.-----

Que el Directorio del Banco Central del Paraguay, por medio de la Resolución N° 18, Acta N° 37 de fecha 29 de mayo de 2013, manifestó su acuerdo en relación al criterio de gradación aplicado por el Juez Instructor y, en consecuencia, recomendó la aplicación de la misma sanción prevista en la Ley N° 1015/97.-----

Que el Artículo 19 de la **Ley N° 1015/97** establece: “**Obligación de informar operaciones sospechosas:** *Los sujetos obligados deberán comunicar cualquier hecho u operación, con independencia de su cuantía, respecto de los cuales exista algún indicio o sospecha de que estén relacionados con el delito de lavado de dinero o bienes. Se consideraran operaciones sospechosas en especial, aquellas que: 1) se crean complejas, insólitas, importantes o que no respondan a los patrones de transacciones habituales; 2) aunque seas importantes, se registren periódicamente y sin fundamento económico o legal razonable; 3) por su naturaleza o volumen no correspondan a las operaciones activas o pasivas de los clientes según su actividad o antecedente operativo; y 4) sin causa que lo justifique sean abonadas mediante ingresos en efectivo, por un número elevado de personas*”.-----

Que el Art. 24 del mismo cuerpo legal dispone: “**Sanción administrativa a las personas jurídicas.** *El incumplimiento de las obligaciones establecidas en este capítulo y los reglamentos serán sancionados con: a) nota de apercibimiento; b) amonestación pública; c) multa cuyo importe será entre el 50 (cincuenta) y 100 (cien) por ciento del monto de la operación en la cual se cometió la infracción; y, d) suspensión temporal de treinta a ciento ochenta días.*-----

Que para este Magistrado Preopinante no ca-
ben dudas de que el Banco Continental S.A.E.C.A.
incurrió en una falta administrativa, pues no emitió
los Reportes de Operaciones Sospechosas, incum-
pliendo de esta forma lo dispuesto en la Resolución
N° 172/10 y en el Art. 19 de la Ley N° 1015/97,
más arriba transcriptos.-----

Que el Directorio del Banco Central del Para-
guay resolvió correctamente en relación a la grada-
ción de la sanción. Siendo así, la sanción de Nota
de Apercibimiento aplicada por el BCP a través de
la Resolución N° 18/2018 y la misma se halla ajustada
a derecho, así como también ha sido dictada
conforme a las disposiciones legales citadas la Re-
solución N° 22, Acta N° 44 de fecha 26 de junio de
2013, por la cual no se hizo lugar al Recurso de Re-
consideración interpuesto por el Banco Continental
S.A.E.C.A. contra la Resolución N° 18/2013.-----

Que por las consideraciones expuestas cabe
concluir que no corresponde hacer lugar a la pre-
sente demanda promovida por el **BANCO CONTI-
NENTAL S.A.E.C.A.** y, en consecuencia, se debe
CONFIRMAR la Resolución N°18, Acta N° 37 de
fecha 29 de mayo de 2013 y la Resolución N° 22,
Acta N° 44 de fecha 26 de junio de 2013, ambas
dictadas por el Directorio del Banco Central del Pa-
raguay.-----

5. Conclusiones parciales

- 1) Las diferentes etapas doctrinarias por la que ha pasado la admisión de la responsabilidad penal de las personas privadas, como las que sostenían; la no responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas, inicialmente fundada en las teorías de que las sociedades no delinquen (*Societas delinquere non potest*), las sociedades no delinquen ni pueden ser objeto de sanción (*Societas delinquere non potest, sed puniri non potest*) y por otra parte, las que estiman viable (*societas delinquere potest*), vislumbras como la doctrina y las legislaciones acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas es consecuencia del largo proceso en el cambio de paradigma dentro de la dogmática jurídico-penal.
- 2) Existe una clara dificultad en la dogmática actual para la configuración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, basando la problemática en los presupuestos dados por los principios de la reprochabilidad y la finalidad de las penas.

El obstáculo que se configura en el ámbito de la reprochabilidad, se basa en la exigencia de que la persona necesariamente debe tener conocimiento acerca de la antijuricidad de la norma y la voluntad de comportarse en contravención de la misma. Es decir, exige las condiciones de; inteligencia y voluntad, circunstancias estas que las personas jurídicas no poseen.

Con relación a la finalidad de las penas, en la actualidad, las mismas tienen por fin el proceso

que permite que una persona pueda reintegrarse a la sociedad, vale decir; la resocialización de las personas que cometieron un hecho punible, circunstancia que resultaría imposible para las personas jurídicas.

- 3) La admisión doctrinaria de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que se ha evidenciado en el desarrollo del presente capítulo e incluso, ha motivado la aparición de excelentes monografías respecto al tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este sentido, se pueden citar los trabajos de Luis Martínez Miltos en Paraguay, David Baigún, Jaime Malamud Gotti, Daniel Cesamo en la Argentina y Silvina Bacigalupo en España.
- 4) Con el paso del tiempo y luego de muchos esfuerzos se abre paso a la recepción legislativa de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas, sobre todo en diferentes legislaciones europeas que han sido enumeradas en la presente investigación, circunstancia que supone la superación de la dogmática penal liberal que considera solamente responsable penal a las personas físicas.

En este sentido, se pueden citar las legislaciones de Holanda, Francia, Reino Unido, Irlanda, Dinamarca. Sin embargo, las legislaciones de los países de Alemania y Portugal no admiten la responsabilidad penal de las personas jurídicas pero si la administrativa sancionadora.

- 5) En cuanto a la admisión de la responsabilidad de las personas jurídicas públicas, hemos podido constatar como la legislación holandesa y francesa consienten dicha responsabilidad, siempre que se dé la concurrencia de determinados presupuestos. No obstante, la legislación francesa excluye la responsabilidad penal por parte del Estado.
- 6) Dada las exigencias, todavía permanece ausente la incorporación en el Código Penal Paraguayo (Ley 1.160/97) los hechos punibles cometidos por las personas jurídicas privadas, que se supone tiene fundamento, en su filiación finalista, que hace que la regulación de los hechos punibles encuentren el obstáculo de la reprochabilidad y también en la finalidad de las penas, que conforme con el Artículo 20 de la Constitución, busca la readaptación de los condenados a la sociedad; circunstancia que se torna imposible para las personas jurídicas.

Sin embargo, atendiendo a que otra finalidad de las penas, es el de la protección de la sociedad, conforme con lo establecido en el Artículo 20 de la Constitución Nacional, y de acuerdo a lo considerado en el análisis del presente trabajo, la misma no constituiría obstáculo para el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas.

- 7) Sin embargo, se observa la incorporación dentro del orden jurídico de nuestro país de algunas sanciones de carácter administrativas aplicables a las personas jurídicas privadas como ser; la

cancelación de la personería; la multa y la intervención y liquidación de las entidades asociativas, que como hemos visto, consideradas éstas; supuestos de sanción penal, en las legislaciones comparadas que admiten la responsabilidad de las personas jurídicas.

- 8) No admitir la responsabilidad de las personas jurídicas importa un problema de política criminal, en razón de que esta circunstancia propicia la existencia de una mayor presencia de la criminalidad organizada en la que utilizan a las personas jurídicas privadas y públicas para la comisión de hechos punibles vinculados a la economía, el ambiente y a las cuestiones sociales.
- 9) El elemento justificante para la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se funda en la necesidad de garantizar la defensa social o protección de la sociedad ante la criminalidad que utilizan los recursos y la organización de las personas jurídicas para la comisión de hechos delictivos y que, fuente de debilidad en la dogmática jurídico penal es la reprochabilidad, porque esas entidades no tienen la capacidad para conocer y determinar su comportamiento conforme con la norma penal.

Pero el problema de la reprochabilidad puede ser superada a través de la incorporación normativa de sanciones penales a las personas jurídicas no por su capacidad de reproche sino por constituirse en instrumento del delito y al mismo tiempo establecer sanciones accesorias a las entidades, que sean conforme con la naturaleza de la misma.

De esta manera es factible atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas. La historia y la legislación comparada actual lo demuestran, para el efecto se torna necesario considerar la modificación de nuestra legislación penal, en la que se disponga expresamente, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en delitos contra el patrimonio, la fe pública, la economía, medio ambiente, salud pública.

Las sanciones a ser aplicadas contra las personas jurídicas deben ser compatibles con su naturaleza como ser: la disolución, la suspensión de actividad o clausura de negocios, la multa, la prohibición de realizar determinados negocios, así como sanciones accesorias como el comiso, publicación de sentencia condenatoria y la vigilancia de la autoridad. También puede aplicárseles medidas de seguridad, como la clausura de establecimientos.

La propuesta de la reforma penal que permita la admisión de la responsabilidad directa de las personas jurídicas, no presenta problemas de orden dogmático, la finalidad de la pena y la reprochabilidad.

La finalidad de la pena impuesta a las personas jurídicas encuentra su fundamento en la defensa de la sociedad que es uno de los objetivos previstos en artículo 20 de la Constitución Nacional.

CAPÍTULO VI

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS

1- Discusiones doctrinarias respecto de la responsabilidad estatal

Cómo se aprecia a lo largo en páginas anteriores, la responsabilidad penal de las personas jurídicas públicas, no ha tenido un amplio progreso doctrinario en materia penal, especialmente a lo que se refiere a la responsabilidad del Estado por la actuación de sus agentes. Justamente, esta ausencia, se debe a que el mismo Estado es el encargado de imponer sanción punitiva, tanto civiles como penales, en caso de faltas por lo que, se consideraría contradictorio que sea el mismo Estado quien autoimponga sanciones aun cuando exista la división de poderes (Artículo 3 Constitución Nacional)¹⁵⁶ y mucho más, considerando que,

¹⁵⁶ El Artículo 3 de la C.N. dispone: “DEL PODER PUBLICO. El pueblo ejerce el Poder Público por medio del sufragio. El gobierno es ejercido por los poderes legislativo, Ejecutivo y Judicial en un sistema de separación, equilibrio, coordinación y recíproco control. Ninguno de estos poderes puede atribuirse, ni otorgar a otro ni a persona alguna, individual o colectiva, facultades extraordinarias o la suma del Poder Público. La dictadura está fuera de ley”. Por lo que es necesario proceder a un análisis armonioso de la Constitución Nacional, que claramente en su Artículo 238 inc. 1, al Poder Ejecutivo le corresponde la administración general del país, en tanto que al Poder Judicial le incumbe decidir en los actos de carácter contencioso -Artículo 248 y el Poder Legislativo será el encargado principal de efectuar la tarea legislativa –Artículo 202 inc. 2.

el Poder Judicial, quien es el encargado de dirimir en caso de conflicto de intereses, tenga garantizada su total independencia otorgada por la disposición constitucional del artículo 248.

Sin embargo, la principal barrera que encuentra la doctrina para la imposición de penas a las personas jurídicas públicas, deriva de las dificultades que se dan en al momento de estudiar la aplicación de la reprochabilidad y de la imposibilidad que puedan presentarse al momento de cumplir con la finalidad de las penas.

Estos temas fundamentales, serán abordados con mayor hondura en capítulos posteriores, en los que buscará determinar; cuál es el alcance de la reprochabilidad de las personas jurídicas y por sobre todo si la función natural de las penas serán plasmadas efectivamente al momento de que sean aplicadas a las personas jurídicas públicas.

En la actualidad, encontramos que, existe una tendencia que busca atribuir responsabilidad penal a los partidos políticos y a los sindicatos (personas jurídicas de derecho público), esta tendencia se da como resultado de los constantes casos de corrupción en los que éstos se encuentran envueltos, aunque todavía resulta controvertida dicha cuestión, dado el papel que ejercen, especialmente en el caso de los sindicatos.

En este contexto, se encuentra la desarrollada en España, dado que el Código Penal Español, con la reforma de la Ley Orgánica N° 7/2012, que modifica la Ley Orgánica N° 10/1995, en lo que hace a la materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal

y en la seguridad social, determina la responsabilidad penal de los partidos políticos y de los sindicatos, consagrando en su artículo 304, Título VIII (BIS), la regulación sobre los *delitos de financiación ilegal de los partidos políticos* “...5. Las mismas penas se impondrán cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, una persona jurídica sea responsable de los hechos. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33...”.

Tal es así que; las sanciones que pueden imponerse a tenor de lo consagrado en el artículo 33 son:

- la disolución de la persona jurídica y;
- la intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores.

En este sentido, también encontramos que la legislación penal francesa de 1995, ha admitido la responsabilidad penal de determinados entes públicos, basándose en el principio de igualdad, por lo que éstas deben someterse al derecho penal al igual que las personas privadas. Así, el *Artículo 121-2* dispone: “*Las personas jurídicas, a excepción del Estado, serán penalmente responsables, conforme a lo dispuesto en los artículos 121-4 a 121-7, de las infracciones cometidas, por su cuenta, por sus órganos o representantes. Sin embargo, los entes territoriales y sus agrupaciones sólo serán responsables penalmente de las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de convenios de delegación de servicio público. Sin perjuicio de lo dispuesto por el párrafo*

cuarto del artículo 121-3, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas autoras o cómplices de los mismos hechos.”.

A tenor de lo dispuesto por esta normativa, surge claramente qué; se exime al Estado de responsabilidad pero, se otorga cierta responsabilidad -bajo determinadas circunstancias- a los entes y agrupaciones territoriales. Por lo que, en razón de lo expuesto líneas arriba, podemos afirmar que la legislación penal francesa admite, de forma limitada la responsabilidad penal de las personas jurídicas públicas, pues solo se centra a las entidades gubernamentales y en determinadas situaciones, no siendo susceptible de sanción los órganos principales del Estado.

2-Posiciones encontradas respecto a la admisión de la responsabilidad penal pública

2.1. Tendencias a favor

Esta tendencia, a favor de la admisión de la responsabilidad de las entidades públicas encuentra justificaciones a su posición en; la defensa social o dicho en otras palabras la defensa de los intereses de la sociedad, tal como se estará señalando a lo largo de este trabajo. No obstante, al ser el Estado el órgano encargado de proteger a la sociedad e incluso de imponer sanciones, encuentra algunas dificultades al momento que la aplicación de las sanciones tengan la eficacia requerida.

Razón por la cual, esta responsabilidad, sería considerada solamente en relación a aquellas

entidades que cumplen *funciones públicas delegadas*¹⁵⁷, que en palabras de Alfredo Galán Galán y Cayetano Prieto Romero, vemos que; el aumento de este tipo de delegaciones tiene lugar por; “...la *falta de medios de la administración, tanto materiales como personales. Una manera de disminuir el volumen de trabajo a realizar es descargar parte de las labores en entidades privadas que colaboren con la administración. En segundo lugar, la falta de conocimientos técnicos de la administración. Algunos sectores presentan actualmente un alto grado de complejidad técnica. Complejidad que se predica tanto de las actuaciones de control a realizar, como de la normativa sectorial cuyo cumplimiento debe ser objeto de control. Este hecho explicaría que la administración buscase la colaboración de entidades especializadas en el sector. Y, por último, la mejora de la calidad y de la eficacia en la gestión. Se entiende que, dadas las características de la intervención que debe realizarse en determinados sectores, su encomienda a una entidad colaboradora redundará en un incremento tanto de la calidad como de la eficacia de las actuaciones que se realicen*”¹⁵⁸.

Un claro ejemplo de funciones públicas delegadas tiene lugar con las corporaciones profe-

¹⁵⁷ La delegación de competencia tiene lugar cuando el órgano administrativo- quien legítimamente es el que ostenta la competencia- resuelve, transferir el ejercicio de todo o parte de la misma a un órgano inferior. En el caso particular, se refiere a las entidades privadas que colaboran con la administración en el ejercicio de funciones públicas.

¹⁵⁸ Galán Galán, Alfredo y Prieto Romero, Cayetano. “*El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*” Pág. 66, Anuario de Derecho Municipal 2008 Madrid, 2009.

sionales que cumplen funciones de control de las actividades profesionales, esta intervención de los colegios profesionales, señalan Alfredo Galán Galán y Cayetano Prieto Romero; *podría tener lugar de dos maneras distintas. La primera es directamente: el propio colegio pretende asumir la condición de entidad privada colaboradora. Y la segunda es indirectamente: el colegio, en solitario o bien junto a otros, pretende crear una entidad privada que asuma la condición de entidad privada colaboradora*¹⁵⁹.

Sin embargo, este tipo de responsabilidad encuentra limitaciones al momento de establecer cuando estas entidades actúan con carácter de función pública y cuando éstas, no colaboran en el ejercicio de ninguna función pública.

2.2. Tendencias en contra

Por otra parte, se encuentran quienes se oponen a la admisión de la responsabilidad penal de las entidades públicas, sosteniendo la falta de reprochabilidad de estos entes, pues no poseen la capacidad intelectual de conocer la antijuridicidad del hecho imputado, a la par de argumentar la imposibilidad de dar cumplimiento a los fines de las penas, teniendo en cuenta que, en este caso, no se posible lograr la readaptación del condenado.

Así mismo sostienen que al ser el Estado el titular del poder punitivo, sería un despropósito que el mismo se imponga una sanción y que la misma

¹⁵⁹ Ídem. Pág. 69.

incidiría de forma negativa en la correcta ejecución de las funciones que éste tiene encomendado.

Las legislaciones que excluyen la responsabilidad penal de las personas jurídicas públicas sostienen que los siguientes entes se encuentran fuera de la imputación de la responsabilidad:¹⁶⁰

- 1- Estado;
- 2- Administración Pública;
- 3- Organismos reguladores;
- 4- Agencias y entidades públicas empresariales;
- 5- Organizaciones internacionales.

En efecto, encontramos que el artículo 31, apartado 5 dispone del Código Penal Español establece: *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas, no serán aplicables al Estado, Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales o ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general”*.

¹⁶⁰ Italiana, suiza, danés entre otras legislaciones.

3- Responsabilidad civil estatal en la legislación paraguaya

Como ya hemos visto, en nuestra legislación paraguaya, solo se prevé la *responsabilidad civil* estatal en dos supuestos:

- a) daños causados por actos legítimos de la autoridad;
- b) por error judicial y la responsabilidad subsidiaria o indirecta por las irregularidades cometidas por sus funcionarios, en caso de insolvencia de los funcionarios.

En el primer caso sería, en el supuesto en el que el Estado es el sujeto pasivo por los daños causados por las *actividades legales* de la Administración Pública o en hechos emergentes de sus actividades riesgosas, encontrando amparo legal en lo consagrado en el artículo 39 de la Constitución Nacional.

Mientras que en el segundo supuesto sería en virtud a lo consagrado en el artículo 17 de la Constitución Nacional que establece: “De los Derechos Procesales en su inc. 11), la obligación que tiene el Estado de indemnizar en los casos en que se produzca una condena a consecuencia de un error judicial, y, por último la responsabilidad penal del Estado por las actuaciones punibles de sus funcionarios, cuya responsabilidad sería de forma indirecta o subsidiaria en caso de insolvencia del agente que ha cometido una actividad irregular y con ello ha ocasionado un daño a un particular esto conforme a lo que enuncia el artículo 106 de nuestra Constitución Nacional.

Sin embargo, nuestra legislación no contempla la posibilidad de atribuir responsabilidad a las entidades asociativas privadas que desempeñen funciones administrativas delegadas, como sí lo admite la legislación penal francesa referida anteriormente.

4- Síntesis

En este orden de ideas podemos inferir el siguiente resumen.

- 1.- La admisión de la responsabilidad penal del Estado no existe en la legislación paraguaya, pero si se admite la responsabilidad civil de la misma en los siguientes supuestos: 1) daños causados por actos legítimos de la autoridad; 2) por error judicial y la responsabilidad subsidiaria o indirecta por las irregularidades cometidas por sus funcionarios, en caso de insolvencia de los funcionarios.
- 2.- La admisión de la responsabilidad penal del Estado por la actuación de sus funcionarios en principio, tropieza con dificultades en la dogmática penal, ante la irreprochabilidad de sus actos y por la imposibilidad en el cumplimiento de los fines de las penas.
- 3.- En la legislación comparada analizada precedentemente, se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas públicas, siempre y cuando éstas desempeñen funciones públicas delegadas, excluyendo al Estado en la responsabilidad penal.

CAPÍTULO VII

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS

Teniendo en cuenta que en los últimos años, el auge de la globalización, de la conformación de sociedades modernas, y de la tecnología, influyen significativamente en el gran incremento de las actividades delictivas desplegadas por las personas jurídicas, donde las corporaciones empresariales han tenido una fuerte intervención en la comisión de tales actividades, y que constituyen un problema esencial para su regulación normativa, particularmente para el derecho penal económico, que justamente, tiene como objeto; la prevención de la criminalidad económica- entendida esta como criminalidad contra el patrimonio y la propiedad-, es que se hace imperiosa la necesidad de ahondar aún más el tema de la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito de los delitos económicos.

Esta dificultad en mantener el orden, como hemos expresado más arriba, resulta lógica si consideramos que, el aumento de las sociedades mercantiles generan numerosas oportunidades para delinquir en el ámbito empresarial, esto, como consecuencia de la delegación de deberes o funciones administrativas, y lo que desemboca en el incumplimiento de tales de-

beres, es lo que puede conocerse como “riesgos de la modernización”.

En efecto los delitos perpetrados en el ámbito de una empresa, exponen diversos problemas relacionados entre los que se identifican:

- a) falta de determinación normativa de las competencias;
- b) la imputación jurídico-penal y;
- c) la identificación del verdadero responsable.

Estos temas, como se verán a continuación, son los que han dado lugar a innumerables objeciones y discusiones para determinar la imposición de sanciones a las personas jurídicas. Sin embargo, este escenario abrió camino para que algunas legislaciones desarrollen presupuestos tendientes a sentar las bases para la reglamentación de las actividades delictivas provenientes de las sociedades comerciales.

1- Principio *societas delinquere non potest*

Este principio también conocido como *universitas delinquere nequit*, que, como bien ya hemos visto en páginas anteriores, ha sido una constante en varios países europeos y de América Latina, no admite imponer sanción a las personas jurídicas ni a las asociaciones sin personalidad, siendo solo admisible la aplicación de sanciones administrativas. Esta concepción ha sido, por mucho tiempo, el principio dominante en la mayoría de las normas, como también en la discusión política – criminal relativa a la mejor estrategia de prevención y represión de las conductas antisociales que involucran a los entes colectivos.

Pero, la persistencia en la necesidad de su regulación, hace que en la actualidad existan sistemas normativos que han admitido la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como los anglosajones y las legislaciones que han recibido su influencia. No obstante, pudo advertirse la creciente influencia de abandonar el *principio societas delinquere potest* en países de Europa continental como Holanda, y en fecha muy reciente Francia, como consecuencia de la reforma de Code Pénale de 1992, y Dinamarca en ocasión de la reforma del Código Penal en 1996.

En cambio, en América Latina esta teoría aún no ha logrado desarrollarse; las sanciones no sobrepasan de las que son de carácter meramente administrativas o civiles subsidiarias por parte del Estado como es el caso de nuestro país.

Sin embargo, la tendencia de la admisión de la no responsabilidad, encuentra excepciones en varios países de América, como el caso de Cuba, Costa Rica, México, Chile, Argentina, pero luego de la adopción de nuevos códigos en los años setenta por los dos primeros, se vislumbra en estos un cambio de paradigma.

En el caso mexicano, podemos mencionar el artículo 11 del Código Penal, el cual establece: *Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, de-*

cretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública. Como bien puede apreciarse, la norma transcrita establece la posibilidad de aplicar una sanción a la persona jurídica, pero esta se encuentra subordinada a la conducta del agente o representante de la empresa, por lo que, dentro de la normativa mexicana, no es posible asumir que los hechos delictivos, tengan una imputación directa en la responsabilidad al ente.

Otro ejemplo más actual, de cómo va desarrollándose la idea de responsabilidad penal de las personas jurídicas, la encontramos en Chile, que con su Ley N° 20393 del año 2009, “*Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho...*”, en la que enumera un elenco cerrado de delitos, indicando cual sería la regulación para atribuir la responsabilidad penal, esto es:¹⁶¹

- a) que el ilícito sea cometido en interés o provecho de la persona jurídica;
- b) por los dueños, ejecutivos principales o dependientes directos de estos y;
- c) siempre que dicha comisión sea consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión de la persona jurídica.

En el artículo 5 de la mencionada ley, por su parte se regula la responsabilidad independiente tanto de las personas físicas como jurídicas.

¹⁶¹ Véase: Artículo 3 de la Ley N° 20393/09.

Ahora bien, tras varios intentos por modificar el catálogo de delitos mencionado precedentemente, recién con la Ley N° 20.931/16 consiguió introducir como delito-base la receptación¹⁶², sin que ello fuera el objetivo original y con la Ley N° 21.121/18, se suman al catálogo; los delitos de apropiación indebida, negociación incompatible, los nuevos delitos de corrupción entre particulares, el tráfico de influencias entre particulares y la administración desleal. *Dicha ampliación está lejos de constituir una expansión imprevista de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que consolida una tendencia general que se aprecia tanto en los anteproyectos de Código Penal que han sido elaborados en este período como en el derecho comparado*¹⁶³.

En cuanto a las sanciones se tienen la disolución o cancelación de la personalidad jurídica, prohibición de celebrar actos o contratos con el Estado, pérdida parcial o total de beneficios fiscales y multas a beneficio fiscal, y la Ley N° 21121/18, aumenta el máximo de multas aplicables de 20.000 UTM a 300.000 UTM; y adiciona como penas accesorias; la pena de comiso por equivalencia y el comiso de las ganancias que se hubieren obtenido del ilícito.

¹⁶² El delito de receptación, constituye un delito contra la propiedad. Para su configuración requiere que sea perpetrado por quien detente en su poder la propiedad conociendo su origen o debiendo saberlo- cosas hurtadas o robadas; o compre, venda o comercialice especies hurtadas o robadas.

¹⁶³ “La ampliación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como un desafío para los programas de cumplimiento” en:<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2018/11/28/Laampliacion-de-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-como-un-desafio-para-los-programas-de-cumplimiento.aspx?disp=1>

Por su parte, Argentina, al igual que la mayoría de los países latinoamericanos, no contemplaba en su Código Penal, la responsabilidad de atribuir responsabilidad a las personas jurídicas, aunque, ciertas leyes especiales como el Código Aduanero; la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la ley 19.359 de Régimen Penal Cambiario, habilitaban la responsabilidad penal para las personas jurídicas. Recién con la Ley N° 27.401/18, se dispone que las personas jurídicas puedan tener responsabilidad penal en los siguientes delitos:

- Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional¹⁶⁴.
- Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas¹⁶⁵.
- Concusión. (usar en beneficio propio el dinero o bienes exigidos a otra persona con abuso del cargo)¹⁶⁶.
- Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados¹⁶⁷.
- Balances e informes falsos agravados¹⁶⁸.

La mencionada ley, establece que para que se configure estos delitos, las personas jurídicas deben intervenir directa o indirectamente en su realización y que la misma sea en interés o beneficio propio. Dispone también que en caso de que el delito en beneficio

¹⁶⁴ Véase: Artículos 258 del Código Penal.

¹⁶⁵ Véase: Artículo 265 del Código Penal.

¹⁶⁶ Véase: Artículo 268 del Código Penal.

¹⁶⁷ Véase: Artículos 268, 1) y 2) del Código Penal.

¹⁶⁸ Véase: Artículo 300 del Código Penal.

o interés de la persona jurídica lo cometa un tercero que no puede representarla pero la persona jurídica ratifica o tolera lo efectuado por lo que esta ley importa un cambio fundamental.

De esta manera, las normativas penales de Argentina, prevén, amén de la imputación penal de las personas físicas, la de las personas jurídicas en cuyo nombre, interés o beneficio, o con su intervención se hubiere cometido uno de los delitos establecido en el elenco expuesto líneas arriba.

Por su parte, las penas previstas son; la multa; la suspensión total o parcial de actividades; suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado; la disolución y liquidación de la personería cuando fue creada al solo efecto de la comisión del delito o el delito fue su principal actividad; la pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tiene la persona jurídica y la publicación de una síntesis de la sentencia que la condena a costa de la persona jurídica.

2- Las exigencias político-criminales y la contradicción ante la no admisión de la responsabilidad de las personas jurídicas

Como puede apreciarse, el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es sujeto a diversas corrientes de pensamientos generados a través de la polémica que gira en torno al mismo.

Así, encontramos, otro grupo que rechaza la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las per-

sonas jurídicas, fundamentan su razonamiento en que las penas impuestas a los encargados de la administración resultan más que suficientes a los efectos preventivos y que en ocasiones resulta imposible identificar a la persona jurídica cuya decisión pueda otorgarle la caracterización de autor.

También alegan que en muchos casos, no existe coincidencia entre el sujeto que realizó la acción y quien obtuvo el beneficio, teniendo en cuenta que al efecto, se exige que la persona jurídica haya podido obtener algún beneficio por esa acción y que en diversas circunstancias no es posible acreditar con certeza, si la comisión de un delito efectivamente fue en interés de la misma.

Dentro de las sociedades empresariales, la envergadura de las funciones, conllevan necesariamente a que se proceda a la división o delegación de las funciones, lo que en muchas ocasiones es causal de impunidad, dada la dificultad que trae aparejada para detectar y probar las responsabilidades emergentes de las actividades que conllevan.

Las sociedades tienen funciones lícitas, pero en las cuales pueden encubrirse determinados hechos delictivos como el caso del lavado del dinero.

Al generarse entonces un parcelamiento de la actividad en fragmentos de conducta realizados por diversas personas, se plantean dos dificultades que desembocan problemas en el ámbito jurídico – penal, por un lado se debe plantear hasta qué punto el representante de la empresa puede ser perseguido como tal y por el otro lado hasta qué punto la empresa puede ser responsable penalmente.

Amén de estas razones, argumentan también, el factor criminológico que muchas veces está dado por la función que cumple el individuo (administrador, encargado) dentro de la empresa, por lo que se cree que el sucesor de ésta replicará el mismo comportamiento si se siguen facilitando determinadas conductas.

Volviendo a uno de los puntos más resaltantes en el marco de la discusión sobre la responsabilidad o no de las personas jurídicas; la naturaleza de las penas que pueden ser impuestas, aun cuando existiesen sanciones que les son aplicables, como por ejemplo, lo que establece el *artículo 11* del Código Penal Mexicano. Al respecto, hay quienes sostienen que la misma no es una pena en sí misma sino que constituye una medida de seguridad. Argumentan que, el artículo mencionado es fundamento para sostener la capacidad de las personas de existencia ideal.

Prosiguiendo con la discusión de las penas, quienes niegan la responsabilidad, sostienen que al imponer este tipo de sanciones se estaría contraviniendo con la función misma de la pena, aun ante una eventual imposición y que esta implique una disminución de su patrimonio o en una restricción en su actuación, la persona jurídica al ser un ente de existencia ideal no podrá sentir o sufrir la pena y por ende no se lograría el fin fundamental, es decir; la readaptación del condenado.

También podemos utilizar como ejemplo el *artículo 129* del Código Penal Español, el cual introduce, la aplicación de penas accesorias. Esto a tenor del pensamiento de algunos teóricos, no es considerado una pena en sí misma sino circunstancias accesorias de una sentencia condenatoria. En incluso van más

allá al considerarlas como medidas de seguridad, sin tener en cuenta que las mismas pueden configurarse como penas por el efecto sancionador que tienen las mismas. Por lo expuesto la discusión se genera en la dificultad de resolverse si lo conveniente es utilizar penas, medidas de seguridad o sanciones administrativas a las personas jurídicas que comentan hechos delictivos.

Otra polémica que surge nuevamente, es la que tiene que ver con la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, por un lado se encuentran quienes han respetado la teoría clásica de culpabilidad pero, creando otra teoría aplicada exclusivamente a las personas jurídicas. En cambio por el otro lado tenemos quienes han creado una teoría aplicada para las personas físicas y jurídicas.

Quienes niegan la posibilidad de imputación de la culpabilidad sostienen que la base de dicha imputación es la libertad de decisión de las personas. Una cuestión de política criminal que gira en torno a la elección de la estrategia preferible para prevenir, y en su caso reprimir, los hechos delictivos en el cual son las personas jurídicas quienes las cometen. En este sentido, mediante un examen del derecho positivo que procedimos a efectuar, es indiscutible que el principio dominante es el que se traduce en la *máxima societas delinquere non potest*.

No obstante, las nuevas demandas, exigen cada vez más rever este paradigma en pos de mejorar la regulación de las actividades efectuadas en el marco de las personas jurídicas privadas y principalmente, con el fin de garantizar la protección de la sociedad.

3- Consecuencias jurídicas a ser consideradas en la sanción administrativa

Como hemos visto, la estrategia más utilizada con el fin de controlar las conductas ilícitas cometidas en el marco de las actividades empresariales, consiste en apelar a las normas del derecho penal administrativo, el cual posee finalidad más bien de carácter preventivo, de manera que consideran innecesaria la aplicación de penas.

En este sentido, nos avocamos nuevamente al modelo alemán, adoptado en la Ley Federal de Contravenciones o infracciones Administrativas (OWIG), cuyas consideraciones son las siguientes:

- a) En la sección 30, establece, la aplicación de sanciones de carácter accesorias conocidas como *multas empresariales*, entendidas estas como castigos aplicables a las sociedades bajo la condición de que en la ejecución del acto haya intervenido un representante de la persona jurídica y que esta actividad esté estrechamente relacionada con el fin de la empresa sea que estas violen sus deberes u obtengan un beneficio; esta misma regla rige con el grupo de personas quienes operan de hecho, sin haber formalizado la sociedad.

En esta misma sección en su apartado 1 regula cuales son los requisitos para la aplicación de las multas entre las que se pueden mencionar:

1. quien pertenezca a una sociedad personalista sea en carácter de órgano con poder de representación o como miembro de la junta directiva;
2. socio con derecho de representación de una sociedad con capacidad jurídica;

3. como apoderado, procurador, apoderado gerente de una persona jurídica;
 4. como cualquier otra persona encargada de la representación de la empresa que se encuentre en el puesto 2 ó 3 en la cadena de mando.
- b) En la sección 9, por su parte, busca solucionar el tema de la impunidad de las personas jurídicas, estableciendo que tanto las personas físicas como las jurídicas serán imputables. Esta responsabilidad se extiende a quienes actúen en nombre de la empresa sea esta de forma legal o incluso voluntaria.

Especial mención debemos realizar a modo de evitar confusiones, pues por un lado tenemos a quienes actúan por hecho propio y quienes actúan en representación de la empresa, siendo susceptible de sanciones cuando hayan violado un deber y con el hayan querido o logrado un enriquecimiento.

- c) El artículo 130, se refiere, a una contravención mediante un tipo propio de omisión. Se aplica así una sanción administrativa al propietario o titular de una empresa que dolosa o culposamente omitiese adoptar las medidas de vigilancia necesaria para evitar infracciones sancionadas con pena o multa contravencional siempre que cumplan dos presupuestos:
- 1) que se encuentren vinculadas a la actividad de la empresa y;
 - 2) si se acredita que la aplicación de la vigilancia debida hubiera evitado el delito o falta correspondiente.

Esta última circunstancia, ha sido introducida en la modificación realizada en el año 1994, con el fin de disminuir las exigencias de la imputación del resultado. En esto mismo es necesario destacar que la realización de una infracción por parte de un subordinado no constituye un resultado de la conducta prohibida, sino una condición objetiva para la aplicación de una sanción, la cual no amerita ser cubierta con el dolo del propietario.

Por regla general solo se pretenden castigar los actos consumados. Sin embargo en la sección 13, también castiga la tentativa, sin imponer sanciones en el caso que el autor procure la no realización del resultado.

Sin embargo, el hecho de utilizar el derecho penal administrativo como solución preventiva de los hechos ilícitos que involucran a las empresas, no puede fundamentarse en el principio de subsidiariedad, en el cual el Estado opta por la aplicación del derecho penal criminal cuando las medidas preventivas no han logrado con sus funciones.

Quienes se encuentran en contra de este principio, sostienen que la aplicación del derecho penal en estos supuestos, constituye un medio más leve o menos incisivo, que el control efectuado en el campo jurídico – administrativo.

En este sentido, conforme a los escasos antecedentes positivos que encontramos en América Latina y considerando que, la distinción entre los delitos y las infracciones, son simplemente cualitativas.

Esto no trasciende lo puramente semántico, pues lo único que las distingue es el órgano del Estado que se encarga de aplicarlas y el objeto que lesionan;

- el primero infringe un bien jurídico;
- el segundo infringe un bien administrativo.

En cambio quienes se encuentran a favor del principio de subsidiariedad, sostienen que si aplicásemos el derecho penal, debería ser una intervención mínima, pero no de todo el derecho penal sino solamente aquella que se refiere a la pena privativa de libertad.

Así mismo consideran que *“las infracciones de las normas que rigen la vida económica y que, a su vez, representan un peligro para la vida o para otros intereses personales deben ser sancionadas a través del Derecho penal, pues en las sociedades modernas la valoración ético-social de estos comportamientos requiere su sanción a través de leyes penales en sentido estricto, pues representan lesiones del bien común de tal gravedad que la confianza en la vigencia de normas que lo protegen en esos ámbitos no puede ser garantizada de otra manera”*¹⁶⁹.

Por su parte Roxín sostiene que, los hechos punibles y las sanciones administrativas no discrepan por la existencia o falta de una lesión jurídica, pues ambos tienen como resultado una infracción a la norma.

El derecho penal administrativo hasta aquí debemos entenderlo como el conjunto de normas que regulan las sanciones de carácter administrativas, es decir que el ámbito de aplicación es exclusivamente en la Administración. Para la sanción por ejemplo de las contravenciones, por su parte el derecho penal

¹⁶⁹ PEREZ DEL VALLE, CARLOS. *“Curso De Derecho Penal Económico”*. Editorial Marcial Pons. Pág. 19. España, 1998.

busca prevenir y reprimir la delincuencia que vulnera el orden normativo general.

Sin embargo, coincidimos plenamente en que; “... *en el ámbito del derecho sancionador —es decir, del ius puniendi del Estado— rigen los mismos principios rectores tanto para el Derecho penal como para el Derecho administrativo sancionador: principio de legalidad y principio de culpabilidad, y todas sus consecuencias. Por tanto, es difícil sostener que las personas jurídicas pueden responder por infracciones administrativas y, sin embargo, no hacerlo en virtud de un delito*”¹⁷⁰.

La problemática que presentan muchas veces, los sistemas que se inclinan en controlar las conductas ilícitas cometidas en el marco de las actividades empresariales, a través del derecho penal administrativo, es que justamente este, reviste un carácter autónomo - logrado con la sistematización de la misma (independencia normativa entre ambas)- por lo que podría ocasionar cierta inseguridad jurídica, por el abandono de los principios conocidos como garantizadores, como el de legalidad y el de retroactividad de la ley penal más benigna.

En efecto, esta autonomía del derecho penal administrativo, ha implicado que se produzca un reemplazo parcial de los órganos del Poder Judicial por tribunales administrativos, cuya dependencia del poder administrador, consideramos; afecta seriamente su imparcialidad, como sucede en el caso de España, donde los Tribunales Económicos –Administrativos

¹⁷⁰ BACIGALUPO, SILVINA - LIZCANO, JESÚS. “Responsabilidad Penal y Administrativa de las Personas Jurídicas en Delitos Relacionados en la Corrupción”. PROGRAMA EUROSOCIAL. Pág. 42, 2013.

(los que si bien son órganos que se integran el Ministerio de Hacienda) poseen autonomía funcional, pero no se constituyen en órganos jurisdiccionales sino que posterior a su intervención dejan abierta la vía para acudir a la justicia. Esto tiene lugar, en los casos en que se logra arribar a un acuerdo con la imposición de tributos o sanciones.

Pero, aun teniendo autonomía funcional, el hecho de estar subordinado al Poder Ejecutivo genera una gran duda respecto a la imparcialidad de estos órganos. Esta circunstancia hace, que quienes se encuentran a favor del principio de subsidiariedad, planteen como una posible solución, en la lucha contra la criminalidad, que la imposición de sanciones administrativas, tengan lugar dentro del campo de los jueces penales.

Otra corriente a favor de utilizar como método preventivo la utilización de sanciones administrativas, utiliza como fundamento; el criterio de la utilidad, teniendo en cuenta la poca practicidad que conlleva el hecho de sustituirlas por penas. Argumentando con ello, el gran obstáculo que se genera, al momento de cumplir con la obligación de garantizar los derechos fundamentales de las personas, hecho que justamente no resulta exigible en el derecho administrativo.

En palabras de Pérez del Valle¹⁷¹, las sanciones administrativas tendrían determinadas ventajas sobre las penas, entre las que se mencionan las siguientes:

- la celeridad con que en el proceso administrativo, lleva a cabo la tramitación y resolución de los casos;

¹⁷¹ PEREZ DEL VALLE, CARLOS, Op. Cit.

- las sanciones administrativas poseen cierta uniformidad, respecto a determinar la ilicitud, en razón de que consideran que; puede afectar directa o indirectamente a los beneficios de la actividad económica
- el hecho de carecer del carácter estigmatizante propia de las penas.

Desde la otra perspectiva y manteniéndonos en la línea del criterio de utilidad, es menester referirnos a la utilidad de aplicar penas. Estas no solo descansan en la idea de lograr mayor eficacia, sino en el hecho de que la lucha contra grandes corporaciones no puede realizarse mediante procedimientos flexibles, porque justamente lo que se pretende evitar es la impunidad que podría surgir ante la eventual aplicación de un sistema inadecuado de normas.

Así mismo y como ya hemos mencionado anteriormente ante la eventual aplicación de un procedimiento administrativo se estaría dejando de lado garantías procesales, circunstancia inadmisibles si aun cuando el proceso se efectúe en contra de una persona jurídica.

4- La pena y la medida de seguridad como sanciones aplicables a las personas jurídicas

Es sabido que la mayoría de las legislaciones penales, en el ejercicio del *ius puniendi*, establecen el sistema de la doble vía (derecho penal dualista), es decir, la aplicación tanto de penas como de medidas de seguridad. Las primeras encuentran fundamento como respuesta a los trasgresiones del pasado; mien-

tras que las segundas, se orientan a prevenir -a futuro- la comisión de hechos punibles.

Es de señalar que; pena y medida de seguridad se asimilan en que, ambas son restricciones de derecho impuestas coactivamente por el Estado. En cambio, a modo de diferenciarlas, el catedrático español Agustín Jorge Barreiro expresa que *entre ambas sanciones penales; toda pena supone la culpabilidad del autor en la comisión del hecho y toda medida de seguridad, por el contrario, presupone una peligrosidad futura del autor*¹⁷².

La tendencia que se inclina a favor de aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se bifurcan entre las que plantean aplicar sanciones administrativas y las que consideran como sanción preferible como sanción, a la pena.

Sin embargo, también en distintas legislaciones se acepta la idea de imponer medidas de seguridad a estas instituciones. Es así que al momento de sancionar a una corporación, igualmente resultan aplicables las teorías tradicionales que fundamentan el poder punitivo del Estado.

La prevención general negativa, tiene un contenido intimidatorio y refuerza el efecto disuasivo de no realizar un delito, ya que acentúa su idea en la amenaza de una sanción. En cambio, la prevención general positiva, busca principalmente el bienestar y protección de la sociedad, por ello, incluso si son impuestas a las personas jurídicas, alcanzarán ese fin.

¹⁷² BARREIRO, AGUSTÍN JORGE. *“Las medidas de seguridad en el derecho español: un estudio de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social de 1970, y de la doctrina de la sala de apelación de peligrosidad”*. Pág. 94. Editorial Civitas, España, 1976.

Asimismo, debemos considerar que, por efecto de la prevención especial negativa es innegable que, la aplicación de una multa puede ser útil para evitar la reincidencia de conductas ilícitas por parte de la empresa, o bien, la aplicación de sanciones más severas sería factible a través de; la suspensión, intervención o hasta disolución de la entidad económica. Sin embargo, la prevención especial positiva, resultaría la más conveniente, en razón de que persigue una cultura empresarial que desarrolle su actividad sin cometer hechos delictivos, en cierto modo como una resocialización.

La doctrina contemporánea de la pena como retribución, tiene como función principal establecer pautas de proporcionalidad entre el ilícito y la magnitud del castigo. En ese orden de ideas, vemos que es totalmente válido el pensamiento de sanción acorde al delito cometido, inclusive, a través de las personas jurídicas.

En esta hipótesis, la pena recaería sobre la persona jurídica en sí, porque se trata de una persona distinta de los individuos que la componen, de la misma forma como operan las sanciones civiles o administrativas.

Debido a que resulta inaplicable privar de libertad a las corporaciones con el fin de resocializarlas, dado que carecen de dignidad y voluntad propia, existen y se sugieren otras especies de sanciones en el derecho comparado anglosajón y continental europeo.

Por ejemplo, en Estados Unidos; las sanciones abarcan desde multas, indemnizaciones, servicios a la comunidad, vigilancia a la empresa, prohibición de participar en determinadas actividades comerciales, programas de

cumplimiento especiales que el juez estime necesarios para reparar el daño causado o para evitar amenazas de daño futuro, y confiscación de bienes.

En Bélgica; existen multas, confiscación de bienes, prohibición de llevar a cabo actividades específicas, la censura pública y la disolución de la entidad empresarial, si ésta se creó con el propósito de cometer delitos. En caso de delitos específicos, también existe la pena de prohibición de participar en licitaciones de compras públicas.

En España, se establecen varias sanciones que pueden imponerse a una entidad corporativa, tales como: multas según el daño causado o los ingresos obtenidos, disolución de la persona jurídica, suspensión de actividades por hasta cinco años, cierre de los locales y establecimientos por un período de hasta cinco años, prohibición de realizar en el futuro cualquier actividad relacionada con el delito, en forma temporal por hasta 15 años o indefinida. Igualmente, impedimento de obtener subvenciones y ayudas públicas, suscribir acuerdos con el sector público u obtención de incentivos o beneficios de seguro social, por un período de hasta 15 años e intervención legal por hasta cinco años.

En Francia; la multa máxima aplicable a una entidad corporativa es de hasta cinco veces la multa aplicable a las personas. Existen penas específicas, adicionales a la multa, para casos especiales: disolución de la persona jurídica cuando esta fue creada para cometer delitos. Entre las medidas se encuentran la prohibición de ejercer; directa o indirectamente, una o más actividades profesionales o sociales, vigilancia

judicial sólo hasta 5 años, cierre de uno o más de los locales o sucursales de la empresa que hayan sido utilizados para cometer los delitos, incapacidad para participar en licitaciones públicas, prohibición de solicitar fondos públicamente, prohibición de emisión de cheques, excepto aquellos que permitan el retiro de fondos por caja para el librado o cheques certificados, y prohibición de uso de tarjetas.

Por último, también se contempla la confiscación de los objetos del delito o de los activos que sean producto del delito y publicación de la sentencia.

En Italia; la pena máxima es diferente para cada delito. El tribunal puede imponer una multa suficientemente grande para tener un impacto en la entidad corporativa.

Además de sanciones pecuniarias, las personas jurídicas pueden ser condenadas a: suspensión de licencias y autorizaciones, prohibición de llevar a cabo determinadas actividades empresariales, prohibición de suscripción de contratos y de publicidad de productos, exclusión o cancelación de financiación, condiciones especiales o pagos de sumas destinadas al bienestar de grupos generales o determinados, incautación de ganancias, e incluso de propiedades adicionales, en caso de ser necesario para alcanzar el valor de las ganancias obtenidas gracias al delito y publicidad de la sentencia.

En los Países Bajos; concurren diversas escalas de multas y también proceden penas de cierre de las actividades de la persona jurídica por un período máximo de un año o intervención temporal de la entidad corporativa por hasta 3 años.

En el Reino Unido; se aplican multas, decomiso, medidas de compensación a las víctimas e inhabilitación para licitaciones públicas. Si hay evidencia de que una empresa que ha delinquido se ha beneficiado económicamente de la ofensa, el tribunal debe considerar si aplica una confiscación.

En Alemania; se establece un régimen de responsabilidad penal administrativa, ya que en ese país prevalece la opinión de que no debe aceptarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por ser contrario a la esencia del derecho penal alemán, que se funda en la noción de culpabilidad individual. No obstante, entre las sanciones administrativas se mencionan la multa, que puede llegar hasta un millón de euros y puede aumentar si la empresa obtuvo beneficios por sobre dicho monto, las órdenes de confiscación se aplican sobre los ingresos brutos, sin deducir gastos.

Otras posibles sanciones incluyen la inclusión de la empresa en “listas negras” de empresas, quedando impedidas de recibir ofertas de autoridades públicas o contratar con estas. Otra sanción es que las empresas quedan incluidas en un registro de empresas infractoras.

El análisis precedente, nos demuestra una clara ausencia de armonía en los diversos ordenamientos desde el punto de vista de las sanciones. Algunos países optan por incluirlas dentro del sistema del derecho penal, principalmente con la pena de multa y otras medidas, en cambio, otros Estados prefieren recurrir a sanciones administrativas. Un caso especial es el de España, que dentro del Código Penal escoge el

término de “consecuencias accesorias”, diferenciándose de penas y medidas.

Pero, sin importar el nombre con el cual se denomine a las sanciones; es decir, penas, medidas de seguridad, sanciones administrativas o consecuencias accesorias, lo concreto es que, puede considerarse como parte integrante del derecho penal en sentido amplio, considerando el carácter aflictivo de estas sanciones. No obstante, al ingresar dentro de la materia penal, indudablemente le son aplicables también las garantías básicas de esta rama del derecho.

Abordando el tema de las medidas de seguridad, Claus Roxin, al respecto señala que; su primera función es preventivo-especial, ya que con su aplicación se evitan futuros hechos delictivos del sujeto al que se le impone. Junto a esta, tienen la mayoría de las medidas de seguridad también una función preventivo-general y esta es su fin secundario¹⁷³.

En lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, coincidimos con las ideas de, Miguel López Cabral, en cuanto afirma que; la medida de seguridad, obedece indudablemente al principio de prevención general. La protección de la sociedad se consigue impidiendo una futura actividad delictual de personas que la ley considera peligrosa¹⁷⁴.

En ese contexto, teniendo en cuenta que igualmente las personas jurídicas pueden ser consideradas peligrosas, dejando de lado el principio **societas delin-**

¹⁷³ ROXIN, CLAUD. “*Derecho Penal*”: Parte General, Tomo I. Op. Cit. Pág. 3/54.

¹⁷⁴ LÓPEZ CABRAL, MIGUEL OSCAR. “*Código Penal Paraguayo Comentado*”. Pág. 304. Intercontinental Editora, Asunción, 2009.

quere non potest, resultaría práctica la utilización de medidas de seguridad a las empresas, en virtud del Principio de Prevención.

Santiago Mir Puig, realiza unas conclusiones referente a las llamadas “*consecuencias accesorias*” del Código Penal Español, en las que equipara bastante la naturaleza de estas sanciones a las medidas de seguridad, tal como se conocen habitualmente. Al respecto, expresa que: “*La peligrosidad especial que pueden suponer las personas jurídicas y las empresas puede combatirse no solo mediante sanciones administrativas y civiles, sino también a través de medidas preventivas previstas por el derecho penal, similares a las medidas de seguridad en cuanto no se basan en la culpabilidad, pero peculiares porque no se basan en la capacidad de delinquir de una persona física, sino en la peligrosidad objetiva, instrumental, de la persona jurídica o empresa. Se trata de una tercera vía*”¹⁷⁵.

En el citado artículo, el catedrático español subraya que, estas consecuencias accesorias, fueron previstas con la evidente voluntad de desvincular estas sanciones del binomio delito-pena y concebirlas como medidas puramente preventivas basadas en la peligrosidad.

La diferencia sustancial se centra en qué; las medidas de seguridad se aplican a personas que han delinquido y que encierran el peligro de volver a delinquir, mientras que las consecuencias accesorias se aplican a cosas (armas, efectos del delito, beneficios

¹⁷⁵ MIR PUIG, SANTIAGO. “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Pág. 16. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Núm. 06-01., 2004.

obtenidos) o a organizaciones incapaces de delinquir pero que son peligrosas porque favorecen la comisión de delitos a personas físicas que las utilizan.

La peligrosidad es el presupuesto común de las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias, pero en estas no es la peligrosidad de una persona que puede delinquir, sino la peligrosidad de un instrumento (empresa)¹⁷⁶.

En definitiva, con el objeto de abrir camino hacia la búsqueda de imponer sanciones penales a la persona jurídica, podemos afirmar que resulta un tanto paradójico admitir que una persona jurídica pueda cometer infracciones administrativas y ser sancionada, sin embargo, negarle atribución respecto a los delitos.

En caso de verse superado el principio *societas delinquere non potest*, lo que se propone es establecer un nuevo sistema punitivo aplicable a las personas jurídicas, sin que ello conlleve prescindir de la culpabilidad de las personas físicas.

En conclusión, no se puede negar la imperiosa necesidad de política criminal de evitar la impunidad de los delitos que involucran a las corporaciones, empero, en observancia del Estado de Derecho, las sanciones deben respetar en todo momento el principio de proporcionalidad, evitando caer en una reacción estatal arbitraria.

¹⁷⁶ Ídem. pág. 4.

5- Otras pautas a ser consideradas dentro del sistema penal para la incorporación de los actos ilícitos perpetrados por las personas jurídicas

Siguiendo la línea guía, de pretender atribuir y regular la responsabilidad de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento jurídico penal, no solo debe resolverse; el mejor instrumento que utilizará, sino que además deberá regular entre otras cuestiones, las cualidades que deben reunir los hechos punibles que serán imputados a las empresas, los presupuestos a tenerse en cuenta para la punibilidad, la determinación de las personadas jurídicas afectadas, la sanciones (penas o medidas) que podrían aplicárseles, el carácter especial y los criterios a ser utilizados en el procedimiento penal.

5.1. Determinación de la fórmula. Pena

Si bien, la tendencia en muchas legislaciones, se basa en la aplicación de sanciones como reacción a las conductas ilícitas acaecidas en el ámbito de las actividades empresariales. Hemos considerado inclinarnos por aquella, que ha apuntado a la utilización de la palabra “*pena*” para referirse a las sanciones impuestas a las personas jurídicas, esto como consecuencia de los fundamentos expuestos por la política criminal.

Recordemos que, también nos hemos referido anteriormente a la posibilidad de aplicar medidas de seguridad.

El hecho de llamar “pena” a las sanciones busca más bien tranquilizar el fuero interno de quienes son objeto de dichas sanciones, esto provocó que

tanto los legisladores como los juristas no se hayan ocupado de las medidas de seguridad evitando de esa forma criterios discrecionales que pudieran resultar en arbitrariedades, por lo que dicha etiqueta puesta a las sanciones con el nombre de penas, se traduce en la elaboración de sistemas de garantías adecuadas¹⁷⁷.

5.2. Determinación de los hechos punibles aplicables en la atribución de responsabilidad

Corresponde analizar la doble problemática que se da en este punto. Primeramente es preciso determinar si a una persona jurídica se le puede imputar cualquier delito y en segundo lugar si las razones por las cuales la política criminal se fundamentan para incriminar, se reflejan sobre el conjunto de hechos ilícitos o solo en razón de un sector más reducido.

Sobre la primera problemática podemos mencionar que, los momentos para delinquir no solo se presentan en el seno de los hechos punibles considerados económicos, entendidos estos como criminalidad de la empresa, que ha sido una consecuencia propia del desarrollo industrial y dando lugar a lo que se conoce como “*sociedad de riesgo*”, de los que a su vez resultan los riesgos de la modernización. En este sentido, es pertinente resaltar que; “*La explicación de la criminalidad económica desde la perspectiva de la “sociedad de riesgos” permite afirmar su relación con la actividad económica de las sociedades modernas y negar su reducción al*

¹⁷⁷ ESTEBAN RIGHI, “*Los delitos Económicos*”. Pág. 140/141. Editorial AD –HOC, 2000. Pág. 140/141.

ámbito de los delitos contra los bienes. En ese sentido, por ejemplo, la criminalidad económica abarca ámbitos de los denominados “delitos contra las personas” y de delitos de peligro (infracciones relativas al Derecho alimentario o de medicamentos, medio ambiente, riesgos de los trabajadores) que de forma indirecta, estabilizan expectativas normativas sobre estos mismos intereses (vida, salud, integridad corporal, condiciones de vida) cuando su realización está vinculada con comportamientos propios de la actividad económica y de la empresa”¹⁷⁸.

De esto de colige que, nada obsta a que determinados actos realizados en provecho de una sociedad, ponga en peligro otros bienes jurídicos, como sucede en el caso de las empresas productoras de alimentos, los laboratorios o inclusive los desarrollados dentro de las entidades que se dedican a la industria de la construcción, como así también en la afectación del ambiente.

Sobre el segundo punto, el problema de la técnica legislativa no pasa por la delimitación de qué delitos será imputado a una empresa, sino será el definir los presupuestos que se requerirán para la imputación de la responsabilidad de las personas jurídicas. Existen opciones que resultan similares a los delitos culposos a los de omisión impropia, consagrándose un precepto genérico en la parte general del Código Penal o previéndose disposiciones específicas en algunos tipos de la parte especial, previamente seleccionados.

¹⁷⁸ PEREZ DEL VALLE, CARLOS. “Curso de Derecho Penal Económico”. Op. Cit. Pág. 21.

Tal es así que, el Código Penal Mexicano, recoge un *numerus clausus*, conforme a lo preceptuado en su artículo 11 que indica: “ *Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública*” . La cual se encuentra condicionada a aquellos tipos que se encuentren previstos en el precepto legal, método que puede ser preferible, siempre que el legislador no incurra en una omisión al prever tales supuestos.

5.3. Determinación de las Personas jurídicas destinatarias de la sanción

Existen propuestas interesantes, de las cuales consideramos resaltante la que desarrolló el Anteproyecto del Código Penal Francés, el cual adoptó mayores criterios, considerando que la incriminación de la persona jurídica no resulta suficiente si esta no tiene personería jurídica, pues en su defecto no hay base suficiente como para afirmar la existencia de una persona distinta a la de sus miembros.

Así mismo este Anteproyecto establecía que, la limitación se admitía solo para aquellas entidades de naturaleza “comercial, industrial o financiera”

excluyendo a aquellas que no posean dichas cualidades y sin hacer distinciones en función del objeto o actividad que realiza la entidad.

En este sentido, el modelo sancionador debe prever los criterios para los diferentes tipos de corporaciones existentes, sean: a) de derecho civil, como las asociaciones o fundaciones, o b) de derecho comercial, como los distintos tipos de sociedades previstas en las leyes mercantiles, o c) personas jurídicas de Derecho público.

- a) Las personas de derecho civil por un lado son las que necesitan reconocimiento por parte del Estado atribuyéndole individualidad propia distinta a aquellos que la componen, capaz de obrar por medio de sus órganos o representantes;
- b) Las derecho comercial por su parte, su personalidad está determinada por la obtención de beneficios, teniendo en cuenta las características de cada una de ellas;
- c) En cuanto a las personas jurídicas de derecho público, las que pueden ser consideradas destinatarias de sanciones serían los sindicatos de trabajadores, los colegios de profesionales y las Cámaras de comercio, la discusión en este punto se da en el tema de considerar a los entes del estado como responsables o no de la comisión de un hecho delictivo. En este punto un criterio supone la posibilidad de incluir en solamente aquellas personas que por un lado se encargan de prestar servicio a la comunidad o las que realicen una actividad igual a una persona de derecho privado pero no relativas a ejercicio de funciones públicas.

5.4. Determinación de los presupuestos para la imputación de los hechos delictivos

La imputación de los hechos delictivos perpetrados en el ámbito de las actividades desarrolladas por las personas jurídicas deberá considerar los siguientes presupuestos:

- 1) Comisión de un acto cometido por un órgano de la corporación: el dilema en este apartado se da cuando el hecho debió ser cometido dentro de los límites de su competencia o en el amparo de la representación social, los hechos antijurídicos deben ser ejecutadas en la dentro del ámbito de dirección, de una sociedad, puesto que esta se encuentra integrada por los miembros que poseen capacidad de representación jurídica, de no ser así nos encontraríamos ante la extralimitación estatutaria de la responsabilidad de la persona jurídica.

Como cualquier hecho capaz de derivar en sanción este debe encuadrarse en un tipo penal, el cual debió ser cometido sea por dolo o como consecuencia de falta de cuidado, por lo que la atribución de la responsabilidad criminal estará supeditada a la concurrencia de todos los presupuestos de punibilidad. Algunas causales que atenúen la responsabilidad del representante eventualmente, podrían beneficiar a la empresa.

- 2) Al atribuirse el primer presupuesto la responsabilidad de la corporación resulta como consecuencia de las “*reglas de atribución*”, la cual se agota en dos categorías de atribución de la responsabilidad de las personas jurídicas:

- a) Autorresponsabilidad: según esta categoría de atribución las personas jurídicas poseen capacidad de acción, culpabilidad y punibilidad independiente de las personas físicas quienes la representan o actúan en su representación. Esto induce a sostener que las empresas son directamente responsables de los hechos punibles que hayan cometido, en razón de que en estos injustos no puede aplicarse la coautoría. Según la teoría ha sostenido que solo existen determinados casos en los que se puede construir un injusto solo para la persona jurídica sería en: un caso de defecto de organización, de cultura de la empresa, administración de la empresa o el rechazo ante un injusto penalmente relevante.

En este sentido Miguel Ángel Boldova, sostiene que la mayoría de los criterios de imputación de la responsabilidad se aleja del Derecho Penal del hecho para adentrarse más al Derecho Penal de autor, donde la causal por defecto de organización podría representar un injusto propio y singular de la persona jurídica.

- b) Heterorresponsabilidad: esta atribución de la responsabilidad por su parte sostiene que el delito es cometido por una persona física el cual es trasladado a la persona jurídica, en determinadas circunstancias, es lo que se conoce en el derecho anglosajón como responsabilidad vicarial o responsabilidad por transferencia, lo que contraria con el principio de la responsabilidad penal por

hechos ajenos. Por ejemplo tenemos que un hecho ilícito cometido por el funcionario de la empresa puede ser atribuido a la persona jurídica, aun cuando no exista una decisión de su administración, si los miembros conocían que se estaba cometiendo un ilícito y no lo impidieron.

Para la Dra. María Elena Núñez Castaño *“El principal problema al que se enfrentan estos sistemas se deriva del hecho de que, a todos los efectos, no dejan de ser sino métodos para atribuir responsabilidad a la persona jurídica por un hecho ajeno, el de la persona física; y ello los convierte en sistemas difícilmente compatibles con principios tan básicos como los de culpabilidad o de personalidad de las penas”*¹⁷⁹.

- 3) En Europa la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se ha establecido bajo tres criterios a considerar:
 - a) Bélgica e Italia han acogido el sistema denominado “impropio”, el cual sostiene que las consecuencias económicas impuestas a la persona física como consecuencias del hecho punible, son impuestas de manera subsidiaria sobre la persona jurídica, por haber el autor obrado en su interés. En Italia, el sistema responde a una ley administrativa, pero permite la posibilidad a la jurisdicción penal de imponer sanción de multa por la comisión de hechos punibles

¹⁷⁹ NUÑEZ CASTAÑO, MARIA ELENA. “Seminario Internacional los Delitos Imprudentes en el Ámbito Empresarial”. Revista De Estudios De La Justicia. N° 10. Pág. 162. AÑO 2008.

- b) Dinamarca, Grecia, el Reino Unido e Irlanda y España han adoptado el sistema indirecto, el cual establece que además de la sanción impuesta a la persona física esta trae aparejada consecuencias para la persona jurídica.
 - c) Y la modalidad “propia directa”, la cual aprueba la imposición de una sanción penal a la persona jurídica, sin que exista como condición la persecución o la sanción de la persona física, ejemplo de este modelo es el adoptado por la legislación francesa y la holandesa.
- 4) Especial mención merece el derecho holandés, el cual con su “*Ley de delitos económicos*” conocida como WED, el cual consagra la responsabilidad penal de las personas jurídicas, constituyó como base del artículo 51 de su código penal, según el cual por los delitos cometidos por las personas físicas, pueden ser perseguidas y sancionadas las empresas, la persona que haya sido beneficiado con el delito así como quien haya ayudado a la comisión del mismo o cualquiera de ellas de forma indistinta. Bacigalupo haciendo un comentario sobre el artículo precedentemente mencionado sostiene “*Es condición para poder imputar el injusto a la persona jurídica que una o varias personas físicas hayan actuado en la esfera de la misma. La opinión dominante sostiene al respecto que un injusto sólo puede ser imputado a una persona jurídica, si ésta tenía el poder de disponer sobre el comportamiento punible (el llamado criterio de poder) y además aceptó o solía*

*aceptar ese comportamiento (el llamado criterio de aceptación)*¹⁸⁰.

De todo esto se colige que para la aplicación artículo 51 se requiere de los siguientes requisitos:

- 1- que la persona jurídica tenga el dominio sobre el hecho punible;
- 2- que haya admisión del comportamiento y;
- 3- que el hecho se haya realizado en el marco de las actividades de la empresa.

5) Por otra parte en Francia, en el nuevo Código Penal francés, sostiene que las personas jurídicas son punibles como autoras o partícipes, siempre y cuando la actitud delictiva esté expresamente establecida en la ley, y haya sido llevado a cabo por el órgano o su representante. El modelo francés vigente, establece determinadas consideraciones en cuanto a la responsabilidad de las personas jurídicas: a) toda persona jurídica sea pública o privada, con excepción del estado es penalmente b) si la empresa se encuentra en fase de constitución o liquidación la sanción queda excluida; c) si la empresa ha sido liquidada la sanción no será impuesta, pero si se ha castigado con multa esta será exigible aún en la fase de liquidación.

Este nuevo código establece, cuáles serán las circunstancias en que las entidades corporativas puedan incurrir en responsabilidad penal, por

¹⁸⁰ BACIGALUPO, SILVINA. Op. cit. Pág. 412.

ejemplo; con excepción del Estado, las entidades corporativas son penalmente responsables por los delitos cometidos en nombre de la entidad por parte de sus representantes, también existe la posibilidad de condenarlos por omisión o defectuosa organización aun cuando dicha organización defectuosa no pueda ser atribuida a un representante de la persona jurídica que le ha delegado funciones.

Son presupuestos de punibilidad según lo estatuido por el artículo 38, del código francés, lo siguiente: 1) voluntad premeditada de los órganos; 2) acción realizada en su nombre y 3) que se haya realizado en interés de la colectividad.

- 6) El modelo holandés en su artículo 51 prevé la posibilidad de la comisión de hechos delictuosos por parte de las personas jurídicas imponiendo como sanción la multa. Por otra parte las personas jurídicas de derecho público, según la jurisprudencia, esta responsabilidad se encuentra condicionada a que hayan actuado en el marco del desarrollo de deberes establecidos en la constitución holandesa.

Por otra parte en México, según su Código Penal en su artículo 11 puede imputarse a la corporación si el hecho delictivo fue realizado en nombre de ella o si ha obtenido algún beneficio. Así mismo permite al juez dictar la disolución o suspensión de la empresa cuando esta pudiera afectar al orden público.

5.5. Determinación de la individualización de la pena

Los conceptos de culpabilidad y acción por un lado y la pena entendida esta como; pena privativa de libertad, han sido los obstáculos para forjar la responsabilidad de las personas jurídicas como destinatarios de las sanciones penales y de los sujetos penalmente responsables.

Las pautas para determinar la proporcionalidad de la pena entre la forma del hecho y la reacción deben ser contempladas en la individualización legislativa de acuerdo a las escalas previstas para cada tipo penal tomando en consideración el dolo y la culpa del sujeto quien realizó la acción.

Para la imposición de la sanción se prevé la posibilidad de establecer agravantes y atenuantes como es el caso del Anteproyecto francés de 1978 el cual consideraba gravoso el hecho de que la agrupación haya sido creada o apartada de su objeto para facilitar la comisión del delito o como atenuante cuando la infracción es llevada a cabo por un encargado en el ejercicio de sus funciones.

Con el fin de la individualización judicial de la pena, deben considerarse determinadas circunstancias como las mencionadas a continuación:

- a. la dimensión del injusto o daño ocasionado;
- b. la concurrencia de circunstancias que hayan atenuado la determinación del autor directo del daño.

5.6. Determinación de los tipos de penas aplicables

En las legislaciones que establecen sanciones penales compatibles con la naturaleza con la de una empresa, otorgan una variedad de ellas como por ejemplo lo consagrado en el artículo 31 del Código Penal Español el cual establece cuanto sigue. *“Artículo 33. 1. En función de su naturaleza y duración, las penas se clasifican en graves, menos graves y leves. (...) 7. Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes: a) Multa por cuotas o proporcional, b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita. c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años. d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años. e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años. f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años. g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.”*

En el caso mexicano, está prevista la reparación del daño como pena criminal cuyos efectos deben recaer sobre el patrimonio de la persona jurídica. *“Artículo 32.- Están obligados a reparar el daño en los términos del artículo 29. Los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y en el desempeño de su servicio”*.

En puntos anteriores de este capítulo, hemos señalado la gran tipología de penas atribuidas a las personas jurídicas. En definitiva, insistimos en que; con el objeto de abrir camino hacia la búsqueda de imponer sanciones penales a la persona jurídica, se propone primeramente es establecer un nuevo sistema punitivo aplicable a las personas jurídicas, sin que ello conlleve prescindir de la culpabilidad de las personas físicas.

No podemos negar la imperiosa necesidad de política criminal de evitar la impunidad de los delitos que involucran a las corporaciones, empero, en observancia del Estado de Derecho, las sanciones deben respetar en todo momento el principio de proporcionalidad, evitando caer en una reacción estatal arbitraria.

5.7. Determinación del Procedimiento aplicable

En cuanto a las reglas del procedimiento, en razón que la acusada sea una persona jurídica, ostentando de este modo la legitimación pasiva, es necesario que deba ser instrumentada a través de

la persona física quien debe ser un órgano natural de representación, la que estará habilitada para prestar declaración en nombre de la persona jurídica y si lo hace, en su nombre propio, realizar careos.

Por la naturaleza del caso, no es posible la aplicación de la prisión preventiva, pero en lugar de esta, nada obsta a que el órgano jurisdiccional imponga como medidas cautelares, aquellas que sean de carácter patrimonial, observando, tal como lo indica nuestra misma ley procesal que; la imposición de la prisión preventiva solo corresponde en casos excepcionales, siendo la regla la aplicación de alguna medida menos gravosa para el acusado.

CAPÍTULO VIII

CONSIDERACIONES PARA UNA FUTURA REFORMA DEL SISTEMA PENAL PARAGUAYO EN LA BÚSQUEDA DE LA APLICACIÓN DE SANCIONES A LAS PERSONAS JURÍDICAS

1- Apreciaciones acerca del estado actual de la cuestión

Como ha quedado expuesto, es constante en la doctrina que, en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas (por sobre todo en el Derecho Penal Económico donde existe mayor discusión acerca de la existencia de la responsabilidad, es decir acarrea diferencias para la imputación jurídico - penal) rija mayoritariamente el principio *societas delinquere non potest*, el cual establece que las personas de existencia ideal no pueden ser objeto de sanción penal por lo cual solo se les podrá aplicar sanciones de carácter administrativa o de otro tipo, y que en general este tipo de sanciones son aplicadas, como hemos visto capítulo más arriba, en la mayor parte de América Latina y Europa; y en particular en nuestro país.

Insistimos en que este principio se sustenta sobre dos argumentos;

- por un lado tenemos el concepto jurídico - penal de acción, entendida como lo es en el campo de la teoría del delito. Vale decir; si el accionar del sujeto es merecedor de la intervención estatal para aplicar su poder punitivo.

Dentro de este ámbito interviene el campo volitivo y cognitivo, es decir la voluntad y el conocimiento. En el caso de las personas jurídicas, estas no poseen conciencia y voluntad y por sobre toda la aptitud de conducirse conforme a ese entendimiento.

- el otro de los argumentos se basa en la culpabilidad, que dentro de la teoría del delito podría comprenderse como, la capacidad del individuo de conocer los elementos del tipo objetivo, pero donde esta capacidad debe ser absolutamente necesaria para que pudiera advertir la antijuridicidad del hecho y de determinarse conforme a ese conocimiento.

Al respecto, quienes no reconocen la responsabilidad de las personas jurídicas, sostienen que los mismos no tienen capacidad de culpabilidad por ende no son reprochables, pues el sujeto solo puede ser penalmente sancionado cuando debiendo actuar de cierta forma no lo hizo.

En este sentido, se inclinan también en que, la doctrina sostiene que, las personas jurídicas no tienen culpabilidad ética, debido a que esta solo le es imputable a las personas físicas.

En otras palabras la culpabilidad es la reprochabilidad que se forma de la voluntad así como también es la imputación de la voluntad, todo lo que se le pueda

atribuir al individuo solo es posible tomando en consideración de cómo haya hecho uso de sus cualidades y condiciones y no desde un punto de vista ideal de *cómo pudo* haber hecho uso de ellas.

Como resultado de lo anteriormente mencionado la capacidad del individuo de conocer el hecho penalmente reprochable no puede ser un mero resultado de sus impulsos, es decir el sujeto debe ser plenamente capaz de comprender la responsabilidad que tiene sobre el acto, entendido esto como resultado de la diferenciación que realiza de los impulsos sin sentido de los que sí lo tienen.

Dentro de esta profunda discusión, como también se encuentran quienes dejando a un lado el tema particular de la responsabilidad, aceptan la posibilidad de aplicar sanciones penales a las personas jurídicas en determinadas circunstancias. Así, en la Recomendación número R (88) 18, *“Del Comité de Ministros a los Estados relativa a la responsabilidad de las empresas con personalidad jurídica por infracciones cometidas en el ejercicio de sus actividades”* propuso, que ante la gran cantidad de infracciones penales cometidas en el ejercicio de las actividades de las empresas los cuales conllevan a una gran cantidad de perjuicios tanto a particulares como a la sociedad sean sancionadas, pero sin eximir por supuesto a las personas físicas encargadas del manejo de las mismas. En el punto 7 del mismo incluso plantea cuanto sigue, *“sería conveniente prever la introducción de sanciones o medidas especialmente adecuadas para las empresas, entre las que podría incluirse, en particular: 1) advertencia, amonestación y fianza; 2) una decisión por la que se declare la responsabilidad y se dispensa*

de sanción; 3) la multa u otra sanción pecuniaria; 4) la confiscación de los bienes utilizados para la comisión de la infracción o que representen las ganancias obtenidas de la actividad ilícita; 5) la prohibición de ejercer determinadas actividades, en particular la exclusión de los contratos públicos, etc.”. Estas sanciones pueden ser aplicadas de forma conjunta o separadamente e incluso prevén la aplicación de medidas provisionales y lo más innovador sería la posibilidad de crear un registro de antecedentes penales donde, el órgano encargado de aplicar sanciones, pueda observar a través de este mecanismo, que medidas fueron adoptadas con anterioridad.

Tanto Holanda (1976) como Francia (1994) han introducido en sus respectivos Códigos Penales estas recomendaciones, no así Alemania y Grecia quienes se reservaron el derecho de ajustarse o no a dichas sugerencias.

Por su parte, el Código Penal español prevé, la posibilidad de imponer penas, consideradas como graves, a las personas jurídicas. Tal es así que en su artículo 305 de la norma penal, en su Título XIV De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social establece: “...Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años...”.

En tanto que su Capítulo III De los delitos contra la salud pública, el art. 366 dispone: “Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los

artículos anteriores de este Capítulo, se le impondrá una pena de multa de uno a tres años, o del doble al quíntuplo del valor de las sustancias y productos a que se refieren los artículos 359 y siguientes, o del beneficio que se hubiera obtenido o podido obtener, aplicándose la cantidad que resulte más elevada.”

El artículo 33, por su parte establece como consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas entre las que se puede mencionar: 1) Multas por cuotas o proporcional; 2) Disolución de la persona jurídica; 3) Suspensión de sus actividades; 4) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social; y 6) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores.

Sin embargo, antes de la reforma sufrida por el Código Penal Español, y según lo preceptuado en el artículo 15 (derogado) se podía inferir que reconocían el principio *societas delinquere non potest*, teniendo en cuenta que el precepto normativo señalaba: “*El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurra en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo*” en este sentido Gandara Vallejo, señalaba que las personas jurídicas ni tienen ni pueden tener responsabilidad penal y que pretender lo contrario va en contra de las estructuras propias del sistema de la teoría del delito e incluso de los principios constitucionales.

Sobre este punto también se han desarrollado cuestionamientos con el fin de rechazar la posibilidad de atribuir punibilidad a las personas jurídicas, en razón de que no quedado comprobado, si las penas aplicadas a las personas físicas, tendrían la misma función al ser aplicadas a las personas jurídicas, dado que las penas entre otras cosas tiene como finalidad que, el autor de un hecho ilícito, pueda sentir y sufrir la sanción impuesta, y que tal circunstancia no podría configurarse en el caso de la personas jurídicas, produciéndose con ello una exclusión de la función de las penas.

No obstante, no resulta suficiente, colocar al principio de culpabilidad como argumento concluyente para negar la posibilidad de reconocer responsabilidad penal de las personas jurídicas, más aun si se tiene en cuenta, como bien lo hemos visto anteriormente, al Código Penal español que, ha consagrado diversos incisos referentes a las penas que les podrían ser aplicadas.

Asimismo, consideramos que, la función de la pena en este contexto, no está del todo perdida, teniendo en cuenta lo consagrado en el artículo 20 de nuestra Constitución Nacional, la cual claramente señala: *“Las penas privativas de libertad tendrán por objeto la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad”*. Esto genera por tanto, la obligación de otorgar especial realce a la protección de la sociedad, en las actividades realizadas por personas jurídicas, que puedan lesionar a la misma, cuando dichas actividades configuren una acción delictiva.

Prosiguiendo en el campo de nuestro derecho positivo, la Constitución también hace mención a las personas jurídicas en el artículo 124, estableciendo cuanto sigue *“Los partidos políticos son personas jurídicas de derecho público. Deben expresar el pluralismo y concurrir a la formación de las autoridades electivas, a la orientación de la política nacional, departamental o municipal y a la formación cívica de los ciudadanos.”*, en este caso como ya lo habíamos mencionado anteriormente, si bien la intervención no es directamente en el ámbito económico, se resalta la intervención y la influencia de las personas de existencia ideal dentro de la sociedad.

Por su parte, el Título III del Libro Primero del Código Civil Paraguayo, en diversos artículos, regula el actuar de las personas jurídicas. En este sentido, el artículo 91 del Código Civil Paraguayo, si bien no define a las personas jurídicas hace una mención de ellas al establecer cuanto sigue *“Son personas jurídicas: a) el Estado; b) las Municipalidades; c) la Iglesia Católica; d) los entes autárquicos, autónomos y los de economía mixta y demás entes de Derecho Público, que, conforme con la respectiva legislación, sean capaces de adquirir bienes y obligarse; e) las universidades; f) las asociaciones que tengan por objeto el bien común; g) las asociaciones inscriptas con capacidad restringida; h) las fundaciones; i) las sociedades anónimas y las cooperativas; j) las demás sociedades reguladas en el Libro II de este Código”*. Asimismo, el artículo 92, también incluye dentro de esta clasificación a los Estados extranjeros, a los organismos internacionales reconocidos por nuestro país y a las demás personas jurídicas extranjeras.

Otro punto fundamental, se encuentra en lo regulado por el artículo 98. *“Las personas jurídicas responden del daño que los actos de sus órganos hayan causado a terceros, tratándose de una acción u omisión y aunque sea delito, cuando los hechos han sido ejecutados en el ejercicio de sus funciones y en beneficio de la entidad”.*

1.1. La responsabilidad subsidiaria de las empresas

En este sentido, surge claramente que, la normativa paraguaya regula sobre la responsabilidad subsidiaria de la empresa, por los daños que sus órganos hayan causado a terceros pero condicionando dicho accionar a dos situaciones:

1. que hayan sido realizados en el ejercicio de sus funciones y;
2. que el ente haya obtenido un beneficio.

En concordancia con la norma transcripta anteriormente, el artículo 106 de la norma fundamental establece: De la Responsabilidad del Funcionario y del Empleado Público. *“Ningún funcionario o empleado público está exento de responsabilidad. En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, son personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho de éste a repetir el pago de lo que llegase a abandonar en tal concepto”.*

Si bien en cierto que todas las normas citadas regulan la relación en el ámbito de los particula-

res, haciendo notar la necesidad de que también, la personas jurídicas tengan sanciones de carácter penal cuanto estas afecten a un individuo o colectividad que nada tenga que ver con el ente en forma directa.

Sin embargo, las normas que sancionen las acciones u omisiones por parte de las personas jurídicas implicadas en hechos punibles, necesariamente deben estar incluidas dentro de nuestro Código Penal de forma expresa, en virtud del principio que rige en nuestro sistema penal; “*Nulla Poena sine lege scripta, stricta et praevia*”, consagrado en el artículo 1 de la Ley N° 1160/97.

De todo lo expresado, se puede colegir que la doctrina dominante, en general, se encuentra abocada en la búsqueda de argumentos que permitan aclarar el carácter de las sanciones penales o consecuencias jurídicas a ser impuestas a las personas jurídicas, sin que ello implique renunciar al principio de culpabilidad y a la función de las penas.

Si bien en nuestro derecho positivo existen sanciones o responsabilidades que deben asumir las empresas en el caso que cometan hechos ilícitos, como las referidas en nuestra Constitución Nacional, el Código Civil, y el Código Penal, aún no han sido tomadas en cuenta por el órgano legislador, ni tan siquiera en el sentido de incorporar algún tipo presupuesto preventivo.

Lo esencial, a tenerse en cuenta, ante una posible reforma del sistema penal, donde se prevea la posibilidad de aplicar sanciones a las personas jurídicas, se centra en dos consideraciones:

- se debe determinar quién será el destinatario de la norma y;
- cuáles son los presupuestos de imputación penal.

1.2. Presupuestos a ser considerados

En cuanto al primer presupuesto, debemos distinguir a:

1. las personas del Derecho Civil;

A quienes el Estado les atribuye individualidad propia, otorgándole la posibilidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, así como la capacidad de obrar.

2. las personas jurídicas del Derecho Mercantil.

Las cuales se caracterizan por la finalidad que persiguen, vale decir; obtener lucro. Teniendo en cuenta por supuesto las particularidades de cada tipo de entidad y;

3. las personas de Derecho Público.

Las cuales pueden distinguirse entre las corporaciones de derecho público y los Colegios Profesionales¹⁸¹.

Si bien para muchos, encontrar una solución a esta problemática está lejos de ser resuelta pues lo que a nuestro país se refiere no ha sido objeto de muchos estudios y menos aún la posibilidad de re-

¹⁸¹ Bacigalupo, Silvina.. Op. Cit. Pág. 397 ss

formas en el ámbito legislativo, consideramos que existen claros ejemplos internacionales, los cuales se configuran en una fuente facilitadora para el estudio de posibles introducciones en nuestro Código Penal, de normas que atribuyan la responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Inclusive, la posibilidad de efectuar algún tipo de modificación que podría estar amparada plenamente, al consagrar la responsabilidad subsidiaria más aun cuando nuestro Código Civil, prevé dicha responsabilidad en varios incisos. Así como también, la posibilidad de aplicar sanciones administrativas como parte del elenco de sanciones en el ámbito penal.

2- Puntos de discusión en el ámbito de la necesidad real de aplicar sanciones penales específicas contra las personas jurídicas

Para adentrarnos al análisis de la cuestión, es menester referirnos al mundo de la empresa, que hoy día tienen un modelo de organización altamente jerarquizado, el cual se basa en una unidad de dirección, situándose en el centro de decisión y de financiación, que prevé incluso unidades integradas, formando una única empresa.

En este sentido, debemos considerar que, el proceso de la globalización que se produce actualmente, trae aparejada la aceleración de las relaciones que se dan entre individuos y empresas, así también, la desregulación, como un proceso mediante el cual el gobierno reduce específicas normativas o medidas a

un sector económico, todo esto hace que se genere a nivel internacional un espacio propicio para favorecer al aumento de muchas formas de actos delictivos.

Reiteramos que, la criminalidad que se da dentro del ámbito de una empresa, actualmente va en incremento, no solo por las conductas típicas sino también nuevas formas de comisión de las conductas, generando un enorme daño y que tienen efectos en el desarrollo social y económico de las sociedades.

2.1. Factores sociales

Desde el principio de la historia de la criminología hasta hoy día, se han producido cambios sustanciales en el pensamiento de dicha ciencia, para la criminología tradicional orientada al autor, era considerado como inadaptable social la persona que cometía un delito, debido a diversos factores sociales que podrían influir en el individuo, teniendo en cuenta el ambiente donde se desarrollaba, como ser:

- la familia,
- la escuela,
- el entorno social que frecuentaba, etc.

Sin embargo, desde el punto de vista del derecho penal económico, una persona, aunque sea bien vista y está adaptada socialmente, puede ser un delincuente económico, ya que para esta rama del derecho penal, lo central tiene lugar en la actividad criminal colectiva de una empresa, siendo esta el espacio donde se origina la conducta uniforme lesiva.

Aquí radica una cuestión a tener en cuenta; cuando se trata de conductas realizadas por personas que trabajan en una empresa, en la cual están sumergidas en una actitud criminal colectiva, esta circunstancia hace que repercuta en una disminución de la eficacia preventiva del derecho penal, siguiendo el pensamiento de Bacigalupo Enrique, sería por una parte, la impermeabilidad de la empresa ante los estímulos que proceden del exterior tiende a bloquear la eficacia preventivo-general del derecho penal frente a un integrante de la misma inmerso en una actitud criminal colectiva.

Por otra parte, la anhelada eficacia preventivo-especial del derecho penal carece de posibilidades de realización frente a un autor ya previamente adaptado y no aquejado de déficit alguno de socialización¹⁸².

2.2. Factor criminal colectivo

Otras cuestiones que, tienden a bloquear la eficacia preventiva – general del derecho penal frente a un individuo que se encuentra sumido en una actitud criminal colectiva en una empresa jerarquizada serían:

- la falta de coincidencia entre la actividad ejecutiva,
- posesión de información y;
- poder de decisión.

¹⁸² Bacigalupo Enrique, “Curso de Derecho Penal Económico”, Editorial Marcial Pons, Madrid,1998

Teniendo en cuenta que, en los delitos clásicos generalmente se da que, una sola persona sea la que tiene toda la información, en base a la cual toma una decisión, para finalmente cometer un delito. Por ejemplo de homicidio, en éste caso es más fácil determinar contra quién hay que dirigir la imputación penal.

Sin embargo, la dificultad en el caso de los hechos punibles perpetrados en las empresas, radica cuando, la imputación jurídico penal que se pretenda aplicar de forma individualizada, debido a un acontecimiento en la cual la persona que se vio perjudicada por ejemplo; por un producto con defectos, lo más probable es que, quienes posean la información sobre el riesgo de poner en circulación dicho producto en esas condiciones, sean a los que se les pueda adjudicar la responsabilidad jurídico - administrativo, y no a los que realmente hayan fabricado el producto.

Es así que, adjudicar responsabilidad penal en el ámbito de las empresas, ha generado situaciones y problemáticas relativas a la imputación, debido a que muchas veces no es dable exigir responsabilidad penal, sin antes analizar profundamente y comprender la esencia del ente colectivo, es decir: cómo está compuesto, cuál es la actividad desplegada, su regulación, funcionamiento, la dinámica de la institución en su quehacer laboral y la que en no pocas ocasiones es utilizada para delinquir, y ese delito que se cometa en una empresa se encuentre claramente separado dentro de las estructuras organizativa de la entidad.

Más aún, si se considera que, aquellas personas que deciden, se diferencian de los que llevan la administración y estos a su vez de los que ejecutan, lo que nos lleva a problemas de interpretación y aplicación práctica a la hora de atribuir la responsabilidad penal. Por lo que, establecer una responsabilidad penal individual, origina menos complicaciones de aplicación e interpretación en aquellas conductas en las que prevalece la acción del sujeto y las conductas dolosas, no así en los casos en que la forma de comisión haya sucedido por una omisión o negligencia del culpable en su actuación.

Si bien es cierto, las figuras como el delito de comisión por omisión para hacer frente a la delincuencia económica, son de importancia, puesto que determinar la posición de garante del empresario, de los administradores o directivos, dan la posibilidad de establecer la responsabilidad, pero no por lo que han cometido, sino por lo que han dejado de hacer, infringiendo el control de vigilancia que les incumbe, o que a pesar de conocer el peligro jurídicamente reprochable, han omitido tenerlo en cuenta, lo que daría lugar a un delito omisivo doloso, o al menos, dolo eventual.

Pero, inclusive, si dan los presupuestos de punibilidad de los delitos de omisión impropia, sigue latente la posibilidad de que en las empresas persista la actitud criminal colectiva, aquella que más arriba habíamos mencionado, haciendo que disminuya la efectividad de la prevención del derecho penal, es decir que, aunque toda la comisión administrativa de una entidad resulte ser condenada por un delito, no hace que la institución varíe en su

política, y siga funcionando, simplemente proceden a suplir con otras personas, a las que fueron condenadas.

En definitiva, el problema se da con el sistema autosuficiente de las empresas modernas al mantenerse, por decir de alguna manera impermeables con respecto a las exigencias del derecho estatal. En palabras de Bacigalupo Enrique, *“comprobado, pues, que sí existe una necesidad de sanciones penales específicas para las propias personas jurídicas a modo de complemento de las penas dirigidas contra las personas físicas, se presenta el problema de la legitimidad de las penas impuestas a personas jurídicas”*¹⁸³. Por lo que, reafirmamos que esta circunstancia provoca la necesidad de considerar, los fundamentos del criterio de utilidad y a su vez del principio de prevención.

3- Puntos de discusión en el ámbito del Principio de Culpabilidad y otras alternativas con miras a admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Es ineludible que la dinámica económica globalizada, nos demanda la necesidad de incluir dentro del ordenamiento jurídico, la posibilidad de aplicar, a las personas jurídicas, sanciones penales específicas. Razón por la que, para ello, debemos tener en cuenta primeramente, la legitimidad constitucional y legal de estas penas.

¹⁸³ Bacigalupo Enrique, *“Curso de Derecho Penal Económico”*. Op. Cit. Pág.57

En tal sentido, el sistema penal impone para, la normativización de una conducta como ilícita y para proceder a aplicarle a esta, determinadas sanciones, la observancia del principio de culpabilidad, denominado también; de reprochabilidad.

Esta última terminología es la adoptada por nuestro Código Penal vigente, cuya explicación se encuentra en la Exposición de Motivos del Anteproyecto del Ministerio Público, en el punto VIII, que señala: “...el término “reprochabilidad” reemplaza al término “culpabilidad” sólo para evitar confusiones entre “culpa”, en el sentido de un reproche emergente de la “capacidad de motivarse según la norma” –requisito de toda punición-, y “culpa” en sentido de una clase de delitos que se distinguen de los dolosos por ser “culposos”.

El citado principio se fundamenta en el aforismo neolatino “*nulla poena sine culpa*”; no hay pena sin culpa. Aunque, la culpabilidad no está expresamente estipulada en nuestra Constitución Nacional, podemos inferir que la misma, se halla consagrada en el artículo 17, núm. 1), que establece la presunción de inocencia. Esta circunstancia conlleva, por tanto, la exigencia de que dentro de un proceso penal debe necesariamente esta presunción sea desvirtuada previamente a la determinación de la reprochabilidad. Dicho en otros términos, para que sea procedente la aplicación de una pena, previamente debe ser demostrada la culpabilidad del autor¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Artículo 17 – “DE LOS DERECHOS PROCESALES. En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: que sea presumida su inocencia; que se le juzgue en juicio público, salvo los casos contemplados por el magistrado para salvaguardar otros derechos; que no se le condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, ni que se le juzgue por tribunales especiales; que no se le juzgue más de una vez por el mismo hecho...”.

Tal como hemos observado, a partir de la Exposición de Motivos, en nuestro ordenamiento jurídico penal, la reprochabilidad es sinónimo de culpabilidad, que en lenguaje coloquial sería: tener la culpa.

En efecto, las disposiciones contenidas en el artículo 2° del Código Penal, permiten sostener, fundamentalmente, que no hay pena sin culpabilidad, esto es, que no puede deducirse el juicio de reproche propio de la culpabilidad, por el mero resultado de la conducta observada, con lo cual quedan proscritas todas las formas de responsabilidad objetiva¹⁸⁵.

Ahora bien, tomando en consideración los alcances del principio de culpabilidad, nos encontramos ante la existencia de un conflicto para conciliar la culpa o reproche de las personas jurídicas y el derecho sancionador penal de estas. Al respecto, algunos autores afirman que, la persona jurídica no es capaz de acción ni de culpabilidad, por ende, no puede ser inculpada. Así mismo, sostienen que en caso de aplicar penas pecuniarias a personas jurídicas, esto resultaría perjudicial para los accionistas que no fueron culpables ni participaron en los hechos¹⁸⁶.

Esta corriente doctrinaria, que rechaza la capacidad de acción y de culpabilidad, proveniente de Europa, propugna la aplicación de sanciones administrativas a las personas jurídicas, dejando a un lado las sanciones penales. En este sentido, encontramos que esta línea de pensamiento se encontraba avalada por

¹⁸⁵ MORA RODAS, NELSON ALCIDES. *“Código Penal Paraguayo comentado”*. Intercontinental Editora. Pág. 42, 2005.

¹⁸⁶ BACIGALUPO, ENRIQUE. *“Curso de Derecho Penal Económico”*. Op. Cit. Pág. 57.

la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en el Caso Ozturk, del 21 de febrero de 1984, en el que se dispuso que, cada Estado parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos, es libre de adoptar políticas represivas utilizando la punición penal o las sanciones administrativas.

Con ello, quedó reconocida, la despenalización de delitos y su capacidad de conversión a sanciones administrativas. Con el fin de una mejor consecución de la decisión adoptada, el Convenio de 1950, impuso, que la represión punitiva de carácter público se adapte siempre a las mismas garantías¹⁸⁷.

Tal como se puede apreciar, el principio de culpabilidad del derecho penal, también es aplicable al derecho administrativo sancionador, con las salvedades correspondientes. Por ejemplo, en el derecho penal, al tomar en cuenta el elemento subjetivo de los tipos penales, generalmente se divide entre dolo y culpa, con sus respectivas sanciones disímiles. Sin embargo, en el derecho administrativo sancionador, no se establece con claridad el elemento subjetivo del agente responsable, sino que basta la culpa, pues en este ámbito la inobservancia de la diligencia debida, es susceptible de sanción.

Demás está decir que estas dos ramas del derecho (penal y administrativo) tienen propósitos bien diferenciados.

Precisamente, Silva Sánchez, indica que lo decisivo aquí vuelve a ser el criterio teleológico: la finalidad

¹⁸⁷ En: Diccionario del Español Jurídico. Real Academia Española.

que persiguen, respectivamente, el Derecho penal y el administrativo sancionador. El primero persigue proteger bienes concretos en casos concretos y sigue criterios de lesividad o peligrosidad concreta y de imputación individual de un injusto propio. El segundo persigue ordenar, de modo general, sectores de actividad (reforzar, mediante sanciones, un determinado modelo de gestión sectorial). Por eso no tiene por qué seguir criterios de lesividad o peligrosidad concreta, sino que debe, más bien, atender a consideraciones de afectación general, estadística; asimismo, no tiene por qué ser tan estricto en la imputación, ni siquiera en la persecución (regida por criterios de oportunidad y no de legalidad)¹⁸⁸.

Dada esta diferencia de la aplicación del principio de culpabilidad en el derecho penal o el derecho administrativo, y las consideraciones señaladas precedentemente, corresponde referirnos a la doctrina española, siguiendo a Bernd Schunemann, que renuncia al principio de culpabilidad como única fuente de legitimación de las sanciones o penas y, en cambio, toma la idea de necesidad del bien jurídico o estado de necesidad de prevención que se desencadena por la actitud criminal de la persona jurídica¹⁸⁹.

A fin de comprender mejor este principio de estado de necesidad de prevención de Schunemann, con miras a admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Modolell González explica que; para

¹⁸⁸ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. *“La Expansión del Derecho Penal, Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales”*. Civitas Ediciones, Pág.125. Madrid, 2001.

¹⁸⁹ BACIGALUPO, ENRIQUE. Op. Cit. Pág. 58.

el jurista alemán, el fundamento de legitimación para sanciones independientes de la culpabilidad es un estado de necesidad del bien jurídico, el cual puede resultar semejante al estado de necesidad por debilitamiento de la eficacia de la prevención en el ámbito de la criminalidad empresarial.

También resalta como presupuesto fundamental de este principio, la existencia de una verdadera situación de necesidad (*Notsituation*), a saber, una grave amenaza al bien jurídico, la cual no puede ser contrarrestada con los medios corrientes¹⁹⁰.

En concordancia a estas ideas, ya se ha expresado en páginas anteriores que, manteniéndonos en la línea del criterio de utilidad, al referirnos a la utilidad de aplicar penas. Estas no solo descansan en la idea de lograr mayor eficacia, sino en el hecho de que la lucha contra grandes corporaciones no puede realizarse mediante procedimientos flexibles, porque justamente lo que se pretende evitar es la impunidad que podría surgir ante la eventual aplicación de un sistema inadecuado de normas, que encuentra su cúspide en la necesidad de prevención.

Del mismo modo, David Baigún sostiene una nueva teoría para la responsabilidad de las personas jurídicas, dejando de lado la culpabilidad como elemento de la conducta punible.

Este autor, refiere como alternativa más eficiente; la necesidad de crear un nuevo sistema teórico que sirva como marco adecuado para resolver los conflic-

¹⁹⁰ MODOLLEL GONZÁLEZ, JUAN LUIS. “*Temas Penales*”, 2° Edición. Universidad Católica Andrés Bello. Pág. 31. Caracas, 2008.

tos planteados por la actividad delictiva realizada por las personas jurídicas. Este sistema, que se cobija ya tras el nombre de doble imputación, reside esencialmente en reconocer la coexistencia de dos vías de imputación cuando se produce un hecho delictivo protagonizado por el ente colectivo; de una parte, la que se dirige a la persona jurídica como unidad independiente y, de la otra, la atribución tradicional a las personas físicas que integran la persona jurídica. Como lógica consecuencia de esta escisión, la responsabilidad, en los dos casos, se determina obedeciendo a parámetros diferentes:

- En las personas humanas, mediante la aplicación de la teoría del delito tradicional; y
- En las personas jurídicas, por medio de un nuevo sistema¹⁹¹.

Este panorama, nos indica con claridad, que habrá que abandonar viejos paradigmas, para concebir la idea de que el principio de culpabilidad como analizado precedentemente y la legitimidad de las penas, no configuran un impedimento decisivo para atribuir tanto responsabilidades administrativas como penas a las personas jurídicas.

4- Puntos de discusión en el ámbito de la dogmática penal con miras a admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Conforme se puede apreciar a lo largo del trabajo, la disparidad de opiniones sobre la responsabili-

¹⁹¹ BAIGÚN, DAVID. Op. Cit. Págs. 27/28.

dad penal de las personas jurídicas, ha generado una considerable cantidad de respuestas al respecto, entre lo que Tiedemann y Jakobs, se destacan del grupo de autores con más criterio en cuanto a la investigación en torno a la fundamentación dogmática de la responsabilidad penal que puedan tener este tipo de personas.

A continuación, ya con miras a admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se exponen las fundamentaciones dogmáticas que se han generado.

En el ámbito del concepto de acción y del concepto de culpabilidad, a la hora de reorientar la finalidad del sistema penal, consideramos que, Jakobs ha colaborado en ese sentido proporcionado fundamentaciones para la configuración de un nuevo modelo de la teoría del delito.

Al respecto, cabe recordar que, estos autores han intentado sustituir el concepto psicológico de acción por un concepto funcional o normativo, ya que es aquí donde se pone de manifiesto que en las personas jurídicas falta el elemento volitivo, pero lo que se mantiene presente, es la capacidad de infringir las normas.

Independientemente, a las posturas asumidas por los distintos autores, el problema que genera la capacidad de acción de las personas jurídicas se ha consolidado, teniendo en cuenta que en la actualidad se concibe como que, la acción de los órganos de la misma constituye en realidad una acción propia de la persona jurídica, circunstancia que anteriormente solo era posible atribuir a las personas responsables ante este ente y a la que gran parte de la doctrina se adhiere.

Sin embargo, siguiendo este nuevo lineamiento es de notar que, ante el hecho de aceptar a la persona jurídica como sujeto de derecho penal para ser titular de deberes, supone también la exigencia de poder imponer sanciones o determinar y aceptar los presupuestos de imputación de la misma.

4.1. Posturas

En este sentido, Tiedemann, expone la idea de que las personas jurídicas tienen la capacidad de acción y son destinatarios de la norma penal, ya que para él, la persona jurídica responde por un hecho que también es considerado como suyo, al igual que sucede, en el caso del coautor o del autor mediato, a quienes se le imputan por hechos no realizados por ellos mismos, sino por otro coautor o por el instrumento¹⁹². Por lo que para Tiedemann, la acción de un órgano o de una persona con funciones directivas de una persona jurídica puede ser considerada como una acción propia de la misma¹⁹³.

El pensamiento de Jakobs parece ser la más conveniente en cuanto al concepto de acción que determina a su vez al sujeto de la imputación, es decir se debe castigar a aquel que tuvo un comportamiento antijurídico y culposo, por lo que cabe recordar el concepto sostenido por el mismo de acción; como la evitabilidad individual de la produc-

¹⁹² TIEDEMANN, K., "Die Bebuflung" von Unternehmen nach dem 2. Gestz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalitat, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1988. Pág. 1171.

¹⁹³ TIEDEMANN, K., "Die Bebuflung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität". Op. Cit. Pág. 1172.

ción de un resultado, en su opinión el reconocimiento de la norma jurídica no contribuye en nada a la capacidad de hacer o no algo, sino que, le permitirá a aquel autor leal a las normas, tener una motivación para actuar acorde a lo mandado por la norma o para evitar realizar lo prohibido por ella, haciendo notar que el reconocimiento jurídico es algo que pertenece a la dirigibilidad de los impulsos y no a la dirigibilidad de la acción, pero en el ámbito del injusto, el motivo (lo interno) para evitar una acción determinada, no es relevante.

El sistema que siempre se formuló para establecer quién será el sujeto de la imputación es; mente y cuerpo (persona física), no así a la constitución y órganos que concierne a la persona jurídica. Pero desde una visión normativa y no meramente naturalista, también puede ser definido un sistema al cual lo que ocurre en una esfera interna del sujeto, no le concierne, y basta que pueda estar integrado por un contrato, estatutos, órganos u otra disposición constitutiva de la persona jurídica. En este sentido Jakobs, sostenía la idea de que el acuerdo entre dos órganos para cometer un delito aún no constituye una acción delictiva de la persona jurídica, pero sí una salida. Las acciones de los órganos realizados con arreglo a la constitución (estatutos, etc.) se convierten de este modo en acciones de la propia persona jurídica¹⁹⁴.

Esta reflexión del concepto de acción o de las categorías del delito, como ya hemos expresado en el punto anterior, tienen que ver esencialmente con

¹⁹⁴ JAKOBS. G. *“Derecho Penal, Parte General”*. Editorial Marcial Pons. Madrid, 1995.

los presupuestos del derecho penal y de la legitimación de la pena.

El razonamiento de Jakobs, determina sistemas cuyos sujetos de responsabilidad tienen la capacidad de originar resultados, estos sistemas de responsabilidad pueden estar compuestos por: la psique y cuerpo, o por el estatuto y órganos.

Si bien, la problemática en torno a la acción y a la culpabilidad continúa siendo objeto de discusión, al desarrollar el concepto de culpabilidad, lo que se pretende es vencer el conflicto que se presenta al momento de sentar las bases dogmáticas que lleven a una genuina responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Tal es así que la nueva tendencia nos lleva a renunciar a un reproche personal contra el autor, otorgando un concepto social de la capacidad de culpabilidad, es decir una imputación de la sociedad, basada en fundamentos políticos-criminales. Donde sí queda demostrada una responsabilidad social, el legislador podría regular la capacidad de culpabilidad también de las personas jurídicas. Es aquí donde una vez más se vislumbra, el criterio de utilidad y el principio de prevención del que ya hemos hablado anteriormente.

No obstante, debemos considerar diversas posturas, y entre quienes sostienen la incapacidad de culpabilidad de la persona jurídica, se encuentra el doctrinario Otto, quien manifiesta lo siguiente: *“que las soluciones aportadas por Jakobs, relacionadas con un concepto de culpabilidad fundamentado Exclusivamente en criterios de prevención, si*

*bien son consecuentes, no resulta convincentes*¹⁹⁵.

Así también sostiene la idea de que, no resulta efectivo un modelo basado en la sustitución del principio de culpabilidad tradicional por otro cimentado en aspectos preventivos, porque sostiene que lo elemental es el descuido peligroso de sus organizadores, por lo que se inclina por un sistema de responsabilidad de carácter administrativo por ser un sistema de sanciones más cercano a las penales. Sin embargo consideramos que este tipo de sanciones resultan un tanto más flexibles.

Además, es de notar otro pensamiento como, el de Stratenwerth¹⁹⁶, quien excluye el principio de culpabilidad, sosteniendo la legítima aplicación de un castigo, pero optando por un sistema de medidas de seguridad, elaboradas específicamente para las personas jurídicas, orientado por fines de prevención general, ya que de los delitos cometidos por las personas jurídicas, sostiene que, nace la necesidad de sancionarlas por exigencia de interés público, centrándose en la evitabilidad de lesionar el derecho y no en una responsabilidad personal, es decir independientemente a quien sea el responsable de la empresa.

Este criterio que podría enriquecer el argumento que sostenemos en cuanto a considerar el criterio de utilidad y el principio de culpabilidad al momento de atribuir responsabilidad penal a una persona jurídica.

¹⁹⁵ OTTO, H., "Die Strqfbarkeit von Verbänden". Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin. Pág. 21. Berlin/New York, 1993.

¹⁹⁶ STRATENWERTH, G.: "Strafrechtliche Unternehmenshaftung", Tübingen, 1992.

Así también, Schunemann, indica que el único cimiento legítimo para aplicar una sanción penal o administrativa, es: “*el estado de necesidad del bien jurídico, que surge aquí de una situación similar al estado de necesidad por la debilitación de la eficiencia preventiva en el ámbito de la criminalidad de empresa*”¹⁹⁷, fundamenta su aplicación cuando la protección del bien jurídico no pueda ser eficiente de alguna otra forma, también cuando la sanción a la empresa resulte menos gravosa que el mantenimiento del bien jurídico en situación de riesgo, y cuando no se lesione principios del Estado de Derecho al perseguir bienes jurídicos más valiosos ante los menos valiosos.

Ahora bien, volviendo a los lineamientos trazados por Tiedemann, pero ya en lo atinente a tratar de fundar la culpabilidad de la propia persona jurídica y no en delegarla en su órganos o representantes, afirma que; “*los hechos individuales tienen que ser contemplados como hechos de la colectividad en razón de que y en tanto que la agrupación, a través de sus órganos o representantes, ha omitido la adopción de medidas de precaución que son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad relativa al tráfico de empresa*”¹⁹⁸, el mismo intenta sustentar la culpabilidad por un defecto de organización, por un hecho anterior, es decir habla de la lesión de los deberes de

¹⁹⁷ SCHUNEMANN, B. “Unternehmenskriminalität und Strafrecht - Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihre Führungskräfte nach geltendem und geplanten Straf - und Ordnungswidrigkeitenrecht.”. Pág. 236. Köln/Berlin/Bonn/München, 1979.

¹⁹⁸ TIEDEMAN,(NJW),1988. Op. Cit. Pág.1172

organización, cuando se omite adoptar medidas de precaución para evitar la comisión de delitos en el ejercicio de la actividad de la empresa, siendo así infringidos medidas y deberes de vigilancia, control y de organización.

De esta manera, Tiedemann, se lanzó a la posibilidad de que, aunque se trate de una acción ajena (órgano u persona) esta acción que proviene de una persona física se pueda imputar como propia de la persona jurídica, a partir de esta concepción la culpabilidad es diferente, porque está basada en un reproche ético, que tiene como norte categorías sociales y jurídicas, es decir, lo que éste autor da a entender es que no se sanciona por el hecho individual, sino por la falta de cuidado en un momento anterior que hubiese permitido evitar el hecho delictivo¹⁹⁹.

Al respecto, cabe hacer notar una crítica de Otto en cuanto a la idea del concepto social de culpabilidad que libera al concepto de culpabilidad del clásico reproche ético, sosteniendo que el reproche social se cimenta a partir de la capacidad de la persona, diciendo que ambos sistemas de culpabilidad se fundamentan en la libertad de decisión de un individuo²⁰⁰.

Sin embargo, si bien los esfuerzos de Tiedemann abre camino hacia nuevos fundamentos, consideramos que los mismos no son suficientes para atribuir la culpabilidad a las personas jurídi-

¹⁹⁹ TIEDEMANN, K., "Die Bebuflung" von Unternehmen nach dem 2. Gestz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalitat. Op. Cit. Pág. 1173.

²⁰⁰ OTTO, H. Op. Cit. Pág. 18.

cas, porque se termina conectando con la conducta de las personas físicas (las que ostentan la representación y organizan el funcionamiento defectuoso de la empresa), ya que en el supuesto de la culpa por organización, no se trata de explicar la culpabilidad a partir de un hecho anterior de la misma persona jurídica, sino en base a un hecho anterior de un tercero que es el órgano.

Ahora bien, retomando la postura de Jakobs, en cuanto a la culpabilidad que desarrolló, como parte de la categoría de la teoría del delito, la que aunque, resulta un tanto más difícil de precisar en relación a las personas jurídicas, consideramos que es la que mejor sostiene el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, porque argumenta que como hemos señalado, la culpabilidad de sus órganos no implica necesariamente que la persona jurídica también sea culpable.

Para él, es una cuestión de competencia no de reprochabilidad, un sujeto resulta culpable cuando es competente por falta de motivación jurídica, lo que deduce es que la acción antijurídica es por una falta de fidelidad al derecho, a no ser que al autor se le pueda distanciar de la antijuricidad de su acción, por lo que, se necesita invocar factores verdaderamente relevantes que hagan a lugar en ambos casos.

De esta manera, el dogma desarrollado por Jakobs, el cual vincula el principio de culpabilidad con aspectos de prevención general, hace visible que las cuestiones de política criminal son precisamente su fundamento.

Tal es así, porque parte de un modelo social, en que la sociedad esta reglada por normas y es la creadora de expectativas respecto a su cumplimiento, sustenta que la función del derecho penal, no es la de evitar la lesión del bien jurídico, sino reafirmar el reconocimiento o la vigencia de la norma, y que el derecho penal, tiene como fin la vigencia de la norma como modelo de orientación del contacto o la interacción que se da en la sociedad para lograr la estabilidad de un determinado orden, y todas las personas deben poder confiar en las expectativas normativamente aseguradas.

En este entendimiento la pena tiene una finalidad preventiva y no intimidatoria, en el sentido de que debe proteger las condiciones de la interacción social.

Así, Jakobs expone un modelo de prevención general positiva y señala que la pena se aplica como ejercicio del reconocimiento de la norma, abarcando tres aspectos, *“el ejercicio de la confianza en la norma, el ejercicio de la fidelidad al derecho y la ejercitación en la aceptación de las consecuencias”*²⁰¹.

Como se puede notar, la prevención general positiva, se dirige a generar efectos sobre todos los sujetos y no es intimidatoria sino positiva, porque ese efecto consiste en la confianza que se transmite a la sociedad reafirmando la vigencia de la norma vulnerada mediante la imposición de una pena²⁰².

²⁰¹ JAKOBS, G. *“Schuld und Pravention”*, Recht und Staat, Heft 452/453, J.C.B. Mohr. (Paul Siebeck), Pág.10. Tübingen, 1976.

²⁰² JAKOBS, G. *“Das Schuldprinzip”*, Rheinische-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge - G 319, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1992. Pág. 25 /27.

En relación al concepto de culpabilidad, Jakobs, elaboró un modelo considerando al sujeto como sistema (el sujeto puede ser un individuo o estar configurado de otra forma) encaminado puramente en criterios de prevención general positiva. Tal nueva visión del sujeto, donde ya no se trata solamente de una persona (carne – hueso), se da por la complejidad de las estructuras sociales y la idea de sociedad diferente a la que ha sido dominante hasta ahora.

Por ello la nueva visión de los problemas y el replanteamiento, hace que pueda reorientarse la discusión sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, como sujeto del derecho penal.

Esto dio lugar a considerar que, la idea de sujeto es la que determina el contenido de las categorías dogmáticas de la teoría del delito.

Pese a los grandes aportes expuestos por este teórico, consideramos que, al referirnos a un modelo de prevención general positivo, las ideas de Schunemann y Baigún, respecto al fundamento de legitimación para imponer sanciones, independientes de la culpabilidad, son las más pertinentes. Esto en virtud de que consideramos que dicha legitimidad, podría quedar configurada, en razón de que las penas se basan en un estado de necesidad de proteger el bien jurídico, y más aún, si las conjugamos con el criterio de utilidad.

Al referirnos a la utilidad de aplicar penas, ya que este criterio, no descansa en la idea de lograr mayor eficacia, sino en el hecho de que la lucha contra grandes corporaciones no puede realizarse

mediante procedimientos flexibles, porque justamente lo que se pretende evitar es la impunidad que podría surgir ante la eventual aplicación de un sistema inadecuado de normas, que encuentra su cúspide en la necesidad de prevención.

Reflexiones finales

La presente obra, nos permite ilustrar la problemática que aún, pese a largos años de debate y análisis, persiste en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas, cuando éstas se ven involucradas en hechos ilícitos o lesivos como consecuencia de sus actividades.

Primeramente, el estudio efectuado nos indica que; la irresponsabilidad del Estado encuentra fundamento en la idea de la infalibilidad del Estado, propia de las concepciones de los Estados absolutistas e incluso liberales que surgen a partir de la Revolución Francesa. Por lo que la tendencia sigue siendo muy firme en rechazar cualquier viso que conduzca a una atribución directa de responsabilidad penal del Estado.

Sin embargo, en lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico penal, consideramos que la normativa procesal penal, consagra una verdadera responsabilidad extracontractual directa del Estado, cuando impone la obligación del pago de las costas resultantes del proceso, en caso que, medie absolución o sobreseimiento definitivo, a consecuencia de una demostración fehaciente de la inocencia del imputado

El presupuesto que es aceptado por la doctrina civil, es el de la responsabilidad atribuible a los funcionarios estatales, por los actos dañosos causados por sus actividades irregulares dentro de la esfera del Estado. Sistema impulsado por la emergencia de las ideas liberales individualistas que confieren determinados derechos fundamentales a los ciudadanos como la propiedad, la igualdad, entre otros, y que propician la admisión de la responsabilidad de los funcionarios estatales.

Esta posibilidad de atribuir responsabilidad civil al Estado, fue producto de cambio de paradigma en el concepto del Estado y en su relación frente a los individuos a quienes pueden perjudicar en sus actividades lícitas e ilícitas. El desarrollo de nuevas concepciones respecto al Estado, que pasa a constituirse en un Estado de Derecho y por el reconocimiento de ciertos derechos básicos a los ciudadanos como la igualdad, el respeto a su derecho de propiedad, entre otros, hacen necesario buscar los mecanismos a fin de garantizarles que los actos que le ocasionen un daño sean asumidos por el Estado.

En la actualidad, nuestra Constitución Nacional de 1992, dispone que; la responsabilidad civil del Estado -de forma directa- nace a partir de dos situaciones: 1) daños causados por actos legítimos de la autoridad y 2) por error judicial y que la responsabilidad indirecta del Estado, conforme con al artículo 106 de la Constitución, tiene lugar cuando en la esfera estatal, se realicen actividades irregulares, las cuales son efectuadas a través de sus agentes y que las mismas provoquen un daño.

Asimismo, está previsto que esta circunstancia sea asumida subsidiariamente por el Estado, cuando estos agentes sean declarados insolventes.

No obstante, como hemos visto, la responsabilidad penal del Estado por la actuación de sus funcionarios tropieza con serias dificultades en la dogmática penal, conforme se ha apuntado en la parte pertinente del presente trabajo.

Y que si bien, la legislación comparada que admite, la posibilidad de atribuir responsabilidad penal al Estado, la normativa se limita a determinadas entidades con rasgos públicas, configurándose una responsabilidad por *actos delegados*, que en nuestra legislación nacional no tiene vigencia.

Por otra parte, como hemos visto, el auge de la globalización, con la conformación cada vez más acelerada de sociedades modernas, y el desarrollo de la tecnología, influyen significativamente en el gran incremento de las actividades delictivas desplegadas por las personas jurídicas, en las que, las corporaciones empresariales han tenido una fuerte intervención en la comisión de tales actividades, y que constituyen un problema esencial para su regulación normativa, particularmente para el derecho penal, que justamente, tiene como unos de sus objetivos; la prevención de la criminalidad económica, que hizo imperiosa la necesidad de ahondar aún más el tema de la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito de los delitos económicos.

El aumento de las sociedades mercantiles, generan numerosas oportunidades para delinquir

en el ámbito empresarial, esto, como consecuencia de la delegación de deberes o funciones administrativas, y lo que desemboca en el incumplimiento de tales deberes, es lo que puede conocerse como “riesgos de la modernización”, y requieren su regulación.

Ante este panorama, se impuso un gran debate, generando con el paso del tiempo, un cambio de paradigma dentro de la dogmática jurídico-penal, que en principio fue reacia al reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de aplicar a las mismas una sanción penal.

Tal es así que la doctrina se fractura en dos vértices; la no responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas, inicialmente fundada en que las sociedades no delinquen (*Societas delinquere non potest*) y que las sociedades no delinquen ni pueden ser objeto de sanción (*Societas delinquere non potest, sed puniri non potest*) y por otra parte, las que estiman viable la atribución de responsabilidad; (*societas delinquere potest*).

Superada como idea única, la *Societas delinquere non potest*, la dogmática encuentra dificultades para la configuración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en razón de los principios de la reprochabilidad y la finalidad de las penas. El obstáculo de la reprochabilidad implica que las personas para asumir la responsabilidad penal deben tener el conocimiento de la antijuridicidad de la norma y la voluntad de comportarse en contravención de dicha norma. Es decir, requiere de la inteligencia y voluntad, condiciones no poseídas por las personas jurídicas.

En relación a la finalidad de las penas, persiste la idea de que la misma no resulta potable en el ámbito de las personas jurídicas.

Esta problemática, generó la necesidad de recurrir a un estudio de las diferentes legislaciones europeas y que se han analizado en la presente investigación, y que revela las circunstancias que propiciaron la superación de la dogmática penal liberal, considerando la atribución de responsabilidad penal en la mayoría de los países que conforman la Unión Europea, donde la problemática se centra en determinar si esta responsabilidad, será directa o indirecta. Es decir si son los órganos de la empresa los que pueden ser sancionados y son éstos los que necesariamente deben cumplir con los elementos del tipo penal, existiendo al efecto una conexión entre el hecho y el órgano de la persona jurídica.

No obstante, con mayor frecuencia, se recurre a la aplicación de sanciones administrativas.

La legislación comparada, también nos demuestra que países como Holanda y Francia, admiten la responsabilidad de las personas jurídicas públicas, conforme con la concurrencia de determinados presupuestos, especialmente para los actos delegados.

Nuestro sistema penal, a través de la Ley N°1.160/97, basado en la teoría finalista, no admite la posibilidad de regular, directamente, los actos ilícitos cometidos por las personas jurídicas privadas, en razón de que, esta regulación de los hechos punibles, encuentra obstáculos en lo relati-

vo a la reprochabilidad y también a la finalidad de las penas. Que, conforme con el artículo 20 de la Constitución, tiene como uno de sus presupuestos; la búsqueda de readaptación de los condenados a la sociedad; circunstancia que se torna imposible para las personas jurídicas.

El ordenamiento jurídico paraguayo, solo admite, dentro del orden jurídico extrapenal, algunas sanciones de carácter administrativas a las personas jurídicas, como ser; la cancelación de la personería; la multa y liquidación de las entidades asociativas, que constituyen supuestos de sanción penal, en las legislaciones comparadas que admiten la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Ahora bien, retomando la idea de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, es de importancia, la postura de Jakobs, la cual vincula el principio de culpabilidad con aspectos de prevención general. Parte de un modelo social, en que la sociedad está reglada por normas y es la creadora de expectativas respecto a su cumplimiento, sustenta que la función del derecho penal, no es la de evitar la lesión del bien jurídico, sino reafirmar el reconocimiento o la vigencia de la norma, y que el Derecho penal, tiene como fin la vigencia de la norma como modelo de orientación del contacto o la interacción que se da en la sociedad para lograr la estabilidad de un determinado orden, y todas las personas deben poder confiar en las expectativas normativamente aseguradas.

En este entendimiento la pena tiene una finalidad preventiva y no intimidatoria, en el sentido de que debe proteger las condiciones de la interacción social y consideramos que las penas se basan en un estado de necesidad de proteger el bien jurídico, conjugándola con el criterio de utilidad, que descansa en la lucha contra grandes corporaciones, la cual no puede realizarse mediante procedimientos flexibles, porque justamente lo que se pretende evitar es la impunidad que podría surgir ante la eventual aplicación de un sistema inadecuado de normas, que encuentra su cúspide en la necesidad de prevención y protección de la sociedad que justamente constituye unas de las finalidades de la pena, conforme con el artículo 20 de nuestra Constitución Nacional.

El elemento justificante de la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas constituye; la defensa social o protección de la sociedad ante los nuevos desafíos, teniendo en cuenta las nuevas modalidades criminales utilizan los recursos y la organización de las personas jurídicas, para la comisión de hechos delictivos y su fuente de debilidad en la dogmática jurídico penal, es la reprochabilidad, porque estas entidades no tienen la capacidad para conocer y determinar su comportamiento conforme con la norma penal.

De esta manera, la tesis sustentada a lo largo de la presente obra, indica que; en la República del Paraguay es absolutamente viable atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas privadas, mediante la modificación de nuestro Código Penal.

Por lo que esperamos que, este aporte, se convierta en punto de partida para un mayor análisis, respecto a la necesidad de avanzar hacia un cambio de paradigma de nuestra política-criminal, donde el principio de prevención y el criterio de utilidad de las penas, junto con las previsiones del artículo 20 de nuestra Constitución Nacional, se constituyan en el núcleo central para rediseñar nuestro sistema penal.

BIBLIOGRAFÍA



Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: “JUAN FÉLIX CAÑETE Y OTROS S/ ABIGEATO EN COLONIA VIRGEN DEL ROSARIO”. Acuerdo y Sentencia N° 962 (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 4 de septiembre de 2017).

AKERMANN. *“Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und sin aus/anddischen Rechtsordnungen”*. Frankfurt a.M. Berna, Nueva York, 1984.

ALBERTO CALCAGNO, RAUL – REZEK, CLAUDIA ALICIA. *“Actio Doli Acción Penal Del Delito Pretorio”*. Revista Jurídica Electrónica. Universidad de Lomas Zamora. Año I. N°2.

ALLER, GERMÁN. *“Criminalidad del Poder Económico”*. Editorial B de F. Montevideo. 2011.

ARROYO ZAPATERO, LUIS Y TIEDEMANN, KLAUS. *“Estudios de Derecho Penal Económico”*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994.

ARÚZ ULLOA, MANUEL. *“La Omisión, Comisión por Omisión y Posición de Garante”*. Revista Estudios Centroamericanos, N°54, 2000. En: <http://repositorio.uca.edu.ni/696/1/encuentro54articulo4.pdf>

ARRUTIAS SALAS, MANUEL. *“Manual de Derecho Procesal.”* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1949.

AULETTA, G. “*Appunti di diritto commerciale. Imprendetori e societa.*” Editorial Torino, 1946.

ÁLVAREZ GÁLVEZ, ÍÑIGO. “*Sobre el Concepto de Deber Jurídico de Hans Kelsen*”. Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, España. Núm. 16, 2000.

B

BACIGALUPO, ENRIQUE. “*Delitos improprios de omisión*”. Editorial Temis, Bogotá, 1983

BACIGALUPO, ENRIQUE. “*Curso de Derecho Penal Económico*.” Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 1998.

BACIGALUPO, SILVINA. “*La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*”, Tesis, Madrid, 1997.

BACIGALUPO, SILVINA. “*La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*”. Editorial Bosh. Barcelona. 1998.

BACIGALUPO, SILVINA Y LIZCANO, JESÚS. “*Responsabilidad Penal y Administrativa de las Personas Jurídicas en Delitos Relacionados en la Corrupción*”. PROGRAMA EUROSOCIAL. 2013.

BAIGÚN, DAVID. “*La Responsabilidad penal de las personas jurídica*” (Ensayo de un nuevo modelo teórico). Editorial De Palma. Buenos Aires, 2000.

BANCHIO, PABLO R. “*Apuntes sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*”. Revista Argentina de Derecho Empresario. Número 5. Argentina. 2006.

BANCO CONTINENTAL S.A.E.C.A c/ resolución N° 22, Acta N° 44. Acuerdo y Sentencia N° 256 (Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, 26 de mayo del 2015)

BARREIRO, AGUSTÍN JORGE. “*Las medidas de seguridad en el derecho español: un estudio de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social de 1970, y de la doctrina de la sala de apelación de peligrosidad*”. Editorial Civitas. España, 1976.

BINDER, JULIUS. “*El problema de la personalidad jurídica*”. Leipzig. 1907.

BINDER, J. “*Philosophie des Rechts*”. Editorial Berlin. G. Stilke, 1925.

BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL. “*La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española*”. Vol. 945. Thomson Reuters. España. 2014.

BRANDÃO, NUNO. “*Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: El Caso Portugués*” en: <https://www.ehu.eus/documents/1736829/3498354/07-uno+brandao+p.pdf>

BUSCH, RICHARD. “*Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*”, Leipzig. 1933.

C

CASSAGNE, JUAN CARLOS, “*Derecho Administrativo*”, Tomo I, Séptima Edición, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot.

CESANO, JOSÉ DANIEL y BALCARCE, FABIÁN. “*Reflexiones sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en la República Argentina*”. ADCP. VOL. LVI, 2003.

Código Penal Francés.

Código Penal Italiano.

Código Civil de la República del Paraguay. Ley N° 1183/85.

Código Penal de la República del Paraguay. Ley N° 1160/97.

Código Procesal Penal. Ley N° 1286/98.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. “*The System of Administrative and Penal Sanctions in the Member States of the European Communities, National Reports*”. Vol. I. Luxemburgo. 1994.

Corte Suprema de Justicia. “*Comentario a la Constitución*”. Tomo II. Homenaje al Décimo Aniversario. Compiladores Emilio Camacho y Luis Lezcano Claude. Año. 2002.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN. “*La teoría de la responsabilidad objetiva o por riesgo*”. URL: <https://doctrina.vlex.cl/vid/teoria-responsabilidad-objetiva-riesgo-352775970>.

COSTA ANDRADE, M. da. “*O novo Código penal e a moderna criminologia*”. En *Jornadas de Direito Criminal. O novo Código Penal português e legislação complementar*. Centro de Estudos Judiciários. Coimbra, 1983.

D

DE AGUIAR DÍAZ, JOSÉ. “*Da Responsabilidade Civil*”. 2° Vols. Editorial Forense, 8° Edición. Rio de Janeiro, 1987.

DAHM, GEORG. “*La Ley Penal de Italia a finales de la Edad Media, Investigaciones sobre la Relación entre la teoría. y práctica en el derecho penal de finales de la Edad Media, especialmente en la XVI Siglo, Suplemento sobre la historia del derecho penal alemán*”. Editorial Berlín, Leipzig, 1931.

DE BENITO, JOSÉ. “*La personalidad jurídica de las compañías y sociedades mercantiles*”. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1986.

DE GASPERI, LUIS. “*Anteproyecto del Código Civil Paraguayo*”. Editorial El Gráfico, 1964.

DE GREGORIO, ALFREDO. “*Los balances de las sociedades anónimas*”. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1950.

DEL VECCHIO, GIORGIO. “*Filosofía del Derecho*.” Bosch Casa Editorial, 1991.

DELVOLVÉ, PIERRE. “*Le principed’égalité devant les charges publiques, París, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence*”, 1969.

DE DOELDER, H., “*Criminal liability of Corporations*”, en TIEDEMANN, K/ DE DOELDER, H., “*La criminalisation du Comportement Collectif - Criminal Liability of Corporations, XIVE Congrès intemational de droit comparé/*”. The Hague/London/Boston,1996. MULDER, A., Schets van heí economisch strafrecht, Zwolle, 1983.

“*Derecho Comercial*”. Editorial Europa – América, EUDEBA, Bs. As, 1960.

Diccionario del Español Jurídico. Real Academia Española.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (Coord.), “*Memento Experto Reforma Penal*. Ediciones Francis Lefebvre, 2010.

DUGUIT, LÉON. *L État, les gouvernants et les agents*, Fontemoing, París, 1903, Dalloz, París, 2005.

E

Enciclopedia Jurídica. “*Omeba*”.

ETCHEVERRY, JUAN GILBERTO. “*Manual de Derecho Societario*”. Revista Critica de Jurisprudencia,1972

F

FARINA, JUAN M, “*Tratado de Sociedades Comerciales*”, Parte General. Editorial Zeus. Rosario, 1971.

FERRARA, FRANCISCO. “*Teoría de las Personas Jurídicas*”. Ciudad de México, Editorial Jurídica Universitaria, 2002.

FERRARA, FRANCISCO. “*Teoría de las Personas Jurídicas*”. Editorial Reus, Madrid, 1929.

FLORA, G.: «L’attualità del principio “societas delinquere non potest”», en Riv. trim. di Diritto penale dell’Economia, núm. 22, 1, 1995 y CUADRADO RUIZ, M^a ÁNGELES. “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿Un paso hacia atrás?*” Revista Jurídica En: <http://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/38633/RJ-n%C2%BA12-cuadrado.qxd.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. España. 2007

G

GALÁN GALÁN, ALFREDO Y PRIETO ROMERO, CAYETANO. “*El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*”. Anuario de Derecho Municipal 2008, Madrid, 2009.

GARO, FRANCISCO J. “*Sociedades Anónimas*”. Tomo I. Editorial Ediar, Bs As, 1954.

GHERSI, CARLOS A. (coordinador). “*Los Nuevos daños. Soluciones modernas de reparación*”. 2º Edición. Editorial Hammurabi, Buenos Aires. 2000.

GONZÁLEZ, TEODOSIO. “*Lecciones de Derecho Penal*”. Editorial Talleres nacionales de H. Kraus, 1911

GONZALEZ SIERRA, PABLO. “*Tesis Doctoral*”. Granada. 2012. Pág. 177, visible en: <https://hera.ugr.es/tesisugr/2098800x.pdf>

H

HAFTER, ERNST. “*Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*”. Berlin, 1903.

HALPERÍN, ISAAC. “*Sociedades comerciales*”. Parte General. Editorial. De Palma. Bs. As., 1964.

J

JAKOBS, G. “*Schuld und Praventio*n”. Recht und Staat, Heft 452/453, J.C.B. Mohr. (Paul Siebeck), Tübingen, 1976.

JAKOBS, G. “*Das Schuldprinzip*”. Rheinische-Westfälische Akademie der Wissenschaften Vorträge - G 319, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1992.

JAKOBS, G. “*Derecho Penal Parte General*”. Editorial Marcial Pons. Madrid, 1995.

JIMÉNEZ, WILLIAM GUILLERMO. “*Origen y Evolución de las Teorías sobre la Responsabilidad Estatal*”. Bogotá D.C. Colombia. No. 38. Enero - Junio de 2013.

L

Ley N° 157 de 17 de mayo de 1991.

Ley N° 433/82.

“*La ampliación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como un desafío para los programas de cumplimiento*” En: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2018/11/28/La-ampliacion-de-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-como-un-desafio-para-los-programas-de-cumplimiento.aspx?disp=1>

“*La responsabilidad penal de las personas jurídicas que operan en múltiples jurisdicciones*” en: <http://www.knc.eus/la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-que-operan-en-multiples-jurisdicciones/>.

LASCANO (H), CARLOS J. “*Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales en Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales*”. (Homenaje a Claus Roxin). Editorial Lerner – La Lectura, Córdoba, 2001.

LÓPEZ CABRAL, MIGUEL OSCAR. “*Código Penal Paraguayo Comentado*”. Intercontinental Editora. Asunción. 2009.

LYON PUELMA, ALBERTO. “*Teoría de la Personalidad Personas Naturales y Jurídicas*”. Editorial Universidad Católica de Chile. 1998.

LYON PUELMA, ALBERTO. “*Personas Jurídicas*”. Ediciones Universidad Católica de Chile. 2003.

M

MARIENHOFF, MIGUEL S. “*Tratado de Derecho Administrativo*”. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

MARTÍNEZ MILTOS, LUIS. “*La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*”, 2° Edición. Editorial El Foro. Asunción, 1989.

MARTÍNEZ PARDO, VICENTE JOSÉ. “*La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*”. Revista Internauta de Práctica Jurídica, Núm. 26, año 2011.

MAURACH, R. “*Derecho Penal. Parte General*”. Tomo II. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1995.

MEINI, IVÁN, “*Responsabilidad penal del empresario por los delitos cometidos por sus subordinados*”. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

MERCADER, AMILCAR. “*El tercero en el Proceso.*” Editorial Abeledo – Perrot, Bs As, 1960.

MIR PUIG, SANTIAGO. “*Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004, Núm. 06-01.

MICHELI, GIAN ANTONIO. “*Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General.*” Editorial Ejea, 1970.

MODOLLEL GONZÁLEZ, JUAN LUIS. “*Temas Penales*”. 2° Edición. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2008.

MONTELLA, GAY. “*Tratado de Sociedades Anónimas*”. Editorial Bosch, Barcelona, 1962.

MONTERO AROCA, JUAN. “*Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*”. Editorial Tirant lo Blanc, Valencia, 2002.

MORA RODAS, NELSON ALCIDES. “*Código Penal Paraguayo comentado*”. Intercontinental Editora, 2005.

MORALES MOLINA, HERNANDO, “*Curso de Derecho Procesal Civil*”, Parte General. Editorial ABC, 1985.

MORELLI, GAETANO. “*Derecho Procesal Civil Internacional.*” Editorial Jurídicas Europa – América, 1953.

MORELLO, AUGUSTO MARIO. “*La Reforma de la Justicia*”. Librería Editora Platense, 1991.

N

NIETO MARTÍN, ADÁN. “*El programa político-criminal del Corporate Government (Derecho penal de la empresa y gobierno corporativo)*”. Revista de Derecho y Procesal Penal. Editorial Aranzadi, España, 2004.

NIETO MARTÍN, ADÁN. “*La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Esquema de un Modelo de Responsabilidad Penal*”. Pág. 8 en: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/21responsabilidad-penal.pdf>

NUÑEZ CASTAÑO, MARIA ELENA. “*Seminario Internacional los Delitos Imprudentes en el Ámbito Empresaria*”. Revista De Estudios de la Justicia. N° 10. AÑO 2008.

O

OTTO, H., “*Die Strafbarkeit von Verbänden*”, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin. Berlin/New York. 1993.

ORDOQUI CASTILLA, GUSTAVO. “*Responsabilidad civil de las personas jurídicas (sociedades) por acto de sus administradores o dependientes*”. En: http://biblioteca.poderjudicial.gub.uy/index.php?lvl=notice_display&id=3300

Ordnungswidrigkeitengesetz (OwiG).

P

PALIERO, CE. “*Criminal Liability of Corporations*”, pág. 266 ss. En: TIEDEMANN, K/ DE DOELDER, H., *La criminalisation du Comportement Collectif.- Criminal Liability of Corporations*, XIVe Congrès international de droit comparé/The Hague/London/Boston, 1996

W. PEYRANO, JORGE, CHIAPPINI, JULIO. “*Tácticas en el Proceso Civil*”. Volumen 1. Editorial Rubinzal y Culzoni, 1983.

PEREZ DEL VALLE, CARLOS. “*Curso De Derecho Penal Económico*”. Editorial Marcial Pons, España, 1998.

PEREZ DEL VALLE, CARLOS. “*Curso de Derecho Penal Económico*”. Marcial Pons.

PARRA QUIJANO, JAIRO. “*La Intervención de Terceros en el Proceso Civil.*” Editorial Depalma, 1986.

PETIT, EUGÉNE. “*Tratado Elemental de Derecho Romano*”. Primera Edición. Editorial Porrúa, SA de CV. México, 1984.

PODETTI, J. RAMIRO. “*Teoría y técnica del proceso civil: y Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil.*” Editorial Ediar. Bs. As., 1963.

PODETTI, J. RAMIRO, “*Tratado de los actos procesales: principios y normas generales, 2ª parte.*” Editorial Ediar, Bs. As., 1955.

PODETTI, J. RAMIRO, “*Tratado de la Tercería*”. Editorial Ediar, 1949. Prieto Castro, Leonardo, “*El Derecho Procesal y su enseñanza Universitaria*”. En Boletín de la Universidad de Granada, N° 18, 1932.

PROCEDIMIENTO PENAL – APELACIÓN PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Ponente: José Manuel Maza Martín. Resolución N° 154 / 16 (Tribunal Supremo Sala de lo Penal. Sede Madrid. Sección 1, 29 de febrero de 2016).

R

RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO. “*Derecho Procesal Civil*” (T.2) (4ª ed), Editor J. M. Bosch, Barcelona, 1990.

RAMÍREZ CANDIA, MANUEL. “*Primera Jornada Conmemorativa de la Vigencia del Código Civil - Responsabilidad Civil de las Personas Jurídicas*”. CSJ, 1999.

REDENTI, ENRICO. “*Derecho Procesal Civil*”. Ediciones Jurídicas Europa América, 1957.

RENGEL ROMBERG, ARISTIDES. “*Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*”, Volumen II. Editorial Ex Libris, Caracas, 1991.

Resoluciones de los Congresos de la Asociación Internacional de Derecho Penal (1926-2014). En: <http://www.penal.org/es/resoluciones-de-los-congresos-aidp-iapl>

“*Responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. URL https://www.guiasjuridicas.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTA3NDt-bLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUtckhlQaptWm-JOcSoAsDdUqTUAAAA=WKE.

RICCOBONO, SALVATORE. “*Roma Madre de las leyes*”. Volumen 1 de clásicas del derecho y ciencias sociales. Editorial Depalma, 1975.

RIQUELME, VÍCTOR. “*Instituciones de Derecho Procesal Penal*.” Editorial Buenos Aires, 1965.

RIGHI, ESTEBAN. “*Los delitos Económicos*”. Editorial AD-HOC, 2000.

RÍOS AVALOS, BONIFACIO. “*Introducción al estudio de los hechos y actos jurídicos*.” Editora Paraguaya, 1999.

RIQUELME, VICTOR B. “*Instituciones de Derecho Procesal Penal*”. Editorial Atalaya, Buenos Aires-Argentina, 1946.

ROCCO UGO. “*Tratado de Derecho Procesal Civil*.” Editorial Temis - Depalma, 1969.

RODRÍGUEZ URRACA, JOSÉ. “*El proceso Civil y la Realidad Social*”. Editorial Universidad Central de Venezuela, 1957.

RODRÍGUEZ, A. ALESSANDRI. “*De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno*”. Ediar Editores Ltda., Santiago, 1983.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, RICARDO. “*Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*”. España. En: <https://www.unir.net/derecho/revista/noticias/la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas/549202980082/>. 2017.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, VIRGILIO. “*Revisión de los conceptos de acción, omisión y comisión por omisión: un análisis a través de casos*”. En: <http://dialnet.uniorioja.es/descarga/articulo>.

ROSENBERG, LEO. “*Tratado de Derecho Procesal Civil*.” Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955.

ROXIN, CLAUS. “*ESJ Strafrecht Allgemeiner Teil*”. Editorial C.H Beck Verlag. München, 1973.

ROXIN, CLAUS. “*Derecho Penal: Parte General Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*” Editorial Civitas. Madrid. 1997.

ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Marcial Pons, Barcelona. 1998.

ROSS, ALF. “*Sobre el Derecho y la Justicia*.”, Editorial Universidad de Buenos Aires, 1997.

ROXIN, CLAUS. “*Autoría y dominio del hecho en derecho penal*”. trad. 7ª ed. De Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo, Editorial Marcial Pons, Madrid 2000.

S

SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO. “*Recurso extraordinario. Volumen 2 de Derecho Procesal Constitucional*”. Editorial Astrea, Bs. As., 2002.

SALVAT, RAYMUNDO M. “*Tratado de Derecho Civil argentino VI.*” Editorial La ley. Buenos Aires Argentina. 1946.

SANTA PINTER, JOSÉ JULIO. “*Sistema del derecho anglosajón: análisis esquemático.*” Editorial. R. Depalma, 1956.

SAMPAIO SIQUEIRA, MARCELO. “*Responsabilidade do Estado. Erro Judicial Practicado em Ação Cível*”. Editorial, Belo Horizonte, 2001.

SATTA, SALVATORE. “*Manual de derecho procesal civil: Las disposiciones generales. El proceso de cognición.*” Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

SARMIENTO GARCÍA, MANUEL GUILLERMO. “*Estudios de responsabilidad civil*”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

SCHMITT, ROLF. “*Grundrifi des deutschen Strafrechts - Zugleich eine Einführung in das Studium der beiden Entwürfe eines neuen Strafgesetzbuchs von 1919 und 1925*”, Leipzig, 1925; 2 ed., Leipzig, 1931.

SCHAFFSTEIN, FRIEDRICH. “*Las lecciones generales del crimen en su desarrollo por la ciencia del derecho penal común*”. Berlín, 1930.

SCHUNEMANN, B “*Unternehmenskriminalität und Strafrecht - Eine Untersuchung der verantwortlichheit der Unternehmen und ihre Führungskräfte nach geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*”, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979.

SCHONKE, ADOLF. “*Derecho Procesal Civil.*” Editorial Bosch. Barcelona 1950.

SCIALOJA, VITTORIO. “*Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos.*” Editorial Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América, 1954.

SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL. “*Estudios de derecho procesal.*” Ediciones Ariel, 1969.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. “*La Expansión del Derecho Penal, Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*”. Civitas Ediciones, Madrid, 2001.

SILVA ALONSO, RAMÓN. “*Derecho de las obligaciones en el Código civil paraguayo: estructura, efectos, transmisión, extinción, fuentes*”. Intercontinental Editora, 2003.

SILVEIRA, ALIPIO: “*La buena fe en el proceso civil*”, Revista de Derecho Procesal. Año V. 1947.

SIQUEIRA, MARCELO. “*Sampaio Responsabilidade do Estado. Erro Judicial Practicado em Acao Cível.*” Editorial, Belo Horizonte, 2001.

SPENCER. “La responsabilité pénale des l’entreprises en Angleterre”. RSDCPC.1997.

STRATENWERTH, GUNTER. “*Derecho Penal. Parte General*”, traducción de la 2a. Edición alemana (1976) por Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982.

STRATENWERTH, G.: “*Strafrechtliche Unternehmenshaftung*”.Tübingen. 1992.

T

TACITO, CAIO. “*Tendencias Actuais de Responsabilidade Civil do Estado*”. En Revista de Derecho Administrativo, 1959.

TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. “*La Responsabilidad del Estado*”. Editorial Temis, Bogotá, 2000.

TAWIL GUIDO, SANTIAGO. “*Administración y Justicia-Alcance del Control Judicial de la actividad Administrativa*”. Ediciones Depalma. Bs. As., 1993.

TELECHEA SOLÍS, ANTONIO. “*Nulidades en el Proceso Civil. El Recurso de Nulidad. La Acción Autónoma de Nulidad*.” Editorial La Ley Paraguaya. Asunción, 1990.

TIEDEMANN, KLAUS. “*Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*”. Hamburg. 1976.

TIEDEMANN, K. “*Die Bebuflung*” von Unternehmen nach dem 2. Gestz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Neue Juristischen Wochenschrift (NJW), 1988.

TIEDEMANN .K. “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en derecho comparado*”.

TROUSSE, P. E., “*Sanctions pénales et personnes morales*”. RDP. 1975-1976.

V

VALDIVIA OLIVARES, JOSÉ MIGUEL. “*Teoría Del Órgano Y Responsabilidad Pública En La Ley De Bases De La Administración Del Estado*”. Revista de Derecho. 2006, versión online.

VIGO, RODOLFO (H). “Ética del Abogado. Conducta Procesal Indebida.” Editorial Abeledo Perrot. Argentina, 2003.

VILLAGRA MAFFIODO, SALVADOR. “*Principios de Derecho Administrativo*”. Asunción, Paraguay. Editorial El Foro. 1981.

VITE DE HITA, GREGORIO. “*La abogacía: estudio histórico de Derecho comparado, filosófico, ético y social*.” México, 1955.

VON GIERKE, OTTO. “*La ley alemana de asociaciones*”. Tomo III, Berlín, 1881.

VON MALBLANC, JULIUS FRIEDRICH. “*Opuscula ad ius criminale spectantia*” (Folletos relacionados con el Derecho Penal), Erlangen, 1793.

VON SAVIGNY, FRIEDRICH KARL. “*System des heutigen Romischen Rechts*”. Editorial Veil & Comp., Berlín, 1840, Tomo II.

VON SAVIGNY. F.C., “*Traité de droit Romain*”. Tomo II, París, 1860.



WELZEL, HANS. “*Derecho Penal Alemán. Parte general*”. 3ª Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987.

WYNESS MILLAR, ROBERT. “*Los Principios Formativos del Procedimiento Civil. La Reforma Procesal Civil en las Naciones*.” Editorial Ediar, 1945.

Z

ZAVALA RODRÍGUEZ, CARLOS JUAN, “*Código de Comercio y leyes complementarias comentados y concordados*”. Tomo I. Editorial Depalma, Bs. As, 1964.

ZANZUCCHI, MARCO TULLIO. “*Derecho Procesal Civil*.” Editorial. Varese, 1947.

ZELAYA ETCHEGARAY, PEDRO N. “*Sobre la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas en el Código Civil Chileno*”. En: *Revista Chilena de Derecho*. N° 3, volumen 13, septiembre-diciembre 1986.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA. “*La responsabilidad civil de la persona jurídica por delito*” (*A propósito de la sentencia del caso Crousillat*). En: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_54.pdf

Impreso en
EDITORIA LITOCOLOR SRL
Cap. Figari 1115, Asunción
Telefax: (595 21) 213 691 - 203 741
grafica@editorialitocolor.com
Impreso en Paraguay