

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES
VICERRECTORADO ACADÉMICO
CONSEJO DE ESTUDIO DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
MAESTRÍA DE DERECHO PROCESAL PENAL



www.bdigital.ula.ve

**LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LAS
LEGISLACIONES DE VENEZUELA Y ESPAÑA**

Autor: Francisco José Rodríguez M.
Tutor: Jorge Luis Villamizar Guerrero

Mérida, Abril 2013

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES
VICERRECTORADO ACADEMICO
CONSEJO DE ESTUDIO DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS
MAESTRIA DE DERECHO PROCESAL PENAL



LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS EN LAS
LEGISLACIONES DE VENEZUELA Y ESPAÑA

Trabajo presentado como requisito parcial para optar al Grado de
Magister en Derecho Procesal Penal

Autor: Francisco José Rodríguez M.
Tutor: Jorge Luis Villamizar Guerrero.

DOMICION

SERBIULA
Tulio Febres Cordero

Mérida, Abril 2013

DEDICATORIA

Las personas que queremos y perdemos, son guía que amparan nuestro camino, son el susurro que indican el mejor sendero, cobijando el alma de los que quedan... dedico este trabajo de investigación a mis amados y fallecidos padres Nelly y Alirio, cuyas enseñanzas y consejos permanecerá impérenme en mi vida... pues los recuerdos son el eco que no dejan que las vivencias se sumerjan en el olvido, les extrañare siempre...pero sé que desde el cielo me colmaran de mil bendiciones...

Francisco Rodríguez M

AGRADECIMIENTO

*A dos catedráticos de gran significación en mi formación académica
uno que partió tempranamente de nuestra vidas
y otro que con gran esfuerzo y dedicación continua
formando futuros juristas, a ustedes...*

profesores y amigos entrañables

*Amadís Cañizales Patiño y Jorge Villamizar Guerrero
Catedráticos de nuestra Ilustre Universidad de Los Andes*

*Maestros procesalistas de bondad y sabiduría infinita...
inculcaron de cultura académica las mentes de sus alumnos
quienes como yo admiraron y admiran sus obras, nobleza
y sus sinceras palabras de aliento y solidaridad*

Francisco Rodríguez M

ÍNDICE GENERAL

	pp.
APROBACIÓN DEL TUTOR	iii
DEDICATORIA	iv
AGRADECIMIENTO	v
INDICE GENERAL	vi
RESUMEN	ix
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULOS	
I EL PROBLEMA	4
1.1. Planteamiento del problema	4
1.2. Objetivos de la investigación	11
1.2.1. Objetivos general	11
1.2.2. Objetivos específicos	11
1.3. Justificación e importancia de la investigación	12
1.4. Delimitación de la investigación	13
II MARCO REFERENCIAL	15
2.1. Antecedentes de la investigación	15
2.2. Bases teóricas	23
2.2.1. Teoría del delito	23
2.2.2. Teoría de la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica como problema Político-Criminal	27
2.2.3. Las personas jurídicas en Venezuela	30
2.2.4. Las personas jurídicas en España	37
2.2.5. Las sociedades en Venezuela	42
2.2.6. Las sociedades en España	47
2.2.7. Criminalidad en la empresa y criminalidad de empresa .	49
2.2.8. Criterios Político criminales-seguido en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas	51
2.2.9. Principio “Societas delinquere non potest”	53
2.3. Bases Legales	57
2.4. Matriz de Análisis de Información	66
III MARCO METODOLÓGICO	73
3.1. Tipo de Investigación	73
3.2. Diseño de la Investigación	73
3.3. Procedimiento de Investigación	74
3.4. Población y muestra	75
3.5. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos	76
IV RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN	78
4.1. Análisis e interpretación	78
4.1.1. Aspectos generales	78
4.1.2. Sentido Histórico de la Responsabilidad Penal de las	

Personas Jurídicas	79
4.1.3. Problemas teóricos que condicionan la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ...	92
4.1.4. Modelo adoptado por las legislaciones de Venezuela y España en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas	123
4.1.5. Sujetos Sometidos a la Responsabilidad de las Personas Jurídicas	138
4.1.6. Sistema de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas	146
4.1.7. Tratamiento de las penas para la responsabilidad penal de las personas jurídicas	168
4.1.8. Aspectos procesales relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas	207
V CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	250
5.1. Conclusiones	250
5.2. Recomendaciones	265
Referencias bibliográficas.....	268
Anexos	276

www.bdigital.ula.ve

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES
VICERRECTORADO ACADÉMICO
CONSEJO DE ESTUDIO DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
MAESTRÍA DE DERECHO PROCESAL PENAL

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LAS LEGISLACIONES DE VENEZUELA Y ESPAÑA

Autor: Francisco José Rodríguez M.
Tutor: Jorge Luis Villamizar Guerrero.
Fecha: Abril 2013

RESUMEN

La globalización de la economía y el comercio mundial ha generado nuevas y complejas formas de ilícitos que trascienden de la persona humana al ente moral. Cuya penalización ha favorecido un arduo debate doctrinario y jurisprudencial en lo nacional y comparado, generando una evolución condicionada con tendencia a crear nuevas formas de delitos. En este orden, se realiza una comparación de la responsabilidad de las personas jurídicas a la luz de las legislaciones de Venezuela y España, bajo una investigación analítica con diseño documental, comparativo y evaluativo, cuyos resultados apuntalan a que en Venezuela esta responsabilidad penal presenta un vacío jurídico en el Código Penal y un exiguo tratamiento en la Norma Adjetiva Penal, muy a pesar del criterio jurisprudencial que pretende regularlo, sustentado en la política criminal y el fundamento social del delito, sancionando colateralmente normas penales que reconocen esa responsabilidad penal, como es la Ley contra la delincuencia organizada y financiamiento al terrorismo. Mientras que España ostenta un sistema de imputación mixto que parte de la heterorresponsabilidad penal empresarial para establecer una responsabilidad criminal directa por la acción y la culpabilidad de la persona jurídica independiente de sus administradores, desarrollando bases procesales de significativo avance práctico, que pueden sustentar la actualización del ordenamiento jurídico penal venezolano. Se recomienda reformar el Código Penal y el Código Orgánico Procesal Penal, ya que en Venezuela la responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta dificultosa e ineficaz, casi imposible de tutelar, ante su reducida regulación normativa, apartándose de la realidad social que plantea la actividad económica y comercial de estos entes.

Descriptor. Responsabilidad penal, personas jurídicas, derecho penal económico, legislaciones Venezuela y España.

INTRODUCCIÓN

Desde los inicios de la humanidad el ser humano ha tenido como núcleo central para su desarrollo el vivir en sociedad, ello en pro de lograr su armonía y subsistencia, de manera que al surgir -entre estos- conductas reprochables, a la par fueron emergiendo reglas y normas jurídicas tendientes a regular tales conductas, que no son más que transgresiones, que activaron mecanismos de control generando en las llamadas sanciones penales.

Al surgir las personas jurídicas como entes morales, susceptibles de derechos y obligaciones, tradicionalmente se ha venido rechazando la posibilidad de que estos tengan responsabilidad penal por un delito, afirmación esta que se sustenta en el aforismo “societas delinquere non potest”, es decir, las sociedades no pueden delinquir. El sustento dogmático radica en que ésta carece de voluntad, desde el punto de vista penal, por ende el dolo, no pueden recaer en ella, excluyéndola del ámbito de aplicación de la ley penal como responsable en la comisión material de un delito, lo cual se afirma en la propia teoría del delito que fue construida sobre la base de la persona natural. Así pues, el delito depende de una acción humana bajo una manifestación de voluntad libre y consiente no pudiendo ser sujeto activo de delitos quien adolece de conciencia y voluntad propia.

Ahora bien, con el transcurrir del tiempo y el incremento de la criminalidad las denominadas personas jurídicas han obtenido un protagonismo tal dentro de la sociedad al punto de emerger como un instrumento de perpetración de hechos punibles; y aun cuando diversos ordenamientos jurídicos se han visto en la necesidad de sancionarlos penalmente bajo soluciones esencialmente pragmáticas la dogmática tradicional en materia jurídico-penal en la práctica ha fracasado en su implementación, limitándose a establecer solo sanciones de orden pecuniario

o de inhabilitaciones que pueden ser efectivas en el orden económico o tributario mas no en el orden penal.

En la legislación patria ante la necesidad de regular conductas típicas ejecutadas mediante estos entes adstratos se ha venido recogiendo en diferentes leyes penales especiales algunas sanciones sin superar en su esencia el vacío legal reinante en cuanto su aplicación práctica digno de analizarse y confrontarse con la realidad actual. Ante ese gran drama, la doctrina nacional y extranjera ha postulado posturas legales, críticas, analíticas y filosóficas sobre bases teóricas defendibles que no terminan de soslayar su aplicación dentro de sus países; así pues, en la legislación nacional, aun cuando el Código Penal vigente solo prevé la responsabilidad de las personas naturales, dicho concepto –como se dijo- ha venido modificándose en el tiempo sin resolver el problema de fondo.

En este orden de ideas surge como paradigma de este planteamiento el caso del canal Globovisión, el cual generó una novísima sentencia vinculante emanada de nuestro máximo tribunal de justicia, mediante la cual se reconoce la responsabilidad penal a la persona jurídica; otorgándoles a los entes morales capacidad de culpabilidad penal –imputabilidad- y señalando que la tutela penal abarca a todas las personas sean naturales o jurídicas.

Ahora bien, sobre la base de los antes expuesto, se presenta una investigación cuyo propósito es comparar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en las legislaciones de Venezuela y España, tomando en cuenta que en este último país, se ofrece un tratamiento más claro y directo a esa responsabilidad.

Este estudio se estructuró en cinco capítulos en los que se desarrolla el siguiente contenido: El Capítulo I, corresponde al problema, y para ello se

aborda el planteamiento del problema, los objetivos de la investigación, su justificación e importancia, y limitaciones del estudio.

En el Capítulo II, se desarrolla el marco teórico, partiendo de los antecedentes de la investigación, bases teóricas y bases legales.

El Capítulo III, expone el marco metodológico relativo al tipo y diseño de la investigación y procedimiento de la misma.

El Capítulo IV, presenta el análisis crítico e interpretación de los resultados y

En el Capítulo V, se ofrecen una serie de conclusiones y recomendaciones generales que permiten dar a conocer la importancia del estudio y finalmente, se presentan las referencias bibliográficas utilizadas.

www.bdigital.ula.ve

CAPÍTULO I

1. EL PROBLEMA

1.1. Planteamiento del Problema.

En la economía mundial contemporánea, existe una marcada tendencia de las personas naturales hacia la asociación corporativa, esa prevalencia de agrupación mediante la constitución de personas jurídicas, ha auspiciado que la empresa desplace al comerciante individual en el terreno de la economía. Esta entelequia jurídica es considerada un sujeto de derecho, totalmente independiente de sus miembros, adquiriendo existencia propia, mediante un dispositivo normativo que supone la creación de un privilegio para los miembros que la constituyen. Tal tendencia hacia la consolidación y prevalencia del ente abstracto en la economía y el propio comercio, han generado nuevas formas de delinquir, las cuales, muchas veces quedan impunes, pues los miembros que la conforman en amparo de esa prerrogativa, encubren escenarios fraudulentos, utilizando en determinadas ocasiones esa fachada para ocultar conductas ilícitas, abusos o fraudes, o para causar daños a terceros, generando un juicio de reproche de parte de la sociedad ante ese actuar, emergiendo como consecuencia de ello la necesidad de crear un cuerpo normativo, que regule tales conductas, y de esa manera se consolide el denominado Derecho Penal Económico.

En este contexto, el Derecho Penal tradicional ha resultado ineficiente como medio de control de conductas ilícitas vinculadas con la actividad empresarial, pues como lo anota Moreno (2007) rara vez son aplicables sanciones penales a personas diferentes de los agentes directos de las trasgresiones, éstos son casi siempre empleados o funcionarios de rango inferior; o los efectos de las sanciones, como las grandes multas, terminan por aplicarse a terceras personas que ninguna relación tiene con la

trasgresión, y menos aún pueden hacer algo para evitar violaciones futuras, como los empleados, los acreedores o el público en general.

Resultando evidente que la criminalidad económica con sus nuevas modalidades y nuevos recursos tecnológicos, es más perjudicial para el cuerpo social en términos de dañosidad que la delincuencia común. Observándose ante estas transformaciones de la delincuencia, una mayor injerencia de las personas jurídicas colectivas en su comisión, como sucede, tratándose por ejemplo, de hechos que tienen que ver con la afectación de la ecología y la economía pública, como es el caso de la llamada delincuencia de cuello blanco o de cuello dorado, por hacer referencia al tipo de sujetos que intervienen en su comisión, entre los que destacan los delitos (fraudes) económicos, financieros, bancarios y fiscales. Igualmente destaca el involucramiento de personas jurídicas, de sus directivos o administradores en conductas relacionadas con el narcotráfico, como es el caso del *"lavado de dinero"* en donde también participan las instituciones financieras y bancarias, sin que el Estado haya encontrado hasta ahora los mecanismos adecuados para enfrentarlo. Siendo necesario que a dichas personas jurídicas también se les responsabilice y sancione, no sólo civil o administrativamente, sino penalmente; y ello, por supuesto, al margen de la responsabilidad de sus directivos o representantes legales.

Es así como las cuestiones de Política Criminal, obligan a contrarrestar la creciente y moderna criminalidad económica o empresarial, a través de la represión penal, ya que existe una aceptación generalizada, en cuanto a que los actos de relevancia penal, son frecuentemente cometidos por estas estructuras en cuyo seno se concentran grandes dosis de poder. Inclínándose la tendencia actual por la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y en consecuencia, a admitir que muchos delitos se cometen por directivas o políticas de la organización, no siendo viables en tales casos la imputación a personas individuales.

En este orden de ideas aun cuando existe diversidad de teorías que pretenden determinar la responsabilidad penal del ente abstracto, tradicionalmente se conocen algunas teorías que sostienen argumentos confrontados que refieren a la responsabilidad de las personas jurídicas, como son la teoría de la ficción y de la realidad. Una de ellas es postulada por Savigny, citado por Aparicio (2008), mediante la cual se establece que las personas jurídicas no conforman un ser real, son creaciones del derecho. La ficción viene a constituir un instrumento técnico, que sólo el legislador puede ampliar. En lo que se considera a una asociación de personas o a un conjunto de bienes como una unidad, tratándola como una persona, sujeto de derecho. Sin embargo, estas agrupaciones al no tener voluntad, su estatus jurídico sería el de un incapaz relativo, que necesita perfeccionar sus actos con la concurrencia de otra perfectamente capaz: la persona natural.

Otra de las teorías es la de la realidad, mediante la cual la persona jurídica, debe ser concebida como un ser colectivo real, formado por hombres reunidos y organizados en una existencia conjunta que tiende a la consecución de fines que trascienda la esfera de los intereses individuales, mediante la común y única fuerza de voluntad y acción. Reconociendo esta teoría a las personas jurídicas voluntad propia, por lo que no son una mera proyección de las personas naturales que los conforman, sino una específica y autónoma realidad, independiente de toda intervención del Estado, por lo que su reconocimiento es meramente declarativo.

De manera que el antiguo fundamento de que es necesaria la voluntad, entendida como facultad psíquica de la persona individual para poder configurar la capacidad de acción, culpabilidad y susceptibilidad de pena, ha cambiado, dando paso a la ampliación del contenido de estos conceptos. La culpa de la persona jurídica se determina tomando en cuenta la responsabilidad social. La culpabilidad va a ser asumida como una categoría de valor orientada, principalmente, a satisfacer el fin social de protección

preventiva de los bienes jurídicos en peligro. Además que, el aspecto sociológico del cambio hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se considera necesaria, por cuanto las organizaciones complejas denotan una personalidad propia y particular, al margen del comportamiento individual de sus miembros. Lo cual pone de manifiesto que las personas cambian su conducta cuando se sienten protegidas dentro del grupo, llegando en casos extremos a cometer eventos delictuosos cubriéndose en la fachada de la persona jurídica.

Ahora bien, la propensión internacional muestra la consagración de la responsabilidad de las personas jurídicas derivada de la comisión de determinados delitos, así en Latinoamérica se observa de manera clara un avance hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas; siendo los motivos de este progreso:

1. La iniciativa propia de algunos gobiernos ante escándalos corrupción, especialmente si involucraron a empresas privadas y
2. La observación y cumplimiento de los tratados y convenciones internacionales ratificados por Venezuela.

Si bien hay países que aún permanecen con la responsabilidad penal radicada en el representante de la persona jurídica, el avance se evidencia con claridad en otros, donde se han producido reformas legislativas, o se manejan proyectos de ley con distinto grado de progreso en el trámite parlamentario.

Dentro de los países que ya presentan algunos avances, se encuentran Colombia y Guatemala. En el primero, ha sido el Poder Ejecutivo el que, a través del Programa Presidencial de Lucha Contra la Corrupción junto a la Vicepresidencia de la República, ha impulsado una ley que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ello en el marco de las

reformas para el cumplimiento de la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción. En Guatemala, en cambio, se impulsó la Reforma del Código Penal, dentro de la que se establece claramente una diferencia entre la responsabilidad penal de las personas naturales, y la de las personas jurídicas.

Asimismo, otros de los países que ya legislaron la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se encuentran Venezuela y Bolivia. En Venezuela los primeros pasos de creación normativa sobre el tema se observa con la Ley Penal del Ambiente, publicada en Gaceta Oficial N° 4358 de fecha 3 de enero de 1992, (cuya última modificación es del 5 de Enero de 2008), que instauró en su seno una mixtura, en cuanto a la responsabilidad penal de la persona jurídica, al establecer en su artículo 3, primeramente una responsabilidad directa de la persona moral y de seguidas de forma simultánea en el artículo 4, la responsabilidad de los gerentes, directores, representantes o administradores por los ilícitos cometidos en nombre y representación de esta. Posteriormente en nuestro país, en fecha 7 de abril de 2003 entró en vigencia la Ley Contra la Corrupción, que contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Allí se aclara, desde un principio, en su artículo 2, que “están sujetos a esta Ley los particulares, personas naturales o jurídicas y los funcionarios públicos en los términos que en esta Ley se establecen”. En Bolivia se promulgó el 1° de abril de 2010, la Ley de Lucha contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”. Ésta establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas y tiene por objeto prevenir, investigar, procesar y sancionar actos de corrupción, así como recuperar el patrimonio afectado del Estado.

Igual se ha venido haciendo en las legislaciones de Chile, Costa Rica y Perú, para ejemplificar cómo en el derecho comparado latinoamericano se ha establecido la responsabilidad de las personas jurídicas. Siendo igualmente

lo propio en Europa, en donde la Legislación española ha establecido una responsabilidad penal directa y autónoma de las personas jurídicas, previendo la imposición de penas gravísimas, algunas de las cuales podrán ser acordadas por el Juez de Instrucción como medida cautelar que van desde la multa, pasando por la intervención judicial, la suspensión de actividades o la clausura temporal de establecimientos, hasta la mismísima disolución de la persona jurídica, (la pena de muerte empresarial).

En este sentido, en España, los primeros intentos de creación normativa sobre el tema de la responsabilidad criminal del ente moral se observa con las denominadas “consecuencias accesorias” introducidas en 1995 por el nuevo Código Penal español, daban la oportunidad de construir una nueva línea de intervención penal, de seguidas se advierten nuevos adelantos sobre criminalidad del ente moral pasando por la ley 37/2003 hasta la reforma 5/2010 que supone el banderazo de salida a nuevos debates y pone fin a otros anteriores.

De esta manera en España –*como ya se dijo*- se produce a partir del 2010, una ruptura definitiva con el principio *societas delinquere non potest*, constituyendo una decisión fundamental de política criminal y penal que se inscribe en la línea de importantes ejemplos del Derecho penal comparado europeo, los cuales, a lo largo de las últimas décadas, han ido reconociendo la posibilidad de exigencia de responsabilidad penal de las personas jurídica, como recurso fundamental para la lucha contra la criminalidad de empresa, tan relevante en el plano de la criminalidad económica o de la corrupción y como instrumento de las tramas organizadas.

Ante esta dinámica legislativa resulta interesante comparar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tomando como punto de partida las teorías de la ficción y de la realidad que son acogidas por las

legislaciones venezolana y española, respectivamente, para de esa manera dar respuesta a interrogantes como:

¿En qué consiste la responsabilidad penal de las personas jurídicas en las legislaciones de Venezuela y España?

¿Cuál es el sentido histórico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas?

¿Cuáles son los problemas teóricos que condicionan la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas?

¿Qué modelo adoptan las legislaciones de Venezuela y España en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas?

¿Quiénes son los sujetos que están sometidos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas según las legislaciones de Venezuela y España?

¿Cuál es el sistema de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en las legislaciones de Venezuela y España?

¿Qué tratamiento tienen las penas para la responsabilidad penal de las personas jurídicas en las legislaciones de Venezuela y España?

¿Cuáles son los aspectos procesales relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en las legislaciones de Venezuela y España?

1.2. Objetivos de la Investigación.

1.2.1. Objetivo General.

Comparar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en las legislaciones de Venezuela y España.

1.2.2. Objetivos Específicos.

1. Evaluar el sentido histórico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

2. Describir los problemas teóricos que condicionan la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

3. Diferenciar el modelo adoptado por las legislaciones de Venezuela y España en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

4. Identificar los sujetos sometidos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

5. Analizar el sistema de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

6. Establecer el tratamiento de las penas para la responsabilidad penal de las personas jurídicas en las legislaciones de Venezuela y España.

7. Caracterizar los aspectos procesales relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas entre las legislaciones de Venezuela y España.

1.3. Justificación e Importancia de la Investigación.

En la actualidad la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en parte, se encuentra relacionada con los delitos económicos, porque las acciones punibles, y las infracciones administrativas que se cometen con la participación de una persona jurídica tienen correspondencia, comúnmente, con el orden económico. La actividad de las personas jurídicas núcleo esencial del ámbito comercial nacional e internacional, parte en la mayoría de los casos de una estructura societaria que, a mayor capacidad económica y financiera, produce un mayor grado de anonimato de sus integrantes físicos.

En el presente trabajo, se plantea el desarrollo de una investigación que aborda una temática fuertemente debatida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia nacional y comparada, en las que se evidencia un tratamiento que da cuenta de una evolución condicionada en todo momento a la creación de nuevos delitos por la dinámica de la economía y del comercio; con una tendencia a introducir en ciertas materias económicas en las legislaciones europeas de post-guerra una regulación de las ilicitudes de (sobre todo en materia ambiental, crímenes de lavado y legitimación de capitales así como de orden fiscal, financiero y en Derecho de monopolios). En este orden de ideas, la investigación se orienta a identificar el tratamiento de la responsabilidad de las personas jurídicas a la luz de las teorías que intenta explicarla como es la teoría de la ficción, adoptada por la legislación venezolana, y la teoría de la realidad, acogida en la legislación española.

Desde el punto de vista práctico, la investigación, aborda una problemática que se vincula a una dinámica delictiva, respecto de la cual en materia penal desde el punto de vista sustantivo y adjetivo plantea problemas teórico-prácticos en razón que se ha querido dar un tratamiento dogmático como el que se aplica para la responsabilidad de las personas físicas.

Metodológicamente la investigación se orienta a realizar un análisis comparativo entre las legislaciones de Venezuela y España, para de esa manera conocer cómo es la responsabilidad penal de las personas jurídicas en estos ordenamientos, lo cual es de gran importancia por la dinámica que actualmente registra la criminalidad económica en algunas de estas sociedades.

Desde el punto de vista del Derecho Procesal Penal, la investigación aborda un tema que desde el punto de vista jurídico, sociológico y práctico se ha convertido en la piedra angular de una gran gama de reflexiones y consideraciones sobre el sistema jurídico en su más amplia expresión. En este sentido, un acercamiento hermenéutico, centrado en las diferentes facetas del tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se justifica plenamente, sobre todo si se piensa que la dinámica de las sociedades va a la par de la dinámica jurídica y legal y que las modificaciones o adaptaciones de la norma son el producto de un ineludible proceso de reajuste legal, tomando como sustento los eventos que se suceden cotidianamente en el ámbito legal.

1.4. Delimitación de la Investigación.

El problema que se plantea estudiar se encuentra relacionado con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, temática que reviste una gran importancia frente a la criminalidad económica, y sobre el que se presentan puntos de vista diferentes para su tratamiento en las legislaciones, algunas de las cuales toman como parámetro para su regulación la teoría de la ficción y otras la teoría de la realidad.

Temporalmente la investigación se desarrolla bajo los parámetros de las normativas jurídicas vigentes en las legislaciones de Venezuela y España, en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Geográficamente, la investigación se realiza en el ámbito espacial de las leyes venezolanas y españolas.

Asimismo, la investigación se contextualiza dentro de las líneas de investigación que ofrece la Maestría de Derecho Procesal Penal en la Facultad de Ciencia Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes, toda vez que la misma se vincula a la dogmática penal, y a la normativa adjetiva penal, tomando en consideración que es un tema que demanda de una tutela jurídica efectiva para contrarrestar las prácticas fraudulentas que viene realizando las personas jurídicas tanto en Venezuela, como en España.

www.bdigital.ula.ve

CAPÍTULO II

2. MARCO REFERENCIAL

2.1. Antecedentes de la Investigación.

Planteado como ha sido el problema, precisados sus objetivos generales y específicos que determinan los fines de la investigación, es necesario establecer los aspectos teóricos que sustentan el presente estudio. En consecuencia, dentro del Marco Teórico se muestran las bases de las diversas teorías y conceptos relativos a la responsabilidad penal de los entes abstractos en las legislaciones de Venezuela y España, que orientan el sentido de esta investigación.

El propósito de este capítulo, es dar al estudio un procedimiento coherente de conceptos y proposiciones que permitan integrar el problema en un ámbito donde este cobre sentido. De igual forma, permite orientar la investigación a partir de las posturas de las diferentes teorías y enfoques dogmáticos del ámbito jurídico penal contemporáneo, sobre la responsabilidad penal de los entes colectivos y su influencia en la criminalidad empresarial, las diversas posturas dominantes a nivel mundial así como los conflictos que en la práctica se aprecian en el recorrido del proceso desde la imputación hasta la penalización de estas agrupaciones colectivas. Seguidamente se plantean algunos trabajos donde los analistas han presentado investigaciones previas en cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas como antecedentes en el estudio planteado.

Los antecedentes de la investigación que orientan el estudio, como medios bibliográficos, conferencias y estudios afines que se relacionan con el problema objeto de estudio, son muy escasos, sin embargo, se encontraron algunos estudios que se vinculan de forma indirecta al problema planteado, como es el caso de:

Gómez-Jara (2010), realizó el trabajo titulado “¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una ante crítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel”, en el que sostiene que, en el seno de un verdadero o genuino Derecho penal empresarial, debe diferenciarse entre personas jurídicas con capacidad de culpabilidad (empresarial) y personas jurídicas inimputables, frente a las que cabe, por ejemplo, imponer cierto tipo de medidas o sanciones. Pare ello, hace una exposición de los fundamentos básicos del concepto clave de toda esta problemática, como es la culpabilidad empresarial, bajo un enfoque constructivista, para luego exponer las consecuencias que de ello se derivan, y finalmente demostrar por qué resulta político-criminalmente más adecuado llevar a cabo un planteamiento de estas características.

Tales disertaciones, le llevan a concluir que es necesario que el modelo que rija el Derecho penal empresarial sea, al igual que en el Derecho penal individual, un modelo de autorresponsabilidad, de responsabilidad por la culpabilidad propia, y no de atribución de culpabilidad ajena. De ahí se deriva como corolario lógico la necesidad de distinguir entre organizaciones empresariales imputables e inimputables a los efectos de determinar los criterios de imputación y el tipo de sanción a imponer. Ello constituye un fiel reflejo de las matizaciones ya existentes en la sociedad moderna, donde no todas las empresas generan una determinada cultura empresarial o participan en la conformación de las normas.

Recomienda que el Derecho penal, si pretende garantizar la identidad normativa de una sociedad, debe tener en cuenta esta idiosincrasia de la sociedad empresarial post-industrial en la que las organizaciones empresariales se constituyen como operadores jurídicos, económicos, políticos y sociales de primer orden.

La pertinencia de esta investigación al problema de estudio planteado está dada por las argumentaciones teóricas realizadas en torno a ciertos problemas teóricos que condicionan la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo cual es uno de los objetivos que se persiguió lograr en la investigación.

Reyes (2010) presenta una investigación titulada “La persona jurídica como sujeto del reproche penal” en el que señala que el estudio del sujeto activo del delito, del delincuente o del protagonista del drama penal, como lo denominó Enrico Ferri, citado por el autor en mención, puede efectuarse desde su dimensión como ser humano concreto en sus reacciones vitales, somáticas, psíquicas y sociales, esto es, con referencia a su personalidad, lo que interesa fundamentalmente a la criminología, o bien puede estudiarse como elemento personal activo del delito, considerado por tanto en abstracto, en su doble posibilidad de autor o cómplice.

En este último caso, su sistematización dentro del Derecho Penal depende de que se adopte la tricotomía: delito, delincuente y pena (en que tendrá sustantividad propia) o la dicotomía: delito y pena, considerándolo entonces como elemento personal de la acción.

La cuestión en la doctrina resulta pacífica hasta que se plantea la posibilidad de que tengan la consideración de sujeto activo del delito las personas jurídicas. Así, respecto de las personas singulares, la cuestión no ofrece duda en la actualidad, pues la primera característica del delito es la de ser una acción, en sentido amplio, comprensivo de la acción y la omisión, y no un hecho, lo que supone, necesariamente, la obra de un ser dotado de inteligencia y voluntad, y por tanto únicamente el hombre pueda ostentar la condición de delincuente.

Sin embargo, el análisis de la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o morales se hace necesaria desde el momento en que tales entidades, en el ejercicio de su actividad, despliegan una serie de acciones y omisiones punibles, esto es, deja de ser una fictio iuris creada para el desenvolvimiento de fines económicos o sociales y se convierte en sujeto activo del injusto típico.

Pese a los intentos normativos por la superación del principio *societas delinquere non potest* se deja desde este momento expresada la opinión personal de que lo correcto será siempre referirse a la criminalidad de los representantes de la empresa utilizando a esta, ya sea desde dentro o desde fuera de la empresa y ello porque si bien en el más estricto sentido mercantil puede crearse la fictio iuris de que un ente goza de personalidad jurídica, de voluntad propia, de poder de decisión y de patrimonio propio, desde el más estricto sentido penal, o si se quiere punitivo o penitenciario, no puede crearse la ficción de que ese ente pueda ser sujeto de una pena, a no ser que sea, igualmente, ficticia, pues será cualquier cosa, con mayor o menor valor preventivo, pero no una pena *strictu sensu*.

Y ello porque desde un punto de vista de política criminal, de prevención general o especial, la pena es la conminación del Estado para la evitación del delito, entendida como la privación de un derecho a consecuencia de un actuar injusto y típico y que pretende operar como elemento disuasorio en la mente del sujeto activo ante el mal con el que se reprocharía su eventual actuación, si bien podemos decir que una sociedad o una fundación ni siente ni padece las consecuencias que pudieran derivarse del actuar de los miembros, personas físicas, que la rigen o componen, verdaderos sujetos activos del delito y pasivos de la imposición de la pena.

Prueba del acierto de esta opinión es que ni los ordenamientos jurídicos más decididos en castigar penalmente a las personas jurídicas, como ocurre

con el Código Penal español, han denominado “pena” a las sanciones a imponer, sino que se limitan a imponer consecuencias, entendidas como medidas de seguridad o consecuencias civiles o administrativas, del actuar penalmente ilícito de quienes usan para delinquir a estas entidades o de las propias entidades según el artículo 31 bis de la reforma 37/2003 del Código Penal español.

En este sentido, y sin prejuzgar la necesidad de limitar “de algún modo” la actividad ilícita de las personas jurídicas, la imposición de la pena a la persona física le hace perder ciertos derechos, tales como la libertad, que le hacen meditar acerca de la comisión del delito, pero la imposición de consecuencias accesorias a las personas jurídicas, aún la más grave de su desaparición, no conmina suficientemente a la persona física que la dirige, que puede crear otra con los mismos fines.

Concluye, que la doctrina es unitaria al ver a la persona jurídica como verdadero sujeto o ente capaz de desarrollar actividades delictivas y de ocultar a su autor material en el oscuro entramado de su organización, e incluso al pronunciarse a favor en torno a la necesidad de poner coto a situaciones de impunidad cada vez más frecuentes.

Salvo las entidades de prestigio, que basan el éxito empresarial en el buen nombre de la firma, quienes delinquen a través de personas jurídicas no ven ellas más que el ladrón a la ganzúa, por cuanto las medidas de represión del delito han de pasar inevitablemente por una sanción al autor responsable -persona física- de la conducta criminal, y ello con independencia de que en las consecuencias civiles *ex delicto* haya de contribuir la persona jurídica en virtud de una *culpa in vigilando* del autor material -persona física- del delito.

Cuestión distinta es la de la persona jurídica que en el desarrollo normal de su actividad comete un delito. En este supuesto, el non nato artículo 31 bis sí podría resultar más preventivo que el actual artículo 31, junto al nuevo sistema de compartir culpas civiles y penales, pues va a hacer extremar los cuidados debidos a los responsables de las personas jurídicas, a fin de evitar la comisión de delitos en su seno.

La pertinencia del anterior estudio al problema estudiado se encuentra en las apreciaciones que hace el investigador sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española, lo cual es el tema sobre el cual giró la problemática planteada, desde el punto de vista comparativo para su tratamiento.

Aparicio (2008) realizó el trabajo titulado "Vigencia actual del aforismo latino "societas delinquere non potest" en el cual plantea que en la actualidad, como resultado de la evolución que han sufrido las diversas modalidades delictivas que se conocen, una nueva figura ha entrado a formar parte de la gama de diversos sujetos capaces de llevar a cabo este tipo de actuaciones. Este nuevo concepto es el de las personas jurídicas. A consecuencia de la novedad de esta posibilidad insospechada hasta el momento, existe un amplio margen de actuación en el que ciertas conductas llevadas a cabo por estas entidades gozan de una total impunidad, debido a la imposibilidad por parte del ordenamiento jurídico de hacerlas directamente responsable de sus actos. Existiendo al respecto dos teorías que pueden ayudar a ventilar la cuestión.

Así, desde la denominada **Teoría de la Ficción** establecida por Savigny, resulta imposible proceder a llevar a la práctica la igualdad de trato de estas personas físicas y de las jurídicas sin transgredir la necesaria identificación tanto de delincuente como del condenado, máximas de necesario respeto en nuestro sistema de Derecho Penal actual.

Por el contrario, desde la perspectiva de la **Teoría de la Realidad** creada por Gierke, no existe ningún tipo de obstáculo que nos impida llevar a cabo esta equiparación. De acuerdo con ella, el hecho de que estos entes (las personas jurídicas) estén integrados por personas físicas es razón suficiente para dotarlos de capacidad para que puedan llevar a cabo diversas actuaciones en su propio nombre, y con total autonomía y libertad en la vida jurídica.

Estas disertaciones le llevan a concluir que ha quedado demostrada la imperiosa necesidad que existe en la actualidad de establecer algún tipo de mecanismo que permita actuar de manera directa sobre este tipo de sujetos. De este modo se podrá, no sólo controlar las diversas actividades delictivas llevadas a cabo por este tipo de entidades, sino que también permitirá solventar todos aquellos impedimentos y defectos de los que adolece nuestro sistema penal actual. Además, nos permitirá erradicar de nuestro sistema legislativo la impunidad de la que hacen gala en este momento las diversas conductas llevadas a cabo por la totalidad de las personas jurídicas existentes.

El aumento de los delitos cometidos por personas jurídicas y el aparente vacío legal que existe a este respecto, ha hecho patente la necesidad de reconocer a las personas jurídicas, y en concreto a las empresas, como un sujeto capaz de llevar a cabo distintas acciones merecedoras de un reproche penal. El objetivo de la investigación es reflexionar sobre el hecho de que nuestro sistema legislativo actual, lejos todavía de su absoluta perfección, necesita ser revisado y actualizado en el plano sustantivo y adjetivo penal, para que de este modo sus preceptos se ajusten con total precisión tanto a la realidad, como a las emergentes y diversas problemáticas a las que debemos enfrentarnos cada día.

La sociedad evoluciona y se transforma y con ella lo hacen también tanto los delitos que se cometen en su seno, como los diversos sistemas legales y penales especialmente diseñados para el castigo de este tipo de conductas. Nuestros legisladores jamás pensaron que, además de las personas físicas, alguien pudiera cometer conductas delictivas y por ello en el momento de establecer las bases de nuestro sistema penal actual, establecieron únicamente ciertos requisitos en lo referente a las diversas conductas llevadas a cabo por los seres humanos. Esta realidad no implica que debido a la introducción de otra categoría de sujetos en su comisión, así como por el perfeccionamiento y desarrollo de nuevas modalidades en su realización, impidan la modificación de nuestros sistemas jurídicos y legales, para posibilitar el castigo de este tipo de conductas.

Lo primordial es tanto la efectividad de las leyes como la represión y control de las conductas que deseamos evitar, por lo que en vez de malgastar nuestros esfuerzos en interminables discusiones doctrinales, y en la aportación de diversas teorías que impidan la consecución del objetivo establecido, es necesario valorar adecuadamente la importancia de la meta que queremos lograr, así como de los medios que tenemos a nuestro alcance para su verdadera consecución.

También es cierto que no pueden olvidarse las bases y los principios que sustentan el sistema legislativo actual venezolano y que exigen al autor del delito, no sólo una voluntad de la acción, si no además una capacidad de motivación por la propia norma para poder proceder con posterioridad a su imposición. Sin que con ello se quiera decir que sea necesario olvidar todas estas enseñanzas, sino simplemente que existe la necesidad de superar los obstáculos que las mismas establecen para poder proceder a la aplicación de estos mismos preceptos a las personas jurídicas, imposibilitando de este modo que los actos llevados a cabo por ellas queden impunes ante la

imposibilidad de castigarla por la propia imprecisión o vacíos de nuestro ordenamiento jurídico.

La vinculación de la anterior investigación al problema estudiado, se encuentra en las disertaciones que se hacen con respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas bajo el prisma de las teorías de la ficción y de la realidad, lo cual es objeto de desarrollo, en uno de los objetivos propuestos relacionado con el modelo que se sigue tanto en Venezuela como en España con respecto a tal responsabilidad.

2.2. Bases Teóricas.

2.2.1. Teoría del Delito.

La teoría del delito, según lo indicado por Hassel (2011:1) es “el conjunto de instrumentos conceptuales aptos para determinar si el hecho que se enjuicia es el presupuesto de la consecuencia jurídico – penal prevista en la ley”. También puede decirse que la teoría del delito es el medio técnico jurídico para establecer a quien se debe imputar ciertos hechos y quien debe responder por ellos.

De manera que es un instrumento conceptual que tiene por finalidad la aplicación racional de la ley penal a un caso, empleando el método analítico que separa los distintos problemas en diversos niveles o categorías. Refiere Hassel (2011), citando a Palestra (1998) que la teoría del delito, es una parte del derecho penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general, cuáles son las características que debe tener cualquier delito; responde a la interrogante: ¿cuándo hay delito? Tratándose de una construcción dogmática que proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso en concreto.

Expresa Hassel (2011:5) que la teoría del delito “debe elaborarse a partir de una serie de principios derivados de la Constitución Nacional, que resultan condicionantes y previos a la ley penal. Antecedentes inmediatos son los principios básicos del código tipo para América Latina”. Estos principios describen las cuatro categorías antes mencionadas, que son la acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

1. Acción: Es el movimiento corporal voluntario, que mediante una relación causal que produce una modificación del mundo exterior perceptible de ser apreciado por los sentidos, que se denominan resultados.

2. Tipicidad:

- **Principio de materialidad, de exterioridad o del hecho (nullum crimen, nulla poena sino actione o sine conducta):** Es sobre el cual debe asentarse todo el edificio teórico y legal del concepto de delito. Según este principio, para que pueda hablarse de delito debe existir un acto humano, un comportamiento, una conducta y, subraya, no hay conducta humana sin participación interior del agente en lo que hace u omite.

- **La ley es la única fuente de delitos y de penas (nullum crimen, nulla poena sine lex scripta):** El principio se concreta como monopolio normativo a cargo del poder legislativo, es decir, la creación de delitos y de penas es monopolio exclusivo del parlamento. En ese contexto, debe entenderse por ley a la ley formal y no material (la ley material puede provenir de cualquier instancia de poder, incluso administrativo o ejecutivo).

- **Principio de determinación o de tipicidad (nullum crimen, nulla poena sine lex certa):** Este principio busca concretar la certeza a la que tiende el penalismo liberal y tiene relación con el principio de reserva. El mandato de determinación se refiere a la formulación de los tipos y exige la regulación taxativa de los delitos y de las penas, es decir, la descripción

exhaustiva de las conductas punibles y su pena correspondiente a través de su tipificación. En ese marco, el legislador debe delimitar la materia de prohibición legal en los tipos y las penas correspondientes, aspirando a realizar una tarea de razonable equilibrio entre la total certeza y la indefinición absoluta, debido a que la taxatividad tiene grados y asimismo porque es ilusorio agotar el contenido fáctico o normativo de la acción.

- **Principio de prohibición de retro-actividad (nullum crimen, nulla poena sine lex praevia):** Indispensable complemento de la tipicidad es la prohibición de retro-actividad con la cual aparece unido el principio de legalidad. Por lo tanto, la ley que define delitos y establece penas criminales ha de ser, además de scripta y certa sino también praevia.

- **Principio de interdicción de la analogía (nullum crimen, nulla poena sino lege stricta):** Este principio también se vincula con el de tipicidad, indicando la interdicción de la analogía como fuente de delitos y penas, es decir, supone el imperio riguroso de la ley estricta. Debe quedar claro que lo que se prohíbe es el procedimiento analógico como instrumento creador de delitos y de penas en manos del juez.

Siendo esta la característica que según Hassel (2011) tiene la conducta en virtud de poder ser encuadrada en el tipo penal, a través del juicio de tipicidad, que significa la posibilidad de comprobar que reúne esos requisitos objetivos y se enmarca en los mismos.

3. Antijuridicidad:

- **Principio de legalidad de los delitos y de las penas (nullum crimen, nulla poena sine lege):** Es considerado como característico del derecho penal del estado de derecho. En su esencial formulación significa que no existen delitos ni penas fuera de los que se hallan expresamente previstos y penados por la ley penal. Siguiendo a Balestra (1998), Hassel

menciona que los corolarios de este principio se refieren a la contradicción entre la conducta típica y el ordenamiento jurídico, concebido como un sistema. La misma es probada por vía negativa, es decir averiguando si ocurre alguna causa de justificación (legítima defensa), debiendo probarse los supuestos objetivos de la misma.

4. Culpabilidad:

- **Principio liberal del bien jurídico (nullum crimen, nulla poena sine injuria):** La vigencia de los principios expuestos no garantiza contra posibles excesos del poder punitivo del Estado, ya que puede ocurrir que, incluso un parlamento no autoritario, a través de una ley formal escrita, cierta, estricta y previa, prohíba o mande bajo amenaza de pena criminal, cualquier cosa. Por esa causa debe complementarse la legalidad con el principio del bien jurídico. Según el mismo, es función esencial del derecho penal la protección de bienes jurídicos, ya que no hay delito sin ofensa, como lesión o como puesta en peligro, del bien jurídicamente protegido. Para que una conducta sea delictiva, además de ser un comportamiento externo descrito en una ley formal previa, debe dañar u ofender el bien específicamente protegido por la norma.

- **Principio de culpabilidad (nullum crimen, nulla poena sine culpa):** Todas las etapas anteriores se refieren al acto, a la conducta humana objetivada, pero ninguna es suficiente para fundamentar la pena. Para esto último, es imprescindible que sea la obra reprochable del agente. La culpabilidad es de este modo, último y decisivo fundamento de la pena, ya que contiene la participación subjetiva en su plenitud valorativa (acto interior reprochable), convirtiendo el puro hecho (ejemplo, muerte de un hombre) en un hecho humano susceptible de valoración ético social. La culpabilidad en este proceso es su esencia misma de la concreta responsabilidad penal, ya que como indica Stratenwerth (2005:32) "el hecho que el individuo tenga que

responder por su hacer u omitir como persona, es una de las reglas fundamentales de nuestro orden social".

2.2.2. Teoría de la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica como problema Político-Criminal.

La persona jurídica, indica Mondolell (1996) no tiene voluntad (humana) en sentido psicológico, lo que ha planteado para la doctrina diversas incógnitas, que se dilucidan bajo el contexto de las siguientes teorías: Teoría Funcionalista-Sistémica del delito (Jakobs); Teoría de la Culpabilidad de la Persona Jurídica (Tiedemann); Teoría de la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica al margen de la Culpabilidad (Schünemann); Teoría de la Punibilidad y Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica; estas teorías como lo señala el autor en referencia no dan respuesta al problema que plantea la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la solución puede resolverse político-criminalmente.

Por ello que Bajo (1978) hable de la Teoría de la responsabilidad penal de la persona jurídica como problema Político-Criminal, ya que según el principio *societas delinquere non potest*, no tiene valor ontológico sino simplemente político-criminal que salva los principios irrenunciables de culpabilidad y personalidad de las penas. Así el único sentido de negar el carácter de pena a las sanciones que se aplican a las personas jurídicas, por la dogmática penal, es el de salvar los principios liberales garantistas de la libertad individual frente al poder político, concretamente los principios de culpabilidad y personalidad de las penas.

Sobre esta teoría Mondolell (2004) para justificar el carácter político-criminal, realiza las siguientes argumentaciones:

- Comparte la tesis de relativización de las categorías dogmáticas relacionadas con el delito; sin embargo dicha flexibilización no puede llegar al

extremo que implique un derrumbe de los límites esenciales al ius punendi. Estas categorías dogmáticas constituyen criterios de racionalización para la aplicación de la ley, y por lo tanto, para la protección de derechos fundamentales del hombre. De allí que siempre que se plantee la necesidad, o la posibilidad de modificar alguna estructura tradicional, debe sopesarse la incidencia de dicha comunicación en la propia garantía limitada del ius punendi.

- El derecho penal se caracteriza, aparte de la sanción que aplica, principalmente por el medio utilizado para manifestarse: la norma jurídico-penal. Dicha norma cumple en primer lugar, una función de valoración al considerar un interés social, constitucionalmente reconocido como bien jurídico penal, y en segundo lugar, cumple una función de motivación por la cual intimida a su destinatario con la amenaza de una pena, todo lo cual persigue una efectiva protección de bienes jurídicos. Paralelo a estas funciones, el derecho penal cumple la función de operar como límite del ius punendi, presentándose como el último recurso a utilizar para proteger precisamente los bienes jurídicos.

Consideraciones que de acuerdo Mondolell (2004) explican el fin de prevención general que define un concepto de culpabilidad que imposibilita que la persona jurídica sea culpable, el concepto de conducta relevante jurídico-penalmente constituye el presupuesto de todo el análisis delictivo, y el mismo se determina desde un punto de vista exclusivamente político-criminal. En efecto, la conducta penal no tiene carácter ontológico, ya que el propio derecho penal define, conforme a consideraciones político-criminales, qué conductas son relevantes para sus fines, es decir, el propio derecho penal precisa su contenido.

- La conducta sólo puede entenderse desde el punto de vista individual. Como conducta humana, pero no porque se trate de una estructura lógico-

objetiva del ser que el legislador no puede desconocer, sino por una consideración valorativa de carácter político-criminal: el derecho penal no puede crear estructuras que impliquen a futuro una ampliación de su ámbito, lo cual pudiera posibilitar cualquier forma de construcción jurídico penal que represente un peligro para las garantías penales.

- La argumentación político-criminal pudiera servir para hacer responsable penalmente a la propia persona jurídica; si se parte de la necesidad de combatir el delito en el ámbito socioeconómico sería factible desarrollar un concepto de conducta distinto al expresado, todo con el fin de que la persona jurídica responda penalmente. Por lo tanto, la cuestión de la capacidad de conducta de la persona jurídica dependerá de la definición que se tenga de la política-criminal. Así, si la misma se entiende como la estrategia para compatibilizar la acción represiva del Estado con el respeto máximo a las limitaciones de dicha acción, se pensará entonces en un derecho penal limitado, que opera sólo como último recurso de persecución de conductas dañosas. Visión de la cual se deriva un concepto de conducta humana que conduce a negar la responsabilidad penal de la persona jurídica.

De acuerdo a esta vía el combate a la delincuencia realizada mediante estructuras organizadas se libraré mediante o con las categorías dogmáticas existentes, como serían comisión por omisión, actuar por otro, entre otros. En cambio si se entienden la política criminal como la simple estrategia del Estado ante el crimen, entonces, pudiera utilizarse un concepto de conducta distinta a la humana (concepto normativo) que facilite el combate a la delincuencia realizada en el seno de personas jurídica. De ambas apreciaciones, Mondolell (2004) comparte la primera, por considerar que la conducta humana constituye un concepto limitante del derecho penal contrapuesto al concepto comunicaciones de conducta, y opuesto también a prescindir de la conducta humana como presupuesto del delito, ya que estas

últimas alternativas implicarían una ampliación desmesurada del ámbito de aplicación del derecho penal.

- El legislador puede modificar la propia realidad del objeto de regulación para limitar aún más su ámbito de aplicación, pero según los principios valorativos, no debe realizar el hecho contrario, es decir, modificar la realidad para aumentar su ámbito de aplicación, ya que entonces contradiría el principio de ultima ratio.

- La irresponsabilidad de la persona jurídica por ausencia de conducta, no se fundamenta en argumentos ontológicos, sino en un argumento valorativo de carácter político-criminal: el concepto de conducta, conveniente para limitar al derecho penal (argumento político-criminal) es el de conducta humana (voluntad Psicológica-individual).

- La fácil salida político criminal de modificar las estructuras tradicionales ante cualquier nuevo problema penal conduce a la apertura de una peligrosa brecha que pudiera justificar cualquier "*razón de Estado*". Las categorías dogmáticas están sujetas a las modificaciones que la política criminal imponga, siempre y cuando no impliquen un abandono de los límites esenciales del *ius punendi*, ni un peligro para los derechos fundamentales.

2.2.3. Las Personas Jurídicas en Venezuela.

Hoy, las personas continúan clasificándose en personas naturales (personas físicas) y personas jurídicas (personas morales). Indicándose, que las personas naturales son físicas, y corresponden a todos los individuos de la especie humana, que ocupan un lugar en tiempo y espacio de manera que poseen carácter tangible; son toda entidad psico-somática dotada de vida, que para su reconocimiento se excluye todo tipo de diferenciación de cualidades o condiciones que pudiera poseer el individuo humano, por ende todos son iguales.

Las personas jurídicas o persona moral, como lo establece Ducci (2007) es un sujeto de derechos y obligaciones que existe físicamente pero no como individuo, sino como institución y que es creada por una o más personas físicas para cumplir un papel; y a las que el Derecho atribuye y reconoce una personalidad propia y, en consecuencia, capacidad para actuar como sujetos de derecho, esto es, capacidad para adquirir y poseer bienes de todas clases, para contraer obligaciones y ejercitar acciones judiciales.

Las personas jurídicas nacen como consecuencia de un acto jurídico o acto de constitución, según un sistema de mera existencia, o bien por el reconocimiento que de ellas hace una autoridad u órgano administrativo o por concesión. En ambos casos puede existir un requisito de publicidad, como la inscripción en un registro público.

Las personas jurídicas, según Flores (2011) se subdividen en personas de Derecho Público y Derecho Privado. Distinguir entre ambas actualmente resulta un poco complejo, tomando en cuenta que la enumeración contenida la norma sustantiva civil, se encuentra poco ajustada a la actualidad. Sin embargo, el contenido del artículo 19 del Código Civil establece “son personas de derecho público, la nación, las entidades jurídicas que lo componen, las iglesias de cualquier credo que sean, las universidades y en general todos los seres o cuerpos morales de carácter público”.

Del mismo modo instituye como personas jurídicas de carácter privado a las asociaciones, fundaciones y sociedades tanto civiles como mercantiles.

1. Personas Jurídicas de Derecho Público.

- **El Estado:** Se entiende por nación el conjunto de personas unidas por lazos de religión, lengua y de cultura, con el objeto de procurar el bien común. La nación no es una persona jurídica, solo lo será cuando se haya organizado jurídicamente, es decir cuando se convierta en Estado.

Es por ello que el artículo 19 del Código Civil debería consagrar como primer ente moral al Estado, quien posee una sola personalidad, pero puede actuar en dos planos diferentes: Estado poder público (Art. 136 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y Estado persona jurídica (Art. 4 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). Es necesario resaltar que si bien el Estado es persona jurídica, no lo son todos sus órganos, como la Asamblea Nacional, los Ministerios, Consejos Legislativos, los Tribunales, entre otros.

Entidades Jurídicas que componen el Estado: Corresponde a los Estados Federales (Art. 159 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y los municipios (Art. 168 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), así como las llamadas entidades públicas territoriales (Distrito Capital y Distrito Metropolitano), quienes gozan de personalidad jurídica

(a) Las Iglesias de cualquier credo: Siendo necesario distinguir entre la Iglesia Católica y otros credos, ya que la iglesia católica es persona jurídica de carácter público, que no requiere del reconocimiento por parte del Estado acerca de la adecuación de sus normas, en virtud del convenio "Modus vivendi", suscrito entre la Santa Sede y al República de Venezuela, el 6 de abril de 1964.

(b) Universidades: Entran en esta categoría las universidades públicas o nacionales, creadas mediante decreto del Ejecutivo nacional y adquieren personalidad jurídica con la publicación de dicho Decreto en Gaceta Oficial; tal y como lo señala el contenido del artículo 8 de la Ley de Universidades vigente.

(c) Corporaciones: Aún cuando este tipo de personas jurídicas a tenor del ordinal 3 del artículo 19 del Código Civil, se ubican dentro del Derecho

Privado, subraya Flores (2011:4) que son personas jurídicas de Derecho Público, “debido a que deben su existencia a un mandato legal, ya sea para ordenar su creación o para reconocer su existencia, siendo su nota característica la superposición de los intereses colectivos sobre los individuales”; tal es el caso de los colegios profesionales de abogados, médicos, entre otros.

(d) Los demás seres o cuerpos morales de carácter público: Aquí se hace referencia a los institutos públicos e institutos autónomos creados por el Estado, al Banco Central de Venezuela y también pudieran incluirse las fundaciones, asociaciones y sociedades públicas.

- **Institutos Públicos:** La regulación de tales entes se encuentra en la Ley Orgánica de la Administración Pública. Son definidos como personas jurídicas de derecho público de naturaleza fundacional, creadas por ley nacional, estatal, u ordenanza municipal, dotadas de patrimonio propio, con las competencias determinadas en éstas. (Artículo 96). Los Institutos Autónomos se regularán conforme a las disposiciones previstas para los institutos públicos en la misma Ley, y todas aquellas normas que les sean aplicables a los institutos públicos. (Artículo 101 Ley Orgánica de la Administración Pública).

- **El Banco Central de Venezuela:** Persona jurídica de derecho público, de conformidad con lo establecido en el artículo 318, aparte 1 de la Constitución: “El Banco Central de Venezuela es persona jurídica de derecho público con autonomía para la formulación y el ejercicio de las políticas de su competencia”.

- **Empresas del Estado (Sociedades Mercantiles del Estado):** Según el artículo 102 de la Ley Orgánica de la Administración Pública son empresas del Estado:

Aquellas personas jurídicas de derecho público constituidas de acuerdo a las normas de derecho privado, en las cuales la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios, o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, solos o conjuntamente, tengan una participación mayor al cincuenta por ciento del capital social.

Señala el artículo 103 de la referida ley que la creación de las empresas del Estado será autorizada por la Presidenta o el Presidente de la República en Consejo de Ministros, las gobernadoras o gobernadores, las alcaldesas o alcaldes, según corresponda, mediante decreto de conformidad con la ley. Adquieren la personalidad jurídica con la protocolización de su acta constitutiva en el registro correspondiente a su domicilio, donde se archivará un ejemplar auténtico de sus estatutos y de la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela o del medio de publicación oficial correspondiente, donde aparezca publicado el decreto que autorice su creación.

Los trámites de registro de los documentos referidos a las empresas del Estado, estarán exentos del pago de aranceles y otras tasas previstas en la legislación que regula la actividad notarial y registral.

- **Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado:** De acuerdo a lo establecido en el artículo 115 de la Ley Orgánica de la Administración Pública:

Serán asociaciones y sociedades civiles del Estado aquellas en las que la República o sus entes descentralizados funcionalmente posean más del cincuenta por ciento de las cuotas de participación, y aquellas conformadas en la misma proporción por aporte de los mencionados entes, siempre que tales aportes hubiesen sido efectuados en calidad de socio o miembro.

Según el artículo 116 de la misma Ley, la creación de tales entes deberá ser autorizada por la Presidenta o Presidente de la República

mediante decreto. Adquirirán personalidad jurídica con la protocolización de su Acta Constitutiva en la Oficina del Registro Subalterno correspondiente a su domicilio, donde se archivará un ejemplar auténtico de sus Estatutos y de la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, donde aparezca publicado el Decreto que autorice la creación.

- **Fundaciones del Estado:** Se rigen igualmente por la Ley Orgánica de la Administración Pública, que respecto a tales entes señala:

Artículo 109: Son fundaciones del Estado aquellas cuyo patrimonio está afectado a un objeto de utilidad general, artístico, científico, literario, benéfico, o social, en cuyo acto de constitución participe la República, los estados, los distritos metropolitanos, los municipios o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, siempre que su patrimonio inicial se realice con aportes del Estado en un porcentaje mayor al cincuenta por ciento.

Igualmente, son fundaciones del Estado aquellas cuyo patrimonio pase a estar integrado, en la misma proporción, por aportes de los referidos entes, independientemente de quienes hubieren sido sus fundadores.

2. Personas Jurídicas de Carácter Privado: En relación a las Personas Jurídicas de Carácter Privado, Flores (2011), las subdivide en personas morales de tipo asociativo y personas morales de tipo fundacional. Se ubican en esta categoría de igual modo, las universidades privadas, estas para su existencia deben cumplir con una serie de pautas contenidas en la Ley de Universidades y adquieren personalidad jurídica mediante la protocolización de su título jurídico, estatutos, solicitud y aprobación o autorización del Ejecutivo Nacional mediante decreto.

(a) Personas morales de tipo asociativo: Las asociaciones en sentido amplio son aquellos entes formados por personas que persiguen un fin común, para lo cual destinan un patrimonio de manera exclusiva y

permanente. Se dice que tienen un sustrato real (patrimonio) y un sustrato personal (miembros de la persona asociativa). Existen tres tipos de asociaciones: las corporaciones, las sociedades y las asociaciones en sentido estricto.

(b) Sociedades mercantiles creadas por particulares o donde el Estado tenga una participación minoritaria: Se caracterizan porque persiguen un fin de lucro para sus miembros, son reguladas por el Código de Comercio.

- **Sociedades civiles:** Persiguen un fin de lucro para sus miembros, son reguladas por el Código Civil y demás leyes relacionadas con la materia.

- **Asociaciones:** En sentido estricto, están constituidas por particulares o donde el Estado tenga una participación minoritaria: Estas no persiguen fines lucrativos para sus miembros, lo cual no impide al ente realizar actividades lucrativas. Sus objetivos pueden ser religiosos (Acá se ubican las iglesias de credos diferentes al católico), deportivos, científicos, culturales, entre otros.

Los cultos no católicos requieren cumplir con un procedimiento específico ante el Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia, a fin de obtener los permisos para obtener personalidad jurídica. Estas iglesias adoptan generalmente la forma de asociación civil sin fines de lucro, de modo que se clasifican en la categoría de personas jurídicas de carácter privado y de tipo asociativo.

(c) Personas morales de tipo fundacional.

- **Fundaciones creadas por particulares o donde el Estado participe con un aporte minoritario:** Se caracterizan por ser un conjunto de bienes o patrimonio destinado de manera exclusiva y permanente a la consecución de un fin, solo tienen sustrato real (patrimonio), carecen de sustrato personal

(miembros), es decir no existe un grupo de personas reunidas para lograr un fin determinado, por lo cual se afirma que la fundación no tiene miembros sino destinatarios.

De acuerdo al artículo 20 del Código Civil de Venezuela las fundaciones solo podrán crearse con un objeto de utilidad general: artístico, científico, literario, benéfico o social.

A diferencia de otros entes de tipo asociativo, las fundaciones pueden ser creadas por voluntad de una sola persona, por actos entre vivos o de última voluntad, es decir disposiciones testamentarias. (Art. 19 ejusdem).

2.2.4. Las Personas Jurídicas en España.

La actual realidad cotidiana acredita la existencia de una serie de organizaciones supraindividuales que ocupan incluso un lugar preeminente en la sociedad, en el tráfico jurídico económico, respecto de las personas naturales o seres humanos; por tanto, son igualmente consideradas como sujetos de derecho dentro de su esfera propia de actuación. Si tales organizaciones no pudieran gozar de capacidad de obrar y de personalidad jurídica, dejarían de ser tales (organizaciones) para convertirse en una suma de seres humanos.

Tales organizaciones, tendentes a un fin protegible por el Ordenamiento jurídico y dotadas de capacidad de obrar en el tráfico, se denominan personas jurídicas.

La doctrina más moderna, ya en el siglo XX, se ha preocupado de manifestar que el problema de la persona jurídica debe analizarse considerando las condiciones de admisibilidad de los distintos tipos de persona jurídica reconocidos por el propio sistema jurídico. El sustrato

antropomórfico es un punto de partida imprescindible pero es igualmente necesario un acto de reconocimiento legislativo.

Incluso una vez creada la persona jurídica y reconocido su ámbito propio de autonomía, no puede dejar de pensarse en la posibilidad de controlar la actuación concreta de las personas jurídicas.

Las sociedades anónimas constituyen finalmente el paradigma de la persona jurídica. Los abusos llevados a cabo bajo el amparo del "hermetismo de la persona jurídica" han sido tantos que, los tribunales han debido atender a la realidad subyacente en los casos más patentes de actuación fraudulenta.

El capitalismo salvaje y la idea de enriquecimiento rápido ha provocado traspasos millonarios de sociedades matrices a sociedades filiales (o a la inversa), dejando a los acreedores con dos palmos de narices, pues la limitación de la responsabilidad amparaba ese resultado. Para evitar ese desenlace se recurre a la idea figurada de "levantar el velo" o de "desentenderse de la personalidad jurídica" y analizar el fondo de cuestión para alcanzar soluciones justas.

La doctrina del "levantamiento del velo" supone un punto de llegada que, desde la práctica doctrinal americana ha pasado a Europa. En España la jurisprudencia, ha considerado imponible la separación de personas y patrimonios cuando ella se alega de mala fe. La doctrina jurisprudencial del "levantamiento del velo" concluye que " si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza con una finalidad fraudulenta y de forma desajustada respecto a la que constituye la justificación de dicha figura, los Tribunales podrán descartarla con la correlativa separación entre sus respectivos patrimonios".

Las personas jurídicas tienen un amplio reconocimiento en el Derecho español, y la Constitución Española expresa que estas organizaciones son

grupos, en los que se integran los individuos para la consecución de sus fines, imponiendo a los poderes públicos el deber de promover las condiciones para que la igualdad y la libertad, tanto del individuo como de los grupos sociales en que se integra, sean reales y efectivas; así como facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social; facetas de la vida social que, en buena medida, son objetivo de esas organizaciones sociales (Art. 9.2 Constitución Española).

En la legislación Española se esboza una definición legal de las Personas Jurídicas que se halla contemplada en el Artículo 35º del Código Civil Español que textualmente señala:

- Son Personas Jurídicas:

- a) Las corporaciones, asociaciones y Fundaciones de interés público reconocidas por la Ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a Derecho, hubieran quedado válidamente constituidas.
- b) Las Asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la Ley concede personalidad propia independientemente de la de cada uno de los Asociados.

De esta manera el sistema jurídico español reconoce tres tipos de personas jurídicas:

La Asociación es un conjunto de personas unidas por la consecución de un fin; la fundación es un conjunto de bienes (un patrimonio) adscrito a un fin.

Las **corporaciones** son agrupaciones de personas con un fin común puede encontrar origen o fundamento en actos de muy diversa naturaleza:

(a) En la libre iniciativa de sus propios componentes personales, quienes voluntariamente deciden dar cuerpo a una determinada persona jurídica, que se identificaría con la asociación.

(b) En el dictado de la Ley, en cuyo caso se daría cuerpo a las corporaciones, requeridas por la propia estructura socio-política del sistema social y que, por tanto, se incardinan dentro de las Administraciones públicas (el propio Estado, las Comunidades Autónomas, la Provincia, el Municipio, las Universidades, los colegios profesionales, las Federaciones Deportivas...)

El Código utiliza el término corporaciones para referirse a todas las personas jurídico-públicas que deben su nacimiento al propio impulso de la Administración pública y de los diferentes organismos políticos.

Lo dicho no significa que las asociaciones y las fundaciones dejen de ser personas jurídico-privadas en sentido genuino, sino sólo que los fines perseguidos por ellas han de ser de interés general. En principio, las asociaciones y las fundaciones han de ser consideradas privadas, en el sentido de que, una vez permitidas legalmente, la iniciativa de su creación o constitución corresponde, por principio, a los particulares.

Una vez enunciado el requisito del interés público de las asociaciones, el art. 35 del Código Civil Español, reconoce como personas jurídicas a las asociaciones de interés particular, complicando de forma absoluta el panorama.

En realidad, tales asociaciones de interés particular constituyen un subtipo de la figura de la asociación propiamente dicha: las sociedades, que tienen por objeto conseguir un lucro o ganancia repartible entre los socios.

Sin embargo, ha de considerarse que dicho interés particular no es antagónico al denominado interés público (generación de riqueza, creación de empleo, ampliación de mercados, entre otros).

1. Régimen Básico de las Personas Jurídicas.

(a) Personalidad y capacidad de obrar: Las personas jurídicas regularmente constituidas adquieren capacidad jurídica y de obrar desde el mismo momento de su constitución. El Código Civil Español reenvía las reglas de adquisición de la personalidad jurídica de corporaciones, asociaciones (entre las cuales se entienden incluidas las sociedades) y fundaciones a la regulación concreta de cada una de ellas: Ley de Régimen Local, Leyes de creación de Universidades o Colegios profesionales, Ley de Asociaciones, Leyes de sociedades anónimas y limitadas, legislación sobre fundaciones, etc. En este sentido, el Art. 38 del Código Civil Español señala: “las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales”.

(b) Domicilio de las personas jurídicas: Cuando ni la ley que las haya creado o reconocido, ni los estatutos o las reglas de fundación fijare el domicilio de las personas jurídicas, se entenderá que lo tienen en el lugar en que se halle establecida su representación legal, o donde ejerzan las principales funciones de su instituto.

Según ello, el domicilio de las personas jurídicas será el establecido en su momento constitutivo y, en caso de faltar éste, debería atenderse al lugar en que se encuentra fijada la representación legal de la persona jurídica en cuestión o donde ejerzan sus funciones principales. El art. 51 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española establece que:

Salvo que la ley disponga otra cosa, las personas jurídicas serán demandadas en el lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efectos, siempre que en dicho lugar tengan establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad.

(c) Nacionalidad de las personas jurídicas: El art. 9.11 del Código Civil Español dispone que “la ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación disolución y extinción”.

Ahora bien, ¿cómo se determina la nacionalidad?: el Código Civil español atribuye la nacionalidad española a las personas jurídicas que, además de haber sido reconocidas por la ley, se encuentren domiciliadas en España. Esto es, el domicilio resulta determinante en relación con la nacionalidad, pues en definitiva es el criterio de imputación que verdaderamente conlleva la atribución de la nacionalidad española de las corporaciones, asociaciones o fundaciones.

(d) Vecindad civil de las personas jurídicas: Existen en España diversas disposiciones autonómicas relativas a las fundaciones con rango de Ley, dictadas unas por o para “Comunidades Autónomas Forales” (Navarra, Cataluña, Galicia) y otra aplicable en las Islas Canarias. En general, todas las Comunidades Autónomas se encuentran habilitadas para regular aspectos relativos a las asociaciones en materias concretas sobre las que aquéllas tengan competencia exclusiva (por ejemplo, asociaciones estudiantiles, de consumidores, culturales, entre otras).

El sometimiento a las disposiciones autonómicas relativas a las personas jurídicas depende en definitiva de la vecindad administrativa en cualquiera de las comunidades autónomas y no sólo en las “forales”.

2.2.5. Las Sociedades en Venezuela.

Bajo la Teoría Normativa, expuesta por Francisco Ferrara, citado por Morles (2004), la sociedad encuentra en la Ley la fuente de origen de la persona, cualquiera que sea su manifestación. Bajo este enfoque la palabra

“persona” posee tres acepciones principales: Biológica, referida al hombre, Filosófica, referida al ser como ente racional, y Jurídica, como sujeto de derechos y obligaciones. De manera que la personalidad es una consecuencia del orden jurídico, cuyo nacimiento proviene del Derecho Positivo, en consecuencia no puede ser creada por voluntad de los particulares, sino a través de un reconocimiento legal, constitutivo de tal personalidad.

En la legislación venezolana, las Sociedades Mercantiles tienen Personalidad Jurídica, significando que éstas adquieren la cualidad de sujeto de derecho y autonomía patrimonial aspectos que de acuerdo a Morles (2004) consisten en:

1. Condición de Sujeto de la Sociedad: Es decir sujeto de obligaciones y derechos, lo que la aproxima a las personas físicas, en cuanto que la sociedad tiene capacidad, nombre, domicilio, nacionalidad y patrimonio, además de la cualidad de comerciante.

(a) Capacidad de la Sociedad:

- La Sociedad Mercantil es un sujeto sin capacidad directa de obrar. La naturaleza del ente colectivo le impide realizar manifestaciones de voluntad por sí mismo, por lo cual se ve obligado a obrar mediante personas físicas

- Es un sujeto de capacidad limitada, en relación con la capacidad ilimitada que por regla general, tienen las personas naturales. Las limitaciones pueden provenir de su propia naturaleza o de la Ley. Las limitaciones provenientes del objeto social, como lo indica Morles (2004), no pueden ser entendidas como limitaciones de la capacidad del sujeto colectivo, para pronunciar la nulidad de los actos cumplidos fuera del ámbito fijado por el acto constitutivo por falta de capacidad. Tales actos serán nulos por haber carecido de facultades los administradores o por otra razón, pero

no por falta de capacidad. Por otra parte, hay que tener presente que la capacidad de la persona jurídica es ilimitada en las relaciones de carácter patrimonial.

- La sociedad es inimputable penalmente, en la misma forma en que son inimputables las demás personas jurídicas.

- La sociedad puede participar como socio en otra sociedad.

(b) Nombre de la sociedad: Las Sociedades Mercantiles, tienen un nombre con fines de identificación; este nombre adopta diversas calificaciones, como razón social, denominación social y denominación comercial y puede comprender a la empresa, el establecimiento y los productos (Morles, 2004).

(c) Domicilio de la Sociedad: El domicilio de las personas físicas se encuentra en el lugar en que se halla el asiento principal de sus negocios e intereses, lugar que puede ser escogido libremente. Sin embargo, las personas físicas no pueden elegir un domicilio especial, separado de aquel que la Ley considera como domicilio legal, sino en situaciones particulares, como lo refiere el Artículo 32 del Código Civil Venezolano vigente. Esta elección de domicilio por las sociedades, aunque el mismo no corresponda al asiento de los negocios e intereses, lo recoge la legislación venezolana en el Artículo 28 del Código Civil y en el Artículo 203 del Código de Comercio.

(d) Nacionalidad de la Sociedad: En doctrina se considera que la expresión “nacionalidad” para las personas jurídicas, es impropia, que con ella se desea poner de relieve la relación de dependencia del ente colectivo con un determinado ordenamiento jurídico y que no se pretende proclamar una identidad absoluta e imposible entre los individuos y las personas jurídicas. No obstante la expresión se maneja por su conveniencia, su necesidad y hasta por razones indispensables.

2. Autonomía Patrimonial: En las sociedades regularmente constituidas el régimen de la autonomía patrimonial, o regulación de la situación de los bienes sociales y la responsabilidad frente a terceros, es diferente, se encuentra en función de tipo de sociedad. Sin embargo, el principio general que se aplica a todas las sociedades, al igual que a los individuos en materia de responsabilidad patrimonial, es el establecido en el Artículo 1.864 del Código Civil, referido a que “los bienes del deudor son la prenda común de sus acreedores”. Esta responsabilidad, es reglamentada de modo distinto, según se trata de sociedades de personas o de sociedades de capitales, distinción que si bien ha sido cuestionada, constituye la base sobre la cual se asiente el sistema de la responsabilidad frente a las obligaciones sociales.

La autonomía patrimonial, refiere Morles (2004:78), es verdadera sólo en las sociedades de capital, porque éstas responden de las obligaciones sociales únicamente con sus bienes y con exclusión de los socios. En las sociedades personales, constituye un modo de gradación de la responsabilidad de los socios, puesto que éstos responden en segundo grado de los comportamientos de la sociedad. De ahí, que “no se trata ni de autonomía en sentido jurídico, ni de patrimonio en sentido técnico”.

La autonomía patrimonial, explica Morles (2004), tiene dos vertientes: Una que se vincula a la esfera de las relaciones internas, y otra que se conecta al ámbito de las relaciones externas de la sociedad. Refiere este autor que para el régimen de las relaciones entre el socio y la sociedad, hay que tener presente:

(a) Los bienes aportados por los socios se hacen propiedad de la sociedad, salvo pacto en contrario.

(b) La promesa de aporte es una obligación frente a la sociedad, ante la cual se debe saneamiento.

(c) La falta de pago del aporte puede entrañar una actividad de la sociedad para restablecer el equilibrio alterado por el socio, y obtener una indemnización de daños y perjuicios.

(d) A la responsabilidad general por daños, se agrega la prohibición de compensación entre esos daños y los beneficios que el socio haya proporcionado a la sociedad en otros negocios.

Por su parte el régimen de las relaciones externas según el mismo Morles (2004) se descomponen en las siguientes reglas:

(a) En las sociedades de capitales, las deudas sociales son pagadas con los bienes de la sociedad exclusivamente.

(b) En las sociedades de personas, las deudas sociales son pagadas con los bienes de la sociedad en primer lugar, si éstos no alcanzan para satisfacer a los acreedores se pone en funcionamiento la responsabilidad de los socios.

(c) La compensación, tanto frente a la sociedad como frente a los socios, debe tener en cuenta la necesaria diferenciación en la titularidad de los respectivos créditos y obligaciones, porque la sociedad y los socios son personas distintas.

(d) La Ley considera necesario precisar la extensión de los derechos de los acreedores con respecto a la relación que vincula a los socios con la sociedad.

(e) La quiebra de la sociedad sólo afecta a la sociedad.

2.2.6. Las Sociedades en España.

En España existen diferentes formas jurídicas para la creación de empresas. Sin embargo en la actualidad pueden tramitarse telemáticamente dos tipos de sociedades: Las sociedades mercantiles y las sociedades mercantiles especiales.

Las sociedades mercantiles, y las mercantiles especiales son reguladas por la siguiente normativa jurídica.

- Real Decreto 1332/2006, de 21 de noviembre, por el que se regulan las especificaciones y condiciones para el empleo del Documento Único Electrónico (DUE) para la constitución y puesta en marcha de sociedades de responsabilidad limitada mediante el sistema de tramitación telemática.

- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

- Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, modificada por la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa.

- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

En tanto que el Empresario Individual se encuentra regulado por:

- Real Decreto 368/2010, de 26 de marzo, por el que se regulan las especificaciones y condiciones para el empleo del Documento Único Electrónico (DUE) para la puesta en marcha de las empresas individuales mediante el sistema de tramitación telemática.

La tramitación telemática permite al futuro empresario realizar una reserva de dominio en Internet para su empresa. Esta reserva podrá hacerse en el momento de constitución de la empresa o con posterioridad a su constitución. Para más información consulte la reserva de dominio.

Explica Circe (2012) que tradicionalmente, la sociedad anónima ("S.A.") ha sido con diferencia la forma más utilizada, mientras que la sociedad en comandita apenas se usa. No obstante, la sociedad de responsabilidad limitada ("S.L.") ha ido ganando popularidad como consecuencia, entre otras razones, por requerir un capital mínimo inferior al exigido a las sociedades anónimas.

Como variantes a las formas societarias anteriores de S.A. y S.L. se encuentran:

(i) la sociedad anónima europea (S.E.) como la posibilidad que ofrece la normativa comunitaria a aquellas sociedades que operan en varios Estados Miembros para crear una única sociedad capaz de operar en la Unión Europea de acuerdo con una única legislación y un sistema de administración unificado,

(ii) la sociedad limitada nueva empresa (S.L.N.E), como aquella derivación de la S.L. especialmente pensada para empresas de pequeña y mediana dimensión que simplifica los requisitos para su constitución, y

(iii) por último, la sociedad profesional (S.P.) cuyo objeto es el ejercicio común de una actividad profesional colegiada, constituyéndose con arreglo a cualquiera de las formas societarias legalmente previstas bajo sus disposiciones legales específicas.

2.2.7. Criminalidad en la Empresa y Criminalidad de Empresa.

Estas nuevas formas criminógenas han traído consigo nuevas tendencias dentro del derecho penal, como es el caso del llamado “derecho penal económico” y dentro de él a la denominada “criminalidad empresarial”. Estos delitos empresariales, según Shünemann (2005:83), pueden distinguirse entre criminalidad en la empresa y criminalidad de empresa.

La criminalidad en la empresa hace referencia a los casos en que se cometan delitos al interior de la organización empresarial, es decir, cuando los propios empleados lesionan sus intereses. Por su parte, en la criminalidad de empresa se comprenden a todas las actividades delictivas con contenido económico que se cometan valiéndose de la empresa, sea de su organización o por medio de ella, lesionándose bienes jurídicos ajenos a la empresa misma.

La criminalidad de empresa es la que describe la forma de instrumentalización del agente económico para fines ilícitos, puesto que por su funcionalidad, la empresa no solo puede constituirse como un medio idóneo para perpetrar un hecho delictivo concreto, al valerse de las relaciones económicas nacionales e internacionales, medios de comunicación sofisticados, redes comerciales, entre otros, propios de su funcionamiento en el mercado mundial, sino también se constituye como un medio eficaz para completar el círculo de la actividad ilícita, ya que al mismo tiempo puede servir como medio de financiación del delito, como sucede por ejemplo en el caso del terrorismo; como medio comisivo del delito, generalmente delitos como el tráfico de armas, tráfico ilícito de drogas, tráfico de personas, entre otros; y como medio de ocultamiento y blanqueo de los productos del delito, como es el caso del lavado de activos y otras formas de encubrimiento.

A su vez, la empresa ayuda a dificultar la clara determinación de los títulos de imputación al diluir la responsabilidad penal de los intervinientes, valiéndose para ello de aspectos como la división del trabajo, tanto a nivel vertical como horizontal, donde en la primera existe una relación de especialidad y de complementariedad en la que cada sujeto realiza una aportación necesaria al plan común de la institución y la segunda que implica la existencia de sujetos regidos bajo el principio de jerarquización de sus actividades. Asimismo, por la distribución de funciones, los complejos nexos causales, la pluralidad de sujetos intervinientes, entre otros, que en conjunto producen una disociación entre quienes actúan y quienes dirigen la Empresa, generándose problemas al establecer la competencia y responsabilidad de cada uno de los componentes del ente colectivo.

Indica Zecenarro (2008:49) que estas dificultades se acrecientan si nos referimos a los casos donde existe concentración de grandes capitales a través de fusiones y absorciones de empresas que operan en distintos países, como son los “holdings”, “conglomerados económicos”, “grupos de empresas”, donde cada una de las etapas del proceso productivo es realizado por distintas empresas y que en muchos casos operan en distintos países.

Existiendo aquí un claro aprovechamiento de ciertas deficiencias de un derecho penal construido sobre la base de una responsabilidad individual y cuyo campo de acción se reduce al territorio del Estado, orientándose a la impunidad de quienes participan en actos delictivos bajo estas modalidades por no existir adecuados mecanismos de represión y persecución penal. Ello conlleva a la necesidad de armonizar nuevos mecanismos jurídicos, tanto a nivel sustantivo como procesal para la represión del delito económico empresarial.

2.2.8. Criterios Político Criminales Seguido en Relación a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.

El problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es nuevo, su discusión viene desde la segunda mitad del siglo XIX, siendo los Estados Unidos de América, uno de los primeros países que se ha ocupado de su regulación penal. Pero actualmente, en los países de la Unión Europea es donde más se ha trabajado en este particular, tanto legislativa como doctrinariamente, siendo Holanda uno de los primeros países en Europa que reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En contraposición menciona Moreno (2007), en el ámbito continental europeo, el modelo francés siguió una posición distinta de la holandesa, que no parte de la responsabilidad funcional, sino de la culpabilidad individual; por lo que las sanciones criminales sólo son imponibles a las personas físicas que actúan en el seno de la persona jurídica, y no a la persona jurídica misma. De esta manera, los criterios seguidos en Holanda, como en otros países de la Unión Europea, incluyendo el derecho anglosajón, empezaron abandonar la teoría de la ficción, algunos con mayor avance que otros. Estos criterios son:

1. El de la Teoría Funcional, seguida por el derecho anglosajón (norteamericano), en que una persona puede ser responsable de los hechos realizados por otro, hablándose por ello de dolo o culpa funcional y no individual; lo que depende de la posición y de las funciones que tiene la persona en una empresa. Se admite por tanto, la responsabilidad de la persona jurídica (empresa) por omisión o negligencia.

2. El criterio del derecho inglés, en el que se acepta al responsabilidad de la persona jurídica, pero se la vincula sólo a las cabezas de la persona jurídicas, más no con relación a empleados menores; se trata por tanto, de un criterio más limitado que el del derecho norteamericano.

3. De acuerdo con el modelo alemán, la responsabilidad de las personas jurídicas responde a un sistema estructurado a modo de parte general en la Ley Federal de Contravenciones (OwiG), donde se establecen los presupuestos de la responsabilidad de las personas jurídicas colectivas por los hechos de sus agentes, siguiendo un esquema cerrado y complejo. La legislación alemana consagra sobre este particular el principio de oportunidad, conforme al cual en numerosos casos la causa se persigue solamente contra la persona colectiva, dejándose a un lado la posibilidad de sancionar al individuo infractor a consecuencia de una decisión tomada por la autoridad administrativa, situación que ha sido objeto de críticas en la doctrina. Por lo que hace a los presupuestos de la pena, mientras ésta sea impuesta a una persona física rigen exactamente los mismos presupuestos que tradicionalmente se han diseñado. Pero la imposibilidad de una pena a una persona jurídica colectiva también depende de la existencia de una conducta de una persona física, que reúna una serie de requisitos, precisamente por la naturaleza accesoria de aquélla.

4. El modelo de Holanda que si bien sigue la tradición jurídica napoleónica, ha recibido una fuerte influencia del derecho norteamericano en los últimos tiempos, por lo que acepta la *“teoría de la responsabilidad funcional”*. Conforme a ella, los jefes pueden responder penalmente por actos u omisiones de sus empleados, aceptando dos principios: *societas delinquere potest y puniti potest*. En los años setenta adopta la responsabilidad penal de las personas jurídicas para todos los delitos y crímenes, y así lo prevé en el Código Penal en el que se reconoce:

(a) La responsabilidad de las personas físicas,

(b) la responsabilidad de las personas jurídicas, y

(c) la responsabilidad de los dirigentes o representantes de empresa, por separado o acumulativamente, y el Ministerio Público que puede elegir entre las tres vías o puede acumular las tres. Sin embargo, no se trata de una responsabilidad puramente objetiva, sino que tiene también un aspecto moral o material, y además, siempre tiene que estudiarse la responsabilidad de las personas físicas.

La tendencia político-criminal que se basa en el principio *societas delinquere potest*, ha provocado la necesidad de precisar en la ley cuáles deben ser los presupuestos para la responsabilidad penal corporativa. Pero, en virtud que las legislaciones penales no han sido muy claras sobre este particular, la dogmática penal se ocupa de manera intensa de la cuestión, sin que todavía se observa una tendencia teórica dominante a seguir.

2.2.9. Principio “*Societas delinquere non potest*”.

La polémica que se centra respecto a si es viable hacer penalmente responsables a las personas jurídicas, según López (2003) no es reciente en modo alguno, en sus primeros antecedentes se advierte que ya el Derecho Romano avizoraba el problema estableciéndose en Roma y en virtud al Principio del “*Societas Delinquere Non Potest*”, que “era imposible hacer responder penalmente a una persona jurídica”.

Desde épocas muy remotas el problema de la responsabilidad penal de los entes colectivos encontró un espacio trascendente en el ámbito del sistema punitivo o de imposición de sanciones; así tenemos que la denominada “venganza de sangre” consistía en la reacción penal típica que podía recaer en su caso, en cualquiera de los que integraba la Sippe (familia) del autor que había cometido el hecho reprochado por la comunidad.

Por otro lado, se cita como ejemplo que en el Fuero De León, se ordenaba que en caso de imponerse a determinado sujeto una sanción

pecuniaria, debía responder también por ella y solidariamente, la ciudad a la que pertenecía el infractor con el fin de que no se pudiera alegar insolvencia o desconocimiento de la ubicación del autor. Bajo esta ilustración, López (2003), siguiendo a Mir Puig (1995), señala que el fundamento de que se extendiera la pena a personas diferentes al autor que había cometido el delito, se basaba en la prevención general.

Luego del Absolutismo, el pensamiento penal varía sustancialmente y se imponen los Principios que inspiraron la Revolución Francesa, constituyendo precisamente una conquista de dicho episodio fundamental de nuestra evolución histórica, la imposición del Principio “Societas Delinquere Non Potest” en cuya virtud por los delitos cometidos en el seno de una persona jurídica, responde aquel sujeto que en representación del ente colectivo, realice la acción considerada como reprochable. A decir de Moncayo (1985:29):

Sólo al individuo que delinque es factible sancionarlo con una pena. Trasladada esta regla al ámbito de la persona moral, social o de existencia jurídica, en lo que atañe a su responsabilidad penal por los delitos que cometieren los individuos que la integran, es que se edificó la tesis que puede resumirse en el axioma latino Societas Delinquere Non Potest.

Esta posición dominante a finales del siglo XVIII se apoyó principalmente en la influencia Romanista de Savigny quien construyó la teoría de la Ficción explicando que la persona jurídica como tal no podía sufrir una auténtica responsabilidad punible, pues ella sólo podía recaer en los seres humanos que actuaban a su nombre, es decir, los únicos responsables del delito. Resultando obvio para Savigny, que era totalmente improbable sancionar a una persona jurídica sin violentar con ello la gran máxima del Derecho Penal que exige la identidad del delincuente así como del condenado. A ello se añade la introducción de otro principio fundamental que sirvió de inspiración al nuevo Derecho Penal Liberal, como el de

Personalidad de las Penas en cuya virtud, la responsabilidad criminal es siempre personal por lo que dicha atribución penal así como las penas que de ella deriven, no pueden trascender a otras personas, significando en suma, la proscripción de la responsabilidad colectiva que antes fuera inobjetablemente reconocida en el Derecho Primitivo.

Ahora bien, es Gierke (1994), quien en abierta oposición a esta teoría de la Ficción, enarbola y sustenta la denominada Teoría de la realidad, pero que para López (2003:472) no constituye sino el basamento teórico para la admisibilidad de la responsabilidad criminal de los entes colectivos. En efecto, Gierke (1994:107) afirma que:

Una persona jurídica debe ser concebida como una persona real, en la cual se agrupan seres humanos, con una única y común fuerza de voluntad y de acción para el cumplimiento de los fines que superan la esfera de los intereses individuales, de modo que entidades de este tipo llegan a alcanzar un elevado grado de concentración y organización manifestando en el plano social una sustancial unidad capaz de intervenir en nombre propio en la vida jurídica activa.

Criterio que es compartido por López (2003:473), dado que la descripción de este proceso no lleva a otro lugar que no sea el de la configuración de una auténtica y autónoma persona jurídica. Esta persona jurídica va a manifestar una realidad distinta y aislada a la de los miembros que la conforman, de tal suerte que puede llegar a formar una personalidad real de tal magnitud, que sea obviamente distinta a las voluntades individuales de las personas naturales que la integran y en consecuencia, la improbable idea de un actuar propio de la persona jurídica ya no resulta tan lejana o utópica, claro está, en orden a estos lineamientos.

En realidad, la polémica acerca de si existe la posibilidad de que las personas jurídicas sean responsables penalmente o no, y a la luz de las circunstancias actuales de criminalidad organizada, no se puede resolver

tomando como base la contraposición entre la teoría de la ficción y la teoría de la realidad, pues hoy resulta imperativo admitir que la persona jurídica es un ente real, activo en el quehacer económico y social de la comunidad y que por sus características particulares, resulta ostentando una realidad propia y distinta a la de las personas físicas.

En similar opinión, se encuentra doctrinarios como Fran Von Liszt y Prins quienes defienden la tesis de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tomando como fundamento, las exigencias de índole político-criminal. Sostienen que la persona jurídica es un medio especialmente peligroso para servir de instrumento a aquellos que pretendieran enmascararse tras ella por lo que proponían que dichos entes colectivos fueran castigados drásticamente. Añadian que así como el Derecho reconoce la capacidad de obrar de las personas jurídicas en el ámbito del Derecho, de igual modo se podía afirmar dicha capacidad en otras esferas, como en la penal.

Otras posiciones que siguen apostando por el “ Societas Delinquere Non Potest” se encuentran sustentando por ejemplo, la tendencia que recoge el Código Penal Español, en el que ha quedado claramente plasmado que las personas jurídicas son responsables tanto en el Derecho Civil como en el Derecho Administrativo más no en el campo penal. El fundamento de esta posición a juicio de López (2003) sin duda alguna la constituye la afirmación dogmática penal de que las personas jurídicas no son responsables penalmente, respondiendo a dicho título, las personas físicas que hayan ejecutado la acción reprochable. En tal secuencia de ideas, es pertinente añadir que tal como se concibe la acción, la culpabilidad y la pena, la persona jurídica no tiene capacidad de acción, de culpabilidad y de pena, siendo esto así porque desde el punto de vista penal, Muñoz (1991:71) refiere “la capacidad de acción, de responsabilidad y de pena exige la presencia de una voluntad entendida como facultad psíquica de la persona

individual, que no existe en la persona jurídica, por constituir un mero ente ficticio al que el Derecho atribuye capacidad a otros efectos distintos a los penales”.

Otros autores como Luna Serrano y La Cruz Berdejo, citados por López (2003) apoyan esta moción precisando que a las personas jurídicas les falta conciencia y voluntad en sentido psicológico, y con ello la capacidad de autodeterminación, siendo éstas condiciones humanas que necesariamente han de ser tomadas digámoslo así, “prestadas” de los hombres. Añaden que los entes colectivos son semejantes a los seres humanos en cuanto a la llamada unidad de eficacia y en base a esta semejanza pueden, al igual que una persona natural, constituirse en sujeto de derechos y deberes. Se hace evidente, que las objeciones que principalmente se formulan para desconocer la posibilidad de admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, son su incapacidad de acción y culpabilidad así como la no susceptibilidad de la pena.

Subraya López (2003) que la tarea que deben emprender quienes postulan a que sí es posible atribuir responsabilidad de connotación penal a las personas jurídicas – lo que implica prácticamente la negación al Principio del Societas Delinquere Non Potest”, radica precisamente en ampliar el contenido de los conceptos de acción, culpabilidad y capacidad de pena de la persona jurídica, avizorando nuevas concepciones respecto a estos rubros a fin de aplicarlos en modo exclusivo al propósito de imputar la comisión de un delito a una persona colectiva.

2.3. Bases Legales.

El problema de estudio que se plantea estudiar presenta un marco jurídico determinado por la legislación venezolana y española en donde se establece:

En Venezuela la **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**, en relación a los derechos económicos que tienen tanto las personas naturales como jurídicas, establece en el artículo **112** la libertad económica, cuando señala que

Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social (...).

Para el caso específico de las sociedades mercantiles, en cuanto a su concepción de sociedad civil, el **Código Civil (1982)** dispone en el Artículo 1651 que "(...) éstas adquieren personalidad jurídica y tienen efecto contra terceros desde que se protocoliza el respectivo contrato en la Oficina Subalterna de su domicilio", principio que es aplicado en materia mercantil y que es recogido en el Artículo 201 del **Código de Comercio (1955)**, al establecer que las compañías constituyen personas jurídicas distintas de la de los socios, aún cuando no precisa si se trata de sociedades regulares o irregulares. Señalando asimismo en el Artículo 219, que si las sociedades revisten una de las formas establecidas por las sociedades mercantiles, adquieren personalidad jurídica y tendrán efecto contra terceros, cumpliendo las formalidades (Art. 211, 212, 213, 214, y 215) exigidas por el Código de Comercio.

Por su parte el **Código Penal (2005)** expresa en relación a la responsabilidad penal:

Artículo 60: La ignorancia de la ley no excusa ningún delito ni falta.

Artículo 61: Nadie puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye, excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión.

El que incurra en faltas, responde de su propia acción u omisión, aunque no se demuestre que haya querido cometer una infracción de la ley.

La acción u omisión penada por la Ley se presumirá voluntaria, a no ser que conste lo contrario.

Artículo 77: Son circunstancias agravantes de todo hecho punible las siguientes:

1. Ejecutarlo con alevosía. Hay alevosía cuando el culpable obra a traición o sobre seguro.

2. Ejecutarlo mediante precio, recompensa o promesa.

(...)

5. Obrar con premeditación conocida.

6. Emplear astucia, fraude o disfraz.

7. Emplear medios o hacer concurrir circunstancias que añadan la ignominia a los efectos propios del delito.

(...)

9. Obrar con abuso de confianza.

(...)

Artículo 78: Las circunstancias enumeradas en el artículo anterior se tendrán en cuenta para el cálculo de la pena que ordena el artículo 37 en su primera parte, pero pueden dar lugar a la aplicación del maximum y también a un aumento excepcional que exceda al extremo superior de los dos que al delito asigne la ley, cuando esta misma disponga especialmente que en la concurrencia de alguna o algunas de dichas circunstancias se imponga una pena en su maximum o se la aumente en una cuarta parte.

Artículo 79: No producirán el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, expresado al describirlo o penarlo, ni aquellas de tal manera inherentes al delito, que, sin su concurrencia, no pudiera cometerse.

Artículo 113: Toda persona responsable criminalmente de algún delito o falta, lo es también civilmente.

La responsabilidad civil nacida de la penal no cesa porque se extingan esta o la pena, sino que durar como las demás obligaciones civiles con sujeción a las reglas del derecho civil.

Sin embargo, el perdón de la parte ofendida respecto a la acción penal, produce la renuncia de la acción civil si no se ha hecho reserva expresa.

Se prescribirá por diez años la acción civil que proceda contra funcionarios públicos por hechos ejecutados en el ejercicio del cargo.

Artículo 114: La exención de la responsabilidad penal declarada en el artículo 62 número 4 del artículo 65 y artículos 69, 72 y 73, no comprende la exención de la responsabilidad civil, la cual se hará efectiva con sujeción a las reglas siguientes:

1. Son responsables civilmente por los hechos que ejecuten los locos o dementes y demás personas comprendidas en el artículo 62, sus padres o guardadores a menos que hagan constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia.

No existiendo estos o no teniendo bienes, responderán con los suyos propios los autores del hecho salvo, salvo al beneficio de competencia en la forma que establezca la ley civil.

2. Son responsables civilmente las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, a proporción del beneficio que hubieren reportado.

Los Tribunales señalarán, según su prudente arbitrio, la cuota proporcional de que cada interesado deba responder.

3. Responderán con sus propios bienes los menores de quince años que ejecuten el hecho penado por la ley, salvo el beneficio de competencia.

Si no tuvieren bienes responderán sus padres o guardadores, a menos que conste que no hubo por su parte culpa o negligencia. La misma regla se observará respecto al sordomudo irresponsable criminalmente.

4. En el caso del artículo 73 responderán civilmente los que hubieren causado la omisión y en su defecto los que hubieren incurrido en ella, salvo respecto a los últimos, el beneficio de competencia.

Artículo 115: Las demás personas exentas de responsabilidad criminal lo están también de responsabilidad civil.

El **Código Orgánico Procesal Penal (2012)** señala en el **Artículo 121** que se considera víctima:

(...).' Los socios o socias, accionistas o miembros, respecto de los delitos que afectan a una persona jurídica, cometidos por quienes la dirigen, administran o controlan.

5. Las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses y se hayan constituido con anterioridad a la perpetración del delito.
(...)

En España, el **Código Penal español** en relación a la responsabilidad de las personas jurídicas indica

Artículo 31^{1, 2}

1. El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

Artículo 31 bis³

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y los administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas

¹ Numeración y apartado 2. añadidos por Ley Orgánica 15/2003.

² Modificado por Ley Orgánica 5/2010; se ha suprimido el apartado 2. y renumerado el precepto. Texto anterior: "2. En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó."

³ Añadido por Ley Orgánica 5/2010

en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los Jueces o Tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

(a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

(b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

(c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

(d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las 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 a 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.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

En lo que respecta al procedimiento, la **Ley de Enjuiciamiento Criminal española (2011)** señala:

Artículo 757: Sin perjuicio de lo establecido para los procesos especiales, el procedimiento regulado en este Título se aplicará al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración.

Artículo 759: En las causas comprendidas en este Título, las cuestiones de competencia que se promuevan entre Juzgados y Tribunales de la jurisdicción ordinaria se sustanciarán según las reglas siguientes:

1. Cuando un Tribunal o Juzgado rehusare el conocimiento de una causa o reclamare el conocimiento de la que otro tuviere, y haya duda acerca de cuál de ellos es el competente, si no resulta acuerdo a la primera comunicación que con tal motivo se dirijan, pondrán el hecho, sin dilación, en conocimiento del superior jerárquico, por medio de exposición razonada, para que dicho superior, tras oír al Fiscal y a las partes personadas en comparecencia que se celebrará dentro de las veinticuatro horas siguientes, decida en el acto lo que estime procedente, sin ulterior recurso.

Cuando la cuestión surja en la fase de instrucción, cada uno de los juzgados continuará practicando en todo caso, hasta tanto se dirima definitivamente la controversia, las diligencias conducentes a la comprobación del delito, a la averiguación e identificación de los posibles culpables y a la protección de los ofendidos o perjudicados por el mismo, debiendo remitirse recíprocamente

ambos juzgados testimonio de lo actuado y comunicarse cuantas diligencias practiquen.

2. Ningún Juez de Instrucción, de lo Penal, o Central de Instrucción o de lo Penal, podrá promover cuestiones de competencia a las Audiencias respectivas, sino exponerles, oído el Ministerio Fiscal por plazo de un día, las razones que tenga para creer que le corresponde el conocimiento del asunto.

El Secretario judicial dará vista de la exposición y antecedentes al Ministerio Fiscal y a las partes personadas por plazo de dos días y, luego de oídos todos, el Tribunal, sin más trámites, resolverá dentro del tercer día lo que estime procedente, comunicando esta resolución al Juez que la haya expuesto para su cumplimiento.

3. Cuando algún Juez de Instrucción, de lo Penal, o Central de Instrucción o de lo Penal, viniere entendiendo de causa atribuida a la competencia de las Audiencias respectivas se limitarán éstas a ordenar a aquel, oídos el Ministerio Fiscal y las partes personadas por plazo de dos días, que se abstenga de conocer y les remita las actuaciones.

Artículo 760: Iniciado un proceso de acuerdo con las normas de este Título, en cuanto aparezca que el hecho no se halla comprendido en alguno de los supuestos del artículo 757, se continuará conforme a las disposiciones generales de esta Ley, sin retroceder en el procedimiento más que en el caso de que resulte necesario practicar diligencias o realizar actuaciones con arreglo a dichos preceptos legales. Por el contrario, iniciado un proceso conforme a las normas comunes de esta Ley, continuará su sustanciación de acuerdo con las del presente Título en cuanto conste que el hecho enjuiciado se halla comprendido en alguno de los supuestos del artículo 757. En ambos casos el cambio de procedimiento no implicará el de instructor.

Iniciado un proceso conforme a las normas de esta Ley, en cuanto aparezca que el hecho podría constituir un delito cuyo enjuiciamiento sea competencia del Tribunal del Jurado, se estará a lo dispuesto en el artículo 309 bis.

Acordado por el Juez o Tribunal el procedimiento que deba seguirse, el Secretario judicial lo hará saber inmediatamente al Ministerio Fiscal, al imputado y a las partes personadas.

Artículo 795:

1. Sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales, el procedimiento regulado en este Título se aplicará a

la instrucción y al enjuiciamiento de delitos castigados con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años, o con cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, cualquiera que sea su cuantía, siempre que el proceso penal se incoe en virtud de un atestado policial y que la Policía Judicial haya detenido a una persona y la haya puesto a disposición del Juzgado de guardia o que, aun sin detenerla, la haya citado para comparecer ante el Juzgado de guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial y, además, concorra cualquiera de las circunstancias siguientes:

2. Que se trate de delitos flagrantes. A estos efectos, se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él.

3. Que se trate de alguno de los siguientes delitos:

(...)

(g) Delitos contra la salud pública previstos en el artículo 368, inciso segundo, del Código Penal.

h. Delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270, 273, 274 y 275 del Código Penal.

4. Que se trate de un hecho punible cuya instrucción sea presumible que será sencilla.

5. El procedimiento regulado en este Título no será de aplicación a la investigación y enjuiciamiento de aquellos delitos que fueren conexos con otro u otros delitos no comprendidos en el apartado anterior.

2.4. Matriz de Análisis de Información.

Objetivo General: Comparar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en las legislaciones de Venezuela y España.

Objetivos Específicos	Categorías	Subcategorías	Técnica	Fuente
Evaluar el sentido histórico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.	Sentido histórico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.	1. Derecho Romano 2. Derecho Germánico 3. Glosadores y canonistas 4. En la legislación venezolana 5 En la legislación española	Análisis de contenido	Doctrina Leyes Jurisprudencia
Describir los problemas teóricos que condicionan la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.	Problemas teóricos que condicionan la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.	1. En Venezuela 2. En España	Análisis de contenido	Doctrina Leyes Jurisprudencia

Objetivos Específicos	Categorías	Subcategorías	Técnica	Fuente
Diferenciar el modelo adoptado por las legislaciones de Venezuela y España en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.	Modelo adoptado por las legislaciones de Venezuela y España en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.	1. En Venezuela 1.1. Corriente dogmática negativa. 1.2. Corriente dogmática positivista. 1.3. A partir de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada. 2. En España 2.1. Modalidades de responsabilidad reconocidas por el sistema normativo español. 2.2. Grado o nivel de responsabilidad de la persona jurídica. 2.3. Modalidad de sanción a imponer.	Análisis de contenido	Doctrina Leyes Jurisprudencia
Identificar los sujetos sometidos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.	Sujetos sometidos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas	1. En Venezuela 2. En España 2.1. Exclusión del Estado. 2.2. Fundamento de la imputabilidad: El sustrato organizativo empresarial.	Análisis de contenido	Doctrina Leyes Jurisprudencia

Objetivos Específicos	Categorías	Subcategorías	Técnica	Fuente
Analizar el sistema de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.	Sistema de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.	1. En Venezuela 2. En España 2.1. Responsabilidad penal de la persona jurídica: Comportamientos delictivos de personas física. 2.2. Fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica: Injusto de la persona jurídica. 2.3. Autonomía de la responsabilidad penal de la persona jurídica respecto de la responsabilidad penal de la persona física. 2.4. El injusto de la persona jurídica. 2.5. La culpabilidad de la persona jurídica. 2.6. Extensión de la responsabilidad penal de la persona jurídica.	Análisis de contenido	Doctrina Leyes Jurisprudencia

Objetivos Específicos	Categorías	Subcategorías	Técnica	Fuente
<p>Establecer el tratamiento de las penas para la responsabilidad penal de las personas jurídicas en las legislaciones de Venezuela y España.</p>	<p>Tratamiento de las penas para la responsabilidad penal de las personas jurídicas.</p>	<p>1. En Venezuela 1.1. Delitos contra el orden económico. 1.2. Delitos contra la libertad de industria y comercio. 1.3. Regulaciones comunes. 2. En España 2.1. Código Penal de 1995. 2.2. Reforma del Código Penal aprobada por LO. 5/2010 de 22 de junio. 2.3. Penas según la legislación española.</p>	<p>Análisis de contenido</p>	<p>Doctrina Leyes Jurisprudencia</p>

Objetivos Específicos	Categorías	Subcategorías	Técnica	Fuente
<p>Caracterizar los aspectos procesales relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas entre las legislaciones de Venezuela y España.</p>	<p>Aspectos procesales relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas</p>	<p>1. En Venezuela 1.1. Procedimiento aplicable. 1.2. Principio 1.3. Intercepción o grabaciones telefónicas. 1.4. Jurisdicción 2. En España 2.1. Imputación de la persona jurídica en la fase de instrucción 2.2. Requisitos objetivos de la imputación de la persona jurídica. 2.3. Requisitos subjetivos de la imputación de la persona jurídica. 2.4. Requisitos temporales de la imputación de una persona jurídica. 2.5. Procedimiento y efectos de la imputación a una persona jurídica. 2.6. Las diligencias de investigación relativas a la persona jurídica imputada.</p>	<p>Análisis de contenido</p>	<p>Doctrina Leyes Jurisprudencia</p>

www.bdigital.ula.ve

Objetivos Específicos	Categorías	Subcategorías	Técnica	Fuente
		2.7. Diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales aplicables a la persona jurídica imputada. 2.8. Medidas cautelares aplicables a la persona jurídica imputada. 2.9. La participación de la persona jurídica imputada en la fase intermedia y de juicio oral. 2.10. Cuestiones que se pueden plantear como previas o de previo pronunciamiento. 2.11. La participación de la persona jurídica acusada en el juicio oral. 2.12. Presencia y ausencia de la persona jurídica acusada: rebeldía y juicio de ausencia. 2.13. Práctica de la prueba.	Análisis de contenido	Doctrina Leyes Jurisprudencia

www.bdigitalula.ve

Objetivos Específicos	Categorías	Subcategorías	Técnica	Fuente
		2.14. La conformidad de la persona jurídica imputada	Análisis de contenido	Doctrina Leyes Jurisprudencia

www.bdigital.ula.ve

CAPÍTULO III

3. MARCO METODOLÓGICO

3.1. Tipo de Investigación.

El problema objeto de estudio corresponde a una investigación analítica, la cual Hurtado (2006:106), considera:

Implica más bien la reinterpretación de lo analizado en función de algunos criterios, dependiendo de los objetivos del análisis. Intenta identificar las sinergias menos evidentes de los eventos analizados. En algunos casos se manifiesta como contrastación de un evento con otro, o la medida en que un evento contiene o se ajusta a ciertos criterios.

De manera que a partir de la investigación analítica se procurará entender la responsabilidad penal de las personas jurídicas en las legislaciones de Venezuela y España.

3.2. Diseño de la Investigación.

La investigación tendrá un diseño documental, comparativo y evaluativo. El diseño documental es definido por Arias (2004:25), como:

(...) un proceso basado en la búsqueda, recuperación, análisis, crítica e interpretación de datos secundarios, es decir, los obtenidos y registrados por otros investigadores en fuentes documentales: impresas, audiovisuales o electrónicas. Como en todo investigación, el propósito de este diseño es el aporte de nuevos conocimientos.

Como investigación documental se fundamentará en la búsqueda, recuperación, análisis, crítica e interpretación de datos secundarios, los obtenidos y registrados por otras investigaciones en fuentes documentales: impresas, audiovisuales o electrónicas, para de esa manera analizar y

profundizar los conocimientos sobre la recaudación del impuesto sobre espectáculos públicos. Igualmente, atendiendo al diseño documental, la investigación será bibliográfica, la cual Baravesco (2006:28) considera:

Constituye prácticamente la investigación que da inicio a casi todas las demás, por cuanto permite un conocimiento previo o bien el soporte documental o bibliográfico vinculante al tema objeto de estudio, conociéndose los antecedentes y quiénes han escrito sobre el tema (...) esta investigación es la que permite desarrollar con más propiedad las demás investigaciones.

El diseño comparativo según Carpi y Egger (2008:1) permite “determinar y cuantificar las relaciones entre dos o más variables, al observar diferentes grupos que ya sea por selección o circunstancias están expuestos a tratamientos diferentes”.

Mientras que el diseño evaluativo, como lo refieren Serrano, Ato y Amorós (2005:3) “tiende a la comprensión concreta de un fenómeno, a partir de un proceso marcado por juicios de valor, juicios que se centran sobre valoraciones de una situación concreta al tiempo que se toman decisiones alternativas”.

Entonces, a partir del diseño documental, comparativo y evaluativo se hizo una investigación bibliográfica, utilizando libros, manuales, tesis, trabajos de ascenso, leyes y doctrina relacionada con la responsabilidad penal de las personas jurídicas en las legislaciones de Venezuela y España.

3.3. Procedimiento de Investigación.

Metodológicamente el procedimiento que se siguió en esta investigación correspondió a la ejecución de las siguientes fases:

- Fase I: Selección y Delimitación del Tema: mediante la revisión bibliográfica y hemerográfica, se definió, calificó y formuló el problema así como los objetivos de la investigación y su justificación.

- Fase II: En esta fase, haciendo uso de las técnicas de investigación documental, se conformaron los aspectos teóricos del problema a estudiar.

- Fase III: Correspondió a la recolección de la Información, a partir de la aplicación de técnicas propias de la investigación documental bibliográfica, como, la síntesis, resumen y el análisis crítico.

- Fase IV: Esta fase se cumplió atendiendo al registro de información documental, se formularon las respectivas conclusiones y recomendaciones de la investigación.

3.4. Población y Muestra.

La presente investigación tuvo como material de estudio la doctrina, la jurisprudencia y las legislaciones de Venezuela y España relacionadas con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuya revisión llevó al análisis de esa responsabilidad en cuanto a sentido histórico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, problemas teóricos, modelo adoptado, sujetos, sistema de imputación, tratamiento de las penas y aspectos procesales.

3.5. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos.

La información se procesó atendiendo a los objetivos de investigación propuestos; para ello, se utilizaron las técnicas del fichaje y del análisis de contenido.

La técnica del fichaje como lo indica Schwarzenberg (1997, 69):

Consiste en la toma de notas, esquemas, resúmenes para luego hacer observaciones y desarrollar ideas. En esta técnica se requiere el uso de fichas, que este autor considera son instrumentos de investigación donde se recogen datos para la redacción de un trabajo escrito.

En el caso de la presente investigación, se trabajó con la ficha bibliográfica, hemerográfica y la de resumen a fin de realizar un registro preliminar de las obras que se utilizaron y que llevaron a conformar el registro de información documental.

La ficha bibliográfica es un instrumento de estudio muy importante. En ella se resume el contenido de un libro y los datos más importantes que es conveniente tener a la mano. Los datos que debe tener, según el autor antes mencionado, son:

- Nombre completo del autor comenzando por el apellido.
- Título del libro que deberá ir subrayado.
- Editorial.
- Edición.
- Lugar y año en que fue editado.
- Número de páginas (p. 97).

La ficha hemerográfica, para Schwarzenberg (1997, 72): “Es una anotación que contiene la información más importante del periódico o revista que se utilizó para juntar la información de un trabajo de investigación”.

Indica este investigador que, en las fichas hemerográficas se registran los datos de la siguiente forma:

- El nombre del periódico, subrayado.
- El nombre del director, empezando por el nombre y a continuación los apellidos.
- La periodicidad.
- El país donde se publica.
- La institución que lo edita.

- La fecha. Se anotará día, mes y año, según corresponda.
- El número de páginas.
- El año y el número del periódico (p. 98).

Cuando se trata de un artículo de periódico (diario o revista), los datos que se registran son los siguientes:

- Nombre del autor, empezando por los apellidos.
- Título del artículo, el cual se pone entre comillas.
- Nombre del periódico o revista, subrayado.
- País donde se publica.
- Institución que lo edita.
- Fecha de aparición.
- Número de páginas que abarca el artículo.
- Año y número del periódico o revista (pp. 98-99).

La ficha resumen contiene en forma abreviada, los aspectos más importantes de un tema estudiado, o el resumen de una lectura. Es de gran utilidad, ya que además de su fin primordial de facilitar el aprendizaje de la materia, esta puede adiestrar en la relación y jerarquización de conceptos. Esta ficha tiene los mismos datos que la textual. Se diferencia de esta en que las notas no son una copia exacta de las ideas del autor, sino un sumario o resumen.

Según Ruíz (1998), la técnica del análisis de contenido, permite dar tratamiento a la información, preservando su naturaleza textual; poniendo en práctica tareas de categorización, sin recurrir a técnicas estadísticas. La técnica del análisis de contenido, señala Hurtado (2006), integra diversos recursos que permiten abordar los eventos en estudio, hechos, situaciones, textos, autores, videos, cine, con el interés de profundizar en su comprensión lo que quiere decir que abordar el estudio más de las ideas que de las palabras. La objetividad del análisis de contenido se manifiesta en la medida que responde a ciertas normas, ello implica plantear los criterios de análisis, seleccionar las categorías y definir las operacionalmente.

CAPÍTULO IV

4. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

4.1. Análisis e Interpretación.

4.1.1. Aspectos Generales.

Las personas jurídicas a la luz del Derecho Penal Tradicional, se consideran entes morales, susceptibles de derechos y obligaciones, a las que se les ha negado la posibilidad de que sean responsables penalmente por un delito, la razón de ello se encuentra en que las sociedades no pueden delinquir, por cuanto carecen de voluntad, desde el punto de vista penal, por ende el dolo y la cual no pueden recaer en ella, excluyéndola del ámbito de aplicación de la ley penal como responsable en la comisión material de un delito.

Evidenciándose así la insuficiencia en los postulados circunscriptos en la dogmática tradicional para el control de las conductas ilícitas vinculadas con la actividad empresarial, toda vez que la criminalidad económica con sus nuevas modalidades y nuevos recursos tecnológicos, es más perjudicial para el cuerpo social en términos de dañosidad que la delincuencia común. No obstante pareciera que la respuesta a esta insuficiencia es ofrecida por la Política Criminal, desde donde se obligan a contrarrestar la creciente y moderna criminalidad económica o empresarial, a través de la represión penal, que se inclina por la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y en consecuencia, a admitir que muchos delitos se cometen por directivas o políticas de la organización, no siendo viables en tales casos la imputación a personas individuales.

Esta tendencia se evidencia en el derecho comparado, como Colombia, Guatemala, Bolivia, Chile, Costa Rica, Perú, y España, está ultima

estableciendo una responsabilidad penal directa y autónoma de las personas jurídicas, previendo la imposición de penas gravísimas, algunas de las cuales podrán ser acordadas por el Juez de Instrucción como medida cautelar que van desde la multa, pasando por la intervención judicial, la suspensión de actividades o la clausura temporal de establecimientos, hasta la mismísima disolución de la persona jurídica, la pena de muerte. En cuanto a Venezuela, se observa la existencia de un conjunto de leyes diferentes al Código Penal en las que se regulan delitos, para los que se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Ante esta dinámica legislativa, en el presente apartado, se analizará la responsabilidad de las personas jurídicas en las legislaciones de Venezuela y España, atendiendo a su sentido histórico, problemas teóricos, modelo adoptado, sujetos, sistema de imputación, tratamiento de las penas y los aspectos procesales.

4.1.2. Sentido Histórico de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es materia de vieja data que registra un tránsito en el que se identifican los siguientes aportes:

4.1.2.1. En el Derecho Romano.

Szczaranski (2008:42) refiere que “el derecho romano aún cuando no formuló una teoría general respecto de las corporaciones, en un cierto estado de su desarrollo, apareció el concepto en relación con los municipios, las colonias y las ciudades, entendidas como universitates”.

Durante el Bajo Imperio de Constantino, de 303 a 337, hasta la muerte de Justiniano, en el año 565, se reconoció personalidad a los establecimientos cristianos, tales como iglesias, monasterios, hospitales y

orfanatos. Vodanovic (1998:497), “se remonta al *Albertario, Corpus et Universitas*, de 1933, y refiere como los *collegia*, personas morales privadas, con su existencia, dieron testimonio de la libertad de asociación aceptada por la ley de las Doce Tablas”. Esta libertad duró hasta la Ley Julia de *Collegiis*, al fin de la República, que restringió el nacimiento de las asociaciones privadas que no fueran religiosas o funerarias, pues debían ser autorizadas por el Senado y el Emperador para adquirir calidad de sujeto y capacidades de derecho limitadas. En cuanto a las fundaciones, no resulta claro que éstas hayan sido reconocidas por el derecho romano, pero al parecer al final del Imperio las fundaciones piadosas pasaron de ser meras donaciones a ser sujetos de derecho.

Abundando en lo señalado, Morales (2000:125) “distingue dos etapas históricas que han permitido hacer una clasificación de las personas jurídicas en Roma, en *universitas personarum* y las *universitas rerum* según que su esencia gire alrededor de las personas naturales o de los bienes”.

4.1.2.1.1. La *universitas personarum*

Bajo esta distinción, “personalidad jurídica” se acepta en una colectividad de personas, que además tienen fines en común y la vez diferentes a la voluntad de los miembros que componen a la persona moral, se diferencia de la *universitas rerum* en que aquella solo y únicamente debe estar conformada por seres humanos; a su vez encuentra dentro de ésta al *populus romanus*, éste era la reunión de todo el pueblo, tenía la capacidad de adquirir derechos y obligaciones sobre determinadas propiedades; aquí como lo revela el autor señalado, “se distinguieron otras entidades públicas menores denominadas los *municipia* y las *coloniae*” (p. 126).

4.1.2.1.2. La universitas rerum

En esta categoría de persona jurídica romana, la más resaltante fue la fundación, aquí la personalidad jurídica no se atribuye a una colectividad de personas sino a entidades patrimoniales destinadas a un fin concreto, tenía un carácter de servicio público, como era el caso de iglesias, monasterios, hospitales de ancianos o de recién nacidos, de beneficencia o de culto; se llegó a aquí a establecer que los patrimonios tienen capacidad para recibir testamento, donaciones, cobrar créditos, entablar acciones judiciales, entre otros. Por lo que Morales (2000), sostenga que algunos teóricos han coincidido en que no es más que un patrimonio de afectación. Ante esta clasificación romana de la persona jurídica y en los términos expuestos por Antolisei (1984:424) “el derecho romano adoptó resueltamente el principio de que la sociedad no puede delinquir”.

4.1.2.2. Derecho Germánico.

Las primeras tribus germanas presentaron poco desarrollo en diversos aspectos, incluso su rasgo nómada llevó a que se consideren a estas comunidades como un rezago de la comunidad primitiva; pero eso no significó que no se organizaran para desarrollar actividades en conjunto. Conociendo así, el derecho germánico las asociaciones, pero careció de la capacidad necesaria para concebirlas como un ente distinto de sus integrantes, y, sólo a partir de la Edad Media, las consideró como persona unitaria. Afirmando, Szczaranski (2008:42) que fue en la segunda mitad de la Edad Media que se comienza a teorizar sobre las cuestiones que plantean las asociaciones de personas, por el gran desarrollo de la vida corporativa que se expresó en gremios, cofradías y hermandades.

Posterior a ello, García (2008:1) identifica tres momentos en los que se debatió intensamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas,

subrayando que si bien la cuestión en discusión ha sido la misma, los tópicos sobre los que ha girado tal debate en cada momento histórico y su repercusión en el ordenamiento penal han sido claramente distintos.

Lo que de cierta manera coincide con lo predicado por Riquert (2007) que la teoría y práctica de sancionar a las personas jurídicas tuvo gran desarrollo a partir de uno de los más conocidos Glosadores, Bartolo, llegando hasta los siglos XVII y XVIII. Agregando Tiedemann (1993:233) que en la Época de las Luces, con la Revolución Francesa, se consagra el principio de la personalidad de las penas como inmutable en el moderno derecho criminal, el derecho penal liberal, apartándose entonces naturalmente de aquélla posibilidad.

4.1.2.3. Glosadores y Canonistas.

Según Linares (2001:19) es en esta época donde se puede hablar mas propiamente de la aparición de la persona jurídica, no solo por la aparición de nuevas formas de asociaciones como son los: gremios artesanales, asociaciones de mercaderes y fundaciones; sino por la relevante figura de Sinibaldo Flisco (Inocencio IV) quien por primera vez acuño el nombre de persona justa, reconociendo también que es una ficción para aceptar y reconocer que es un sujeto distinto a los miembros que la integran.

De manera que frente a la dinámica de estas entidades glosadores y canonistas estuvieron contestes en la existencia de las personas jurídicas, pero discreparon, entre otros varios temas, acerca de su responsabilidad. Por un tiempo se les reconoció capacidad delictiva, en cuanto *universitates*, en sentido lato, y ello, de acuerdo a Szczaranski (2008:44), perduró hasta el Concilio de Lyon, en 1245, en el que el papa Inocencio IV rechazó la posibilidad de responsabilizar penalmente a una entidad, distinta de sus

miembros, porque ésta, a juicio del Pontífice, no sería capaz de dolo *per se*, ni tampoco de culpabilidad.

Posteriormente, ante la realidad y trascendencia de la actividad desplegada por estructuras humanas colectivas, los postglosadores retornaron sobre el tema y sostuvieron que éstas sí eran penalmente capaces, e hicieron la mezcla de las ideas romanas, germánicas y de los canonistas que hasta hoy día llena de contradicciones el asunto. Explica García (2008) que fueron varios los momentos que sentaron precedente en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, vinculándose éstos a el surgimiento del fenómeno corporativo, el derecho de ocupación de la postguerra mundial y la protección del mercado único comunitario.

4.1.2.4. En la Legislación Venezolana.

En el contexto legal tradicional venezolano, afirma Pérez (2010:2) no existen normativas que sirvan de soporte para otorgarle responsabilidad penal a las sociedades mercantiles. Como afirma Grisanti (1997), en Venezuela, el Estado es único titular exclusivo y excluyente del *ius punendi*; es decir, es el poseedor de esa facultad-deber de especificar los delitos y prever las penas, así como de aplicar a quienes delinquen las sanciones que correspondan. Pero el Estado no puede ejercer de forma arbitraria el *ius punendi*, en virtud que está limitado por las leyes o normas que el órgano legislativo ha dictado.

Se observa entonces una expresa y clara limitación para la actuación caprichosa del Estado en la penalización de hechos delictuales, lo cual está regido por el principio que en latín expresa *nulum crimen, nulla poena sine lege*, el cual significa: no hay delito sin ley penal previa, no hay pena sin ley penal previa. De este principio emana una garantía penal, a partir de la cual, Grisanti (1997) asevera que toda persona, al cometer un delito, puede tener

la convicción de que será castigada penalmente, únicamente con la sanción prevista para ese delito que perpetró y no con una creada caprichosamente.

Ante esta situación se infiere que, para ser condenado por un delito, el mismo debe estar expresamente establecido en una norma, lo cual apunta a enfocar el contexto doctrinal y legal, puesto que Venezuela afianza el Derecho Penal en el principio mencionado, de forma que sólo prevé sanciones penales para la persona física, en virtud de considerarla como un ser libre, inteligente y sensible, es decir, un ente real y vivo.

Frente a este escenario, Morales, Párraga y Azuaje (2005:7,8) coinciden en señalar la importancia que adquiere la nueva criminología y la política criminal, fungiendo como una teoría crítica de lo que está puesto u objetivado y de lo que se pretenda objetiva, comportando un trabajo que va más allá de la objetivización, pues es necesario analizar la materialización de la ley tanto adjetiva como sustantiva; aunado al hecho que una de las notas que caracteriza a la norma penal, es su dispersión, y ello a juicio de Aniyar (2003:43) obliga a una reforma, so pena de perder sentido práctico y coercitivo. En este sentido, Gabaldón (2001:29), afirma: “Desde el punto de vista jurídico, el Código Penal ha perdido el monopolio de la definición legal de los delitos”; llegando incluso a hablarse de una legislación penal colateral en la que se incriminan conductas cuya respuesta por parte del Estado es la imposición de una pena que afecta la libertad del trasgresor, como pareciera es lo que ocurre con la tutela de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Venezuela.

En respuesta de ello, surgió en Venezuela el Anteproyecto Reforma del Código Penal propuesta por el Magistrado Alejandro Ángulo Fontiveros (2004a) junto a otros juristas, y que nace de la necesidad de regular nuevas conductas que se originan como consecuencia del carácter dialéctico de la evolución social.

El referido Anteproyecto consagra la responsabilidad penal de las personas jurídicas, señalando que el artículo 4 del Código Penal vigente hace referencia al término “responsabilidad penal objetiva” y no responsabilidad penal como debería ser lo correcto, pues como lo ha señalado Mondolell (2004:440): “Crear que la persona jurídica en caso de responder penalmente, lo haga a título de responsabilidad objetiva, es algo insostenible actualmente”. Estableciendo en el artículo 94 del Anteproyecto, los supuestos conforme a los cuales se puede sancionar a las personas jurídicas, cuyas penas se señalan en el art. 95 del mismo Anteproyecto y consisten principalmente en una serie de prohibiciones y clausura.

Con respecto a las penas, el proyectista incorpora en el art. 7 del referido Anteproyecto de Reforma del Código Penal, una norma que ha denominado “naturaleza y fines de de la pena”, señalando que la misma podrá ser corporal (debiéndose aludir a privativa de libertad) y acumulativamente pecuniaria e indemnizatoria a la víctima.

Igualmente, el anteproyecto en el art. 22 hace referencia a las formas del delito, manteniendo la división entre delitos y faltas. Incluye por vez primera en el art. 23 “la comisión por omisión” al referirse el mismo a que las conductas punibles pueden ser realizadas por acción u omisión. Norma que adolece de ciertas imprecisiones, como lo ha señalado Mondolell (2004:446) “tiene el mérito fundamental de limitar la comisión por omisión, a determinados delitos”.

4.1.2.5. En la Legislación Española.

La introducción de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Código Penal español se ha llevado a cabo de forma progresiva. Indicando al respecto Zugaldía (2010:8-9) que el primer paso lo supuso ya el Código Penal de 1995, que introdujo las llamadas “consecuencias

accesorias” del art. 129 del Código Penal español. El segundo paso lo dio la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que introdujo el art. 31, 2 del Código Penal que establecía que en los supuestos de actuación en nombre o representación de una persona jurídica, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, sería responsable del pago de la misma la persona jurídica en cuyo nombre actuó. El paso definitivo ha venido de la mano de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio que dio entrada definitivamente a la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal español admitiendo el principio “Societas delinquere potest” (art. 31 bis del Código Penal español), precepto que entró en vigor el día 23 de diciembre de 2010.

4.1.2.5.1. Las Primeras Reformas.

4.1.2.5.1.1. La introducción de las “consecuencias accesorias” del antiguo art. 129 del Código Penal español.

(a) **El debate sobre su naturaleza jurídica:** Al movimiento de reforma a favor de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas se unió el legislador español de 1995 al introducir las llamadas “consecuencias accesorias” del antiguo art. 129 del Código Penal español. Establecía el precepto que los jueces y tribunales, en los supuestos previstos en el Código Penal español, podrían imponer, motivadamente, a las empresas, sociedades, fundaciones y asociaciones las siguientes consecuencias accesorias: clausura de la empresa; disolución de la sociedad, asociación o fundación; suspensión o prohibición de sus actividades o la intervención de empresa para salvaguardar los derechos de trabajadores o de los acreedores.

Contenido sobre el cual Zugaldía (2010:9-11) realiza las siguientes apreciaciones:

1. El art. 129 del Código Penal español fue un precepto que había sido previsto sin excepción en todos los proyectos de Código Penal desde 1980. Ello explica que la naturaleza jurídica de estas "consecuencias accesorias" no estuviera nunca libre de polémica. Así, hubo autores que llevaron a cabo un profundo estudio del art. 129 del Código Penal español, para generar ocho posiciones doctrinales totalmente diferentes:

Un grupo sostenía que se trataban de instrumentos reparatorios civiles; mientras que otro sector se afanó en demostrar que las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal español no eran ni penas ni medidas de seguridad y, supuestamente demostrado esto, no ofrecieron la más mínima pista sobre "qué eran" en realidad; aún cuando no faltaron quienes consideraron a las consecuencias accesorias como una tercera modalidad de sanciones penales "peculiares", híbridas o inclasificables. También se defendió la óptica procesal para calificar a las consecuencias accesorias de "circunstancias accesorias de la sentencia condenatoria", sin que faltaran quienes prefirieron distinguir entre la teoría y la práctica para afirmar que, en teoría, las consecuencias accesorias no eran ni penas ni medidas de seguridad aunque, en la práctica, su naturaleza de consecuencias accesorias a la pena principal hacía que funcionaran como penas accesorias.

Hubo también autores que las calificaron de consecuencias accesorias "especiales" que, como el comiso, privaban a la persona física del instrumento peligroso que representa en sus manos la persona jurídica. Otros consideraron que las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal español no eran ni siquiera sanciones (ni penales ni administrativas), sino simples consecuencias jurídicas preventivas-reafirmativas desprovistas de la naturaleza de sanción. No faltaron, por último, quienes consideraron que las consecuencias accesorias eran medidas de carácter administrativo

dada la imposibilidad de que las personas jurídicas realizaran acciones típicas y antijurídicas.

2. Este desconcertante panorama dejó abierta la discusión sobre su auténtica naturaleza, aún cuando no se planteó quizás porque la opción que conllevaba tenía importantes consecuencias prácticas y en la que había que reconocer que la cuestión no tenía una respuesta única y verdadera. Al respecto el autor en análisis sostiene que a su juicio, las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal español debían merecer la consideración de sanciones penales y, dentro de estas, incluirse en la categoría de las penas, la razón de ello es que se trataba de sanciones impuestas conforme al Código Penal español, por un juez penal, en el transcurso de un proceso penal, como consecuencia de la realización de una infracción penal, fundamentadas en la necesidad (como la pena de la persona física), sobre la base del presupuesto de la culpabilidad de la propia persona jurídica y orientadas, como cualquier pena, a la prevención, esto es, a prevenir la continuidad de la actividad delictiva de la empresa (por utilizar terminología del núm. 3 del antiguo art. 129 del Código Penal español), opinión ésta que es compartida por doctrinarios como Rodríguez Ramos, Bacigalupo Saggese, Carmona Ruano, Arroyo Zapatero, y Muñoz Conde.

En cualquier caso, lo que no podía hacerse era vincular la cuestión dogmática del Código Penal español admitía o no la responsabilidad criminal de las personas jurídicas al dato de cómo llamara el legislador a las sanciones previstas para ellas, ya que la dogmática debe trascender este nivel de razonamiento.

(b) Aplicación Jurisprudencial del antiguo art.129 del Código Penal español: El Tribunal Supremo español no ha dictado ninguna sentencia en la que haya sentado doctrina sobre el antiguo art. 129 del Código Penal, tratándose según Zugaldía (2010:11) de un precepto que ha pasado

prácticamente desapercibido. Es más: algunas sentencias anecdóticas ponen de relieve la existencia de cierta desorientación en esta materia (el Juzgado de Tafalla, por ejemplo, condenó al Ayuntamiento de Peralta como autor de la falta del art. 636 del Código Penal español, como propietario de un ciclomotor que circulaba sin seguro). Una ilustración de ello, la ofrece Silva (2001:37) al indicar:

Los tribunales inferiores han aplicado las consecuencias accesorias del antiguo art. 129 del Código Penal tanto con carácter cautelar, como en sentencia, básicamente en cinco grupos de delitos: delitos contra el medio ambiente, delitos relativos a la prostitución, tráfico de estupefacientes, delitos contra la propiedad intelectual y asociación ilícita

En aplicación del antiguo art. 129 del Código Penal español, se estableció que la persona jurídica debía ser parte en el proceso penal con todas las garantías del imputado (SAP de Barcelona, Penal Sec. 5ª, de 1 de febrero de 2000 y SAP de Segovia, Penal Sec. 1ª, de 28 de junio de 2004). Además, para la adopción de las consecuencias accesorias como medidas cautelares, la jurisprudencia exigió el respeto a los principios de necesidad y proporcionalidad. Ello se expresa en el AAN, Penal Sec. 4ª, de 12 de enero de 1999 y en el AAN, Penal Sec. 4ª, de 26 de julio de 1999, relativos al caso del diario Egin, y se acoge en otras resoluciones de modo explícito (AAP Barcelona, Penal Sec. 3ª, de 25 de abril de 2000). Por su parte, el AAP Barcelona, Penal Sec. 6ª, de 25 de octubre de 2001 estimó el recurso de queja interpuesto contra la resolución de imposición cautelar de la consecuencia accesoria de intervención judicial de una sociedad, pues esta consecuencia accesoria no admite en el art. 129 del Código Penal español su imposición cautelar por el Juez de Instrucción, sino sólo en sede de sentencia.

Este Auto, de acuerdo a Silva (2001) rechazó la cobertura que podría proporcionar al respecto el Decreto Ley 18/1969 de 20 de octubre, sobre

Administración judicial en caso de embargo de empresas al observar que había sido expresamente derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil española. Este había sido el precepto sobre el que se sustentó la imposición cautelar de la Administración judicial del Club Atlético de Madrid (AAN. de 7 de abril de 2000).

4.1.2.5.2. La Reforma del 25 de noviembre de 2003.

En línea de admitir la responsabilidad criminal de las personas jurídicas se profundizó posteriormente en el Derecho Penal español con la reforma operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que introdujo el art. 31, 2 Código Penal español, que establecía que en los supuestos de actuación en nombre o representación legal o voluntaria de una persona jurídica, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, sería responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó.

La finalidad del precepto, según la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003, era la de “ampliar sensiblemente la proyección de la responsabilidad criminal sobre las personas jurídicas” y para ello “se aborda la responsabilidad penal de las personas jurídicas”: la verdad es que estas expresiones no dejan lugar a dudas sobre cual era la voluntad del legislador en el sentido de admitir la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

4.1.2.5.3. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la reforma de la Ley Orgánica 5/2010.

Finalmente fue la reforma del Código Penal español operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio la que ha dado entrada definitivamente, a las claras, y sin tapujos vergonzantes, a la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal español admitiendo el principio

”Societas delinquere potest” (art. 31 bis Código Penal español). El Preámbulo de la reforma –sin duda ambiciosa- afirma en este sentido que:

Se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal o ataques a sistemas informáticos).

La fórmula elegida, sin duda sólo una de las posibles, y que entrará en vigor el 23 de diciembre de 2010, es la siguiente:

En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

El precepto establece una responsabilidad criminal directa por la propia acción y la propia culpabilidad de la persona jurídica. Ello se deduce, en primer lugar, del hecho de que la atribución de responsabilidad criminal a la persona jurídica se realiza con total y absoluta independencia de que se identifique o no (“levantamiento del velo”) a la persona física que ha actuado en su seno (no se trata, pues, de un sistema basado en el “modelo vicarial” en el que la responsabilidad criminal de la persona jurídica depende de la previa responsabilidad criminal de la persona física que delinque en su seno); se deduce también, en segundo lugar, del hecho de que la culpabilidad de la persona jurídica –a la que se refiere el legislador expresamente y por ese

nombre- sea total y absolutamente independiente de la culpabilidad de la persona física que realiza el hecho de referencia o de conexión (art. 31 bis, 3 del Código Penal español). Y se deduce, sobre todo, en tercer lugar, de una interpretación constitucionalmente conforme del precepto, ya que no es posible imponer una pena a una persona jurídica sin fundamentarla en un reproche frente a la misma (STC. de 11 de noviembre de 1991, Cuerda Riezu).

4.1.3. Problemas teóricos que condicionan la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

4.1.3.1. En Venezuela.

En Venezuela, tal y como lo refiere Regis (2000:274) las personas jurídicas tienen fundamentada la imposibilidad de adquirir responsabilidad penal en la teoría de la Ficción, creada por Savigny la cual afirma que las personas jurídicas tienen existencia ficticia, irreal o de pura abstracción debido a un privilegio lícito de la autoridad soberana, siendo por tanto incapaces de delinquir (carecen de voluntad y acción).

Menciona García (1980) que en la Teoría de la Ficción, las personas jurídicas como sujetos ficticios, de ninguna forma pueden ser objeto de imputabilidad, ya que los actos ilegales únicamente son perpetrados por los individuos que las conforman. Sin embargo, como lo apunta Pérez (2010) esta teoría ha sido objeto de muchas críticas que la debilitan, en virtud de que se aleja de la experiencia y desconoce las realidades.

Al respecto Guerra (2005:138) afirma en cuanto a la Teoría de la Ficción que:

El delito cometido por una persona jurídica siempre lo será realmente de una persona natural, trátese de su representante legal, gerente o por decisión de una junta o comité directivo de esa

entidad que en últimas son los que conocen y quieren el hecho criminoso.

Entendiendo así el Derecho Penal que “responsable” quiere decir “sancionable”, de hecho la responsabilidad jurídica será de carácter penal, cuando el autor de una conducta contraria al ordenamiento jurídico preestablecido, le es impuesta una sanción penal. No obstante, precisa Pérez (2010) que a fin de poder considerar a una persona responsable penalmente y, por consiguiente, objeto de este tipo de sanciones, deberán plasmarse ciertos presupuestos que integran ese concepto de responsabilidad, evidenciándose en la legislación venezolana que la responsabilidad penal es estrictamente personalísima, afirmando Jiménez (1947) al respecto que las personas colectivas no son capaces de delinquir y, en consecuencia, no pueden ser plenamente responsables.

Es así como esta responsabilidad se encuentra dirigida exclusivamente a quienes tienen capacidad de realizar hechos punibles establecidos previamente en la ley y cometidos dentro del territorio venezolano. Resultando prohibida su aplicación a quienes no han realizado ninguna conducta típicamente antijurídica y demostrada la relación de causalidad entre el ejecutor y el resultado de la conducta que da origen al delito.

Entonces, los elementos que configuran la existencia de la responsabilidad penal de un imputable, según lo expone Grisanti (1997) son:

(a) El acto: Entendido como una manifestación de voluntad que mediante acción u omisión determina un cambio en el mundo exterior. Desprendiéndose como notas esenciales:

- una conducta visible (no valen los pensamientos e intenciones) que adopte una forma positiva (acción) o negativa (omisión).

- un comportamiento humano, entendiendo al hombre como persona física o natural.

- una actuación voluntaria, lo que supone la posibilidad del agente en hacer o no hacer.

- el proceder del sujeto debería provocar un cambio en el mundo exterior (un resultado, evento o efecto).

- una relación de causalidad como vínculo de enlace entre la conducta y el cambio en el mundo exterior.

Consideraciones que llevan a Pérez (2010) a inferir que la persona jurídica, por su naturaleza, no es un ente idóneo, ni para desplegar acciones que contengan los elementos indispensables para dar base a un delito, ni para sentir la coacción de la amenaza penal, ni sufrir ella misma una pena corporal.

(b) La tipicidad: se configura como el elemento que involucra una relación de perfecta conciliación entre un hecho de la vida real y algún tipo penal o legal, entendiéndose éste último como cada uno de los actos que la legislación penal establece como delictivos.

En este sentido, el principio “Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege” que se traduce como “Ningún delito, ninguna pena sin ley previa”, es recogido en la legislación venezolana a través del artículo 49 numeral 6º de la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela (1999), el cual consagra: “Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”

Por su parte, el artículo 1º del Código Penal Venezolano vigente establece: “Nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente. Los hechos punibles se dividen en delitos y faltas”.

Entonces, el delincuente es la persona natural, mas no el ente ideal - persona jurídica- pues éste último, a pesar de poder ser objeto de una sanción de carácter administrativo, según la legislación penal venezolana vigente, no puede ser imputado como autor de delitos, pero las leyes especiales penales y la jurisprudencia en la actualidad si lo permiten.

(c) Antijuricidad: etimológicamente significa “contrario a derecho”. Implica una relación de contradicción, donde el trasgresor viola una norma jurídica adoptando una conducta contraria a derecho.

(d) Imputabilidad: se define como el conjunto de condiciones físicas, psíquicas, de madurez y salud mental, legalmente necesarias para que puedan ser puestos en la cuenta de una persona determinada, los actos típicamente antijurídicos cometidos por esta. También puede decirse que es la capacidad de obrar en materia penal.

(e) Culpabilidad: es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. La culpabilidad resulta un hecho indispensable, pues, para ser culpable, hay que ser imputable; y en Venezuela sólo son imputables las personas a partir de los 12 años, tomando en consideración los artículos del 69 al 71 del Código Penal venezolano, siempre y cuando gocen de perfecta salud mental.

De los anteriores planteamientos Pérez (2010) deduce que la persona moral - entiéndase las sociedades mercantiles - no puede cometer hechos punibles según la legislación penal venezolana, llamada Código Penal por no

encontrarse incluida dentro de la norma como responsable, y por no ser susceptible de dolo, ya que requiere consciencia de las circunstancias de hecho y del significado de éste.

Ahora bien, los que se inclinan a reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, parten de la Teoría de la Realidad, de la personalidad real u orgánica, cuyo máximo exponente fue Otto Gierke, la cual plantea según, Regís (2000:275) que, “la persona moral no es un ser artificial, creado por el Estado, sino un ente real (vivo y activo), independiente de los individuos que la componen”.

De la misma manera, Mestre (1976:139) opina que las personas jurídicas actúan “como el individuo, aunque mediante procedimientos diferentes, y puede, por consiguiente, actuar mal, delinquir y ser castigadas”.

Es decir, las personas colectivas tienen personalidad real, con voluntad propia; por tanto, gozan de la capacidad para obrar y realizar actos ilegales que conlleven a sanciones penales. Por cuanto, como el mismo autor señala, el ente corporativo existe, es una realidad social. Es sujeto de derechos y deberes, en consecuencia es capaz de doble responsabilidad: civil y penal. Puede decirse entonces que la teoría expuesta por Gierke reconoce “vida” independiente a la persona jurídica y por ende capacidad de acción.

Tal como se ha visto, el sector de la doctrina que sostiene la posibilidad de imputar a las personas jurídicas una responsabilidad penal, establece que el ente ideal tiene una voluntad propia, que emana del concierto de varias voluntades individuales.

Así pues, el elemento de la culpabilidad no está ausente. En este sentido, para superar el inconveniente de la culpabilidad se han propuesto soluciones que van, desde una nueva conceptualización de los elementos constitutivos de la culpabilidad, hasta la desaparición de este elemento de la

conducta punible, sólo para la aplicación a las personas jurídicas. La razón de ello, se encuentra en la normativa jurídica que el legislador venezolana viene adoptando para tutelar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como es el caso de la Ley Contra la Corrupción, Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y financiamiento al terrorismo, los ilícitos tributarios, entre otras y sobre las que se hablará más adelante.

4.1.3.2. En España.

El debate dogmático penal, en general en el mundo, sobre si es posible y debe hacerse efectiva la responsabilidad penal de las personas jurídicas, según lo enseña Santos (1994:25) se centra en tres aspectos principales: si las corporaciones son capaces de acción en cuanto tales; si tienen capacidad para ser culpables en modo separado de sus agentes; y si son capaces de recibir y cumplir pena, cuestión a la que debe agregarse el tema no menor de política criminal acerca de si la pena “penal”, valga la redundancia, es necesaria a su respecto o bastan las sanciones infraccionales, administrativas, además de exigírseles el cumplimiento de sus obligaciones civiles. Siendo entonces necesario tener en cuenta que:

4.1.3.2.1. Las Corporaciones son Capaces de Acción en cuanto tales.

Los miembros de la sociedad, naturales o jurídicos, se proponen fines y eligen los medios requeridos para su obtención y para ponerlos en movimiento, con conciencia del fin. Esta actividad final se llama “acción” y se diferencia del simple suceso de la naturaleza en cuanto éste no es dirigido conscientemente desde el fin a alcanzar, sino que transcurre, acontece. En este sentido, Szczaranski (2008:55) para el Derecho Penal, no interesan los hechos de la naturaleza, ni los actos reflejos, sino la conducta o la omisión dirigidas a conciencia y libremente. Así, la aplicación de las normas penales supone la “voluntariedad” de la conducta en cuestión, como presupuesto

esencial del juicio jurídico-penal y, tal voluntariedad, es la posibilidad de dominio, mediante la voluntad, de la actividad o no actividad de que se trate; esto es, a través de la capacidad para un querer final.

En cuanto a las omisiones mediante las cuales se cometen delitos, agrega la autora mencionada que el ordenamiento jurídico se ocupa de las acciones finales no sólo en cuanto al fin, sino que, también, en cuanto que el actor indebidamente confíe en la no producción de determinados resultados socialmente no deseados, o no piense en ellos debiendo y pudiendo hacerlo, y realice, de este modo, negligente o imprudente, el ilícito. El ordenamiento jurídico espera que el sujeto obligado emplee en la elección y en la aplicación de sus medios de acción un mínimo de dirección final, esto es, el cuidado pertinente a las circunstancias, y conmina las conductas relevantemente descuidadas con una pena cuando el resultado no deseado se produce, ya que sólo excepcionalmente sanciona la negligencia que no produce daño.

Explica Santos (1994:32) que para quienes todavía sostienen la incapacidad de acción de las personas jurídicas, el énfasis se hace en la ausencia de una voluntad óptica, psicológica, y en su dependencia en el actuar de otros que lo hacen por ellas. Sin embargo, es innegable que las demás áreas del derecho tienen la cuestión por pacífica y consideran a las asociaciones como sujetos de derechos y de obligaciones, las que pueden cumplir como carga o incumplir. Así ocurre en los ámbitos del derecho civil, del comercial, del marítimo, del tributario, del procesal, del económico, y, del constitucional.

Las discusiones para sostener la incapacidad de acción de las personas jurídicas, se ubican en que éstas deban actuar siempre por intermedio de otros, que son personas naturales. Sin embargo, este razonamiento se derrumba ante el mismo derecho penal tradicional, familiarizado con el autor mediato, ya mencionado, en conjunción con ejecutores materiales. El autor,

no necesita, para ser tal, cumplir por sus propias manos el hecho en cada una de sus fases, sino que se puede servir del actuar de otro, pero es igualmente autor, pese a no colocar sus manos, en cuanto posee el dominio del hecho respecto de la realización del tipo. Ante esta realidad, una parte de la doctrina, en pos de sustentar la incapacidad penal de los entes colectivos, insiste en centrar la cuestión en el ámbito decisional, señalando que el autor mediato, en todo caso, toma decisiones específicas *per se*. Lo cual también hacen los entes colectivos mediante sus órganos e instancias estructuralmente pertinentes mediante su cabeza principal y decisoria. No hay que olvidar que las corporaciones tienen un modo de actuar y decidir característico, connatural a su estructura, y eligen sus opciones a través de sus órganos especializados.

Al respecto Gómez-Jara (2010), al profundizar en la capacidad de culpabilidad de los entes colectivos, esclarece bastante sintéticamente, desde el punto de vista del constructivismo operativo, cómo tanto los seres humanos como las organizaciones empresariales del mundo moderno son sistemas *autopoiéticos*, aunque en modo diferente: Así, lo que en el ser humano es acción, en la empresa es organización, en un paralelismo evidente. Resultando una realidad visible que las empresas, con el tiempo, han desarrollado una complejidad interna que ha devenido en una capacidad indiscutible de “autoorganización, autodeterminación y autoconducción”, cuestiones que, sin capacidad de actuar o de acción, no son posibles.

El rol significativo de las empresas, su incidencia en los destinos económicos, en los asuntos públicos y en la formación de opinión, las han hecho merecedoras de normas de imputación de deberes y obligaciones, a la par de sus derechos. Las empresas, y sus confederaciones, participan en el debate público y, muchas veces, determinan normas legales.

Por otra parte Matus (2004:133-134), en relación a los argumentos que se oponen a la consideración de la empresa como un aparato organizado de poder, refiere del hecho que la empresa se constituye para desarrollar una actividad lícita se debe concluir en la ausencia de fungibilidad del ejecutor, su refutación señalando que: no

(...) puede negarse la fungibilidad de los miembros aludiendo simplemente a que en determinados delitos contra el orden socioeconómico el ejecutor material necesita especiales conocimientos de ingeniería financiera u ocupar cierta posición en la entidad, por lo que no resultaría fácil sustituir a un miembro de la organización por otro.

En cuanto al segundo argumento contra la concepción de la empresa como aparato estructurado de poder, el autor en mención afirma que “sólo muy difícilmente podría decirse que la empresa reviste la estructura jerárquica rígida que caracteriza a los aparatos organizados de poder” (p. 135), indicando más adelante:

(...) lo cierto es que la mayoría de las empresas, y no necesariamente sólo las calificables de grandes, disponen de las estructuras organizativas jerárquicas propias de los aparatos de poder.

Las empresas modernas se caracterizan por la descentralización y división del trabajo en un sistema de mutua dependencia de los distintos departamentos que las conforman, pero también por el principio de jerarquía (...).

Luego, y sin inclinarse por la responsabilidad penal de la propia persona jurídica Matus (2004:135) señala: “Un injusto dentro de la empresa puede dar lugar a dos tipos de responsabilidad: en primer lugar, responsabilidad por la filosofía de empresa; en segundo lugar, responsabilidad por la organización empresarial”. Entonces, la filosofía de empresa constituye un injusto sistémico cuando produce o favorece la comisión de delitos por miembros de la empresa. Por tanto, la responsabilidad de la empresa sólo se funda en su

propio injusto de sistema, constituido por la filosofía criminógena de empresa. Lo que por sí solo no es suficiente para fundamentar la responsabilidad penal, haciéndose necesario que esa filosofía se exteriorice por medio de una acción. Esto significa, pues, que un miembro de la empresa ha de realizar un comportamiento que lesione una norma, pues la responsabilidad por la filosofía criminógena de empresa presupone adicionalmente un injusto por el resultado.

Subraya el autor que esta responsabilidad debe ser imputada, en primer lugar, al propio empresario, imponiéndose una sanción pecuniaria al titular de la empresa, pues:

(...) el comportamiento lesivo de una norma por uno de los miembros de la empresa no es imputado a la empresa como injusto de acción, sino como injusto de la propia empresa por el resultado, y la imputación se fundamenta en la relación existente entre la filosofía criminógena de empresa y el comportamiento lesivo de la norma por uno de sus miembros.

Respecto a la culpabilidad, Matus (2004:137) culpabilidad afirma que como

El injusto de una filosofía criminógena de empresa se encuentra en el ámbito ético-social, también se encuentra en ese ámbito la culpabilidad de la dirección de la empresa. La culpabilidad de una empresa como autor consiste en haber permitido la realización del injusto. La culpabilidad de la empresa y de su dirección consiste en haber creado y cultivado la filosofía criminógena de empresa (...). Junto a esta responsabilidad de la empresa existe también responsabilidad penal individual de los miembros de la empresa que hayan ocasionado la filosofía criminógena de empresa o hayan permitido actitudes empresariales criminales individuales dentro de la empresa.

Tal afirmación le lleva a concluir que “(...)”, deben responder individualmente los miembros de la empresa que, en virtud del puesto que ocupan, estaban obligados a interponerse frente a las infiltraciones

criminógenas, es decir, quienes tenían posición de garante” (p. 138). Es decir, responsabilidad de las personas físicas y no del ente jurídico pese a aceptarse.

Deduciéndose en palabras más o en palabras menos que las empresas actúan en la sociedad, contratan, accionan judicialmente, imponen criterios, dialogan con la autoridad y, así como pueden cumplir sus deberes, pueden también incumplirlos, llevando adelante hasta una filosofía empresarial y sosteniendo actitudes criminales. Aún cuando los ilícitos empresariales dependerán de omisiones culposas y no de decisiones dolosas, y, a este respecto, es útil recordar que para considerar concurrente el dolo no basta la potencialidad del resultado indebido, el autor (directorio en el caso) debe haber tenido realmente conciencia de las circunstancias del tipo penal que necesariamente se realizarían a raíz del acuerdo y, esa conciencia, debe ser concomitante al acuerdo en modo tal de haberse representado los votantes la consecuencia ilícita como fin, como medio o como circunstancia concomitante de la decisión. Si se prescinde de la conciencia actual de las circunstancias del hecho en el concepto de dolo, se destruye la línea divisoria entre dolo y culpa, que, como decía, será la hipótesis más recurrente.

4.1.3.2.2. Capacidad de Culpabilidad.

Toda culpabilidad es culpabilidad de la voluntad que gobierna el acto delictual, y de allí la importancia de los acuerdos de un directorio respecto de los hechos de relevancia penal que derivan de lo resuelto, como veremos luego. Lo reprochable, según Szczeranski (2008) en sentido penal, es la voluntad que opta por no dirigir su acción de acuerdo a la norma, prefiriendo infringirla.

Revela la investigadora que la capacidad de culpabilidad es el asunto más complejo en la materia sobre la responsabilidad penal de la persona

jurídica, y no lo es sólo en términos teóricos, sino también prácticos. Además de ser difícil de percibir esa voluntad distinta, supraindividual, que opta y puede ser culpable, es difícil de comprobar si esta voluntad concurre en concreto, en cada caso, por ejemplo, cuando un órgano se ha impuesto a la persona jurídica, excediendo su función, violando sus estatutos, pero actuando en beneficio de la corporación.

Al respecto el comité de ministros del Consejo de Europa, el 20 de octubre de 1988, propone incentivar “la adopción de medidas por las que se haga a las empresas responsables” de tales infracciones, aun cuando no esté identificado el hecho material. Tal es la dimensión del problema y tan dura es la reacción europea, llegando a una suerte de responsabilidad objetiva de la empresa, esto es, sin culpabilidad propiamente tal.

Lo que para Szczaranski (2008) no es recomendable, resultando posible y lógico fundar la culpabilidad penal de una persona jurídica en modo análogo a la culpabilidad de los seres humanos. Lo anterior pese a que es fuerte la doctrina que sostiene que los entes jurídicos son incapaces de culpabilidad. Por ejemplo, Bajo (1978), quien reconoce que las personas jurídicas deben responder con sanciones por sus infracciones, no las considera capaces de culpabilidad y sostiene que “debemos de reconocer, sin rasgarnos las vestiduras, que es imposible mantener el principio de culpabilidad frente al Derecho Sancionador (penal) de las personas jurídicas” y, el autor, ante la realidad del ilícito económico, estima que la alternativa sancionatoria administrativa cumple el rol de la sanción penal sin impases lógico-dogmáticos; considera, por lo demás, equiparables ambas sanciones, señalando que la polémica acerca de sus diferencias es semántica y que, en todo caso, el derecho penal de las personas jurídicas es un derecho penal en cuanto es sancionador, pero diferente, como lo es el de los menores o inimputables adultos.

Esta supuesta incapacidad de culpabilidad de los entes colectivos tiene distintos soportes argumentales. Para algunos no es posible, en cuanto la culpabilidad dice relación con el hombre libre y moral y las personas jurídicas no tendrían autoconciencia ni voluntad en el sentido psicológico, dependiendo, al efecto, de sus decisiones, de las que adoptan sus órganos. Para otros, en conexión con el planteamiento precedente, la objeción estriba en que, mientras los ilícitos penales tienen contenidos ético-sociales, los meramente infraccionales -de los cuales las personas jurídicas sí pueden ser sujetos activos- son neutrales para la sociedad. Tal neutralidad explicaría por qué en el ámbito administrativo infraccional no hay objeción para reconocerlas responsables y sancionables y por qué no es problema la culpabilidad, categoría reservada al ser humano, moral. Esta línea argumentativa encuentra numerosos detractores, y destacados, como Welzel, Jeschek, Tiedemann y, por cierto, Hirsch.

El derecho infraccional, si bien puede tener algunas normas neutras desde el punto de vista ético social, tiene también normas que dicen relación con la puesta en peligro de bienes jurídicos altamente valorados por la sociedad, como la protección de la vida ante los riesgos del tráfico vehicular, o de la salud humana en las normas protectoras del medio ambiente, o el patrimonio de los individuos, en las regulaciones financieras, previsionales, entre tantas otras. Por lo demás, como destaca Hirsch (2002), en una sociedad pluralista es bastante difícil delimitar suficientemente, de entre las normas que tipifican delitos, aquellas con fundamento ético. Lo que lleva a plantear ¿son las actuaciones de las corporaciones independientes de lo ético, ajenas a la moral predominante? ¿Es neutro contaminar deliberadamente aguas públicas, o poner en riesgo los ahorros de los pensionados? A mayor abundamiento, acerca de los alcances éticos y morales que incumben a las conductas de las corporaciones, es del caso recordar que éstas, para el Derecho y para el mundo de los negocios, tienen

imagen y honra, las que integran su valor y, por ello, son dignas de protección jurídica.

Se cuestiona también la capacidad de ser culpables de los entes colectivos desde el ángulo de observar que, si se culpabiliza al ente se debería exculpar al agente u órgano. Tal afirmación debe ceder ante la evidencia de ser muchos los delitos perpetrables con pluralidad de autores en diversas formas de colaboración y no por ello la culpabilidad de uno de los involucrados excluye la de los restantes. La eventual culpabilidad de una empresa, por cierto, no puede excluir la concurrencia de una voluntad singular dolosa, independiente o concertada, de alguno de los dependientes que actúan por ella y pueden darse distintas combinaciones de participación, en sentido amplio, en un mismo hecho delictivo. Cada reproche de culpabilidad, en los casos con pluralidad de sujetos activos, tiene sus propios y específicos fundamentos, pudiendo algunos individuos resultar exculpados y, otros, culpables.

Estima, Szczaranski (2008:64-65), que las personas jurídicas pueden perpetrar culpablemente delitos. Sin embargo, para indagar acerca de la posible responsabilidad penal, propia, de la persona jurídica y no de la de sus agentes, es necesario determinar la existencia de la voluntad societaria y, cuándo, precisamente, es ésta la involucrada en el ilícito y no la de algún integrante de la misma, que, como decíamos, puede extralimitarse a espaldas de la persona jurídica, pero actuando en beneficio de ésta o, derechamente, puede obrar en su individual y propio interés, usando a la persona jurídica, abusando en realidad de su cobertura, el llamado velo societario.

4.1.3.2.3. La Voluntad Propia de la Persona Jurídica.

Muchas sociedades o empresas, ciertamente, no tienen el nivel de desarrollo organizacional que les permite conocer y resolver por sí mismas, y, tampoco en sus objetivos reales o profundos pretenden siquiera tener capacidad de optar por sí mismas. Así ocurre en las sociedades de pantalla, las que, si bien tienen responsabilidades civiles, no pueden tenerlas en lo penal, por no ser responsables en los hechos de sus actos, ejecutados bajo el poder de otro designio. Por ello, deben responder por estas sociedades de papel los dueños del designio, personas jurídicas o naturales que sean. Así debiera ocurrir también, pues el acento se pone en situaciones organizacionales y de hecho, con las sociedades instrumentales heteroadministradas, carentes de voluntad propia y, en realidad, instrumentos o prótesis de otras voluntades. No es el caso, por cierto, de las sociedades que operan en bolsas de comercio, ni el de las que específicamente administran bienes ajenos, como los fondos de pensiones, las aseguradoras de diversa índole o las instituciones bancario-financieras, todas suficiente y debidamente organizadas para responder plenamente de sus actos y dotadas efectivamente de las sinergias internas que dan realidad a la identidad y voluntad corporativa.

Respecto a la existencia de la voluntad societaria y su desarrollo, Gómez-Jara (2010), en orden a distinguir personas jurídicas imputables y, otras, inimputables, según el grado de desarrollo estructural y sistémico alcanzado; sostiene las empresas, como las personas, dice el autor, se desarrollan con el tiempo, maduran al punto de poder ser hechas responsables de sus actos. En el caso de las empresas, éstas desarrollan complejidades organizativas y operacionales internas que les permiten tomar decisiones, optar. Y lo anterior obliga a considerar un concepto de culpabilidad “funcionalmente equivalente al de las personas” (p. 5). Vale decir, que se debe construir el reproche de culpabilidad en términos

análogos, aunque distintos en que se consideren: la obligación de acatar las normas legales vigentes, la libertad de auto-organizarse y la de optar a través de sus órganos competentes ante los deberes legales, respetándolos o infringiéndolos. A ello debe agregarse, que sea exigible y posible en concreto la conducta conforme a derecho; sólo en estas circunstancias son legítimos el reproche de culpabilidad y la aplicación de sanciones.

Refiere el autor que en el caso de los entes colectivos complejos el saber resulta de la interconexión dinámica del todo con sus partes, en razón de su estructura y de sus sistemas operativos. En este sentido el ente colectivo es un actor que, por el nivel de evolución de los sistemas societarios en el mundo moderno, es reprochable por sus opciones cuando le es exigible conformarlas al Derecho en vez de ser contrarias a las normas y debe, por lo mismo, superar la “lógica costo-beneficio” en pro de la “lógica derechos-deberes”.

Es, entonces, el nivel organizacional actualmente logrado por las empresas el que hace posible que éstas alcancen autónomos procesos decisorios, nutridos por afluentes e información, en modo paralelo a como lo hacen los hombres, y, por ello, que deben responder, como tales, por sus propias opciones.

Ahora bien, una de las interrogantes que surge es ¿cuándo una sociedad alcanza esa madurez?, la respuesta a ello, proferida por Gómez-Jara (2010), es que ello acontece cuando “se produce una acumulación de círculos autorreferenciales que llegan al encadenamiento hipercíclico de los mismos, momento en el cual emerge verdaderamente el actor corporativo (...) como sistema autopoietico de orden superior” (pp. 22-23). El ente colectivo desarrollado, en cuanto sistema autopoietico, construye su propio conocimiento -distinto del de las identidades psicológicas individuales en él integradas- y lo hace mediante las interrelaciones que se producen tanto al

interior de cada uno de sus órganos colegiados cuanto a las que se generan entre sus diversos órganos, todos en interacción con el entorno, incluido el normativo.

De manera que esas relaciones sinérgicas, de ida y de vuelta, son indispensables y se retroalimentan, sin que ningún elemento por separado pueda considerarse autopoiético, es decir, pueda llegar a conocer y a optar; sólo todos en sinergia pueden hacerlo.

Y así considera Szczaranski (2008:67) es que hay que entender el asunto: la corporación se alimenta en conocimientos de sus órganos y los alimenta, feedforward y feedback, las fuerzas de la autopoiesis, interactuando con ellos interrumpidamente en el flujo cíclico de la información, su procesamiento y las resoluciones a que ese conocimiento conduce. La jerarquía y las competencias propias de cada órgano determinarán estructural y sistémicamente, en cada oportunidad, las opciones correspondientes a las políticas corporativas. Lo anterior se relaciona con las coordenadas básicas de todo conocimiento y aprendizaje desde un punto de vista constructivista, tan en boga hoy para comprender el conocimiento y aplicarlo a la enseñanza, y del todo aplicable al saber y querer de la empresa adulta.

En general, la voluntad del ente colectivo se expresa directamente a través de sus órganos y no existe entre éstos y la persona moral ninguna relación, pues los actos de los órganos son los actos propios de la persona jurídica; hay identificación total. Esto es del todo diferente a lo que ocurre en el caso de la representación, situación en la que el representante suplente la voluntad de la persona jurídica realizando actos por sí, pero cuyas consecuencias jurídicas se radican en el patrimonio del representado. Al respecto es muy clara la puntualización que realiza Lyon.

La relación que existe entre aquellos que obran por la persona jurídica y esta misma, no puede ser confundida con la representación, fundamentalmente por los siguientes motivos:

(a) porque órgano es un concepto jurídico que en la práctica resulta más amplio que la representación. Lo demuestra el hecho de que, por una parte, no todo representante es órgano y, por otra parte, no siempre la relación orgánica implica una relación de representación. Es el caso de la asamblea de socios, que tiene funciones deliberativas, pero carece de poder de representación;

(b) porque, por lo mismo, el concepto de órgano resulta absolutamente insustituible si se quiere explicar la naturaleza jurídica de la asamblea de socios; y

(c) porque el representante expresa su propia voluntad, lo que permite suponer una voluntad distinta, separada o contraria a la del representado.

En cambio, el órgano es siempre el depositario y el portador de una voluntad única, que no es otra ni puede ser diferente, separada o contraria, a la de la persona jurídica. Esta es la única explicación satisfactoria al hecho de que la persona jurídica responda penalmente por la actividad ilícita de sus órganos, cuando, por ejemplo, ella se ve expuesta a sufrir sanciones pecuniarias por las conductas contrarias a la ley antimonopolios en que incurra la administración.

Históricamente la voluntad de las personas jurídicas se ha explicado en función de la representación, lo que es errado por las razones antes expuestas, pero, aún tratándose de delegación, no debe perderse de vista que por el hecho de la delegación el poder jerárquico no desaparece, sino que se acrecienta, puesto que el delegado actúa por el delegante, siendo en este sentido, ambos, uno mismo.

Es Gierke, citado por Szczeranski (2008), quien da la primera versión de la teoría del órgano, la que es bastante más cercana a la organización y sistemas de las modernas personas jurídicas. Éste considera a las sociedades capaces de actuar y de querer, lo que hacen por medio de los órganos que han asignado al cumplimiento de específicas funciones corporativas: la entidad quiere por su órgano.

Se criticó esta posición porque, si el órgano fuera una parte indivisible de la persona jurídica, no podrían existir relaciones entre éste y la entidad, y, sin embargo, relaciones jurídicas entre quienes actúan por el órgano y la sociedad existen, por ejemplo contractuales.

Jellineck, citado por Szczaranski (2008), respondiendo a esta crítica, distingue entre el órgano y el portador del órgano, siendo el primero la función y, el segundo, la persona física que la desempeña. La relación de la sociedad con sus órganos, valga la redundancia, es orgánica, funcional, y responde al sistema organizativo de la entidad. Los órganos son parte de la misma estructura social sin que puedan dividirse la persona jurídica; hay en su existencia división del trabajo. Lo anterior, no excluye que algunos órganos estén, además, dotados de poder de representación, como el directorio de las sociedades anónimas, los socios administradores de las sociedades colectivas mercantiles, entre otros, casos en los cuales la figura del órgano absorbe a la del representante.

4.1.3.2.4. Voluntad Culpable de la Persona Jurídica.

En cuanto a la responsabilidad de la empresa por el actuar del órgano administrador frente a terceros, se debe citar a las normas generales del derecho común y a las especiales de las leyes que rigen a las sociedades. En correspondencia con estas normativas, por los ilícitos que perpetren y los daños que causen los órganos actuando estructuralmente, debe responder el ente colectivo. Lo anterior no obsta a que deban responder también los administradores en el caso en que hayan participado en el ilícito, como se decía, como cómplices o encubridores, o como coautores, sumando su voluntad individual a la de la empresa. Tampoco debe excluirse el caso en que el órgano engañe a la persona jurídica, por diversos medios, utilizándola.

En el asunto de la responsabilidad jurídica general de la entidad por el actuar de sus órganos, Lyon (2003:22) precisa, citando a Andreas von Thur, que la responsabilidad de la persona jurídica por los actos de sus órganos se funda en que éstos

(...) entra(n) en relaciones con terceros en virtud de su calidad y puede(n) perjudicarlos por medio de recursos sociales que tiene(n) a su disposición. Corresponde al concepto actual de la equidad que responda un patrimonio cada vez que en su administración se ocasionaren daños a terceros. Así como el individuo soporta las consecuencias de sus actos, la asociación debe soportar la de sus órganos, aun cuando cometan actos ilícitos en perjuicio de terceros, ya que por medio de éstos realiza su objeto.

El argumento levantado por algunos, relativo a que las personas jurídicas no consideran en sus estatutos la comisión de delitos y no dan mandato para delinquir, me parece una falacia, pues la empresa ha organizado establemente operaciones y ha designado personas para obrar en nombre suyo, bajo su dirección. La actividad así estructurada, dirigida a un fin colectivo, no está exenta de incurrir en excesos e ilícitos, tanto desde la perspectiva de quien da la orden cuanto desde la perspectiva de quien la ejecuta. Resulta, pues, a mi juicio del todo forzado, arbitrario y desigual, liberar al ente de lo que sus órganos realizan dentro de la esfera del poder corporativo, utilizando los medios, poderes o recursos societarios.

La voluntad de los órganos colegiados de las sociedades requiere de un sistema que les permita determinar la voluntad del órgano y en consecuencia de la asociación. Ello se logra a través del voto de los sujetos humanos que integran la instancia pertinente; así se forma la voluntad de la mayoría, la que, según Ascarelli, citado por Lyon (2003:37):

Se descompone en una serie de declaraciones psicológicas distintas y que presentan, cada una, su propia individualidad (...). Significa que, desde el punto de vista jurídico, el voto que

contribuyó a formar el acuerdo es distinto al acuerdo mismo (...); sin embargo, como quiera que se conciba a la voluntad de la mayoría y al resultado del escrutinio que llamamos acuerdo, el hecho es que la ley y los estatutos le atribuyen un efecto singular: el de constituir, para todos los efectos jurídicos, la voluntad de la persona moral.

Específicamente, en la materia penal, en conexión con lo anterior, resulta muy ilustrativo lo señalado por Jakobs (1996:75) en cuanto que una votación que concluye en un determinado resultado es un acto preparatorio, un elemento psicológico del delito de que se trate. Expresa que el acuerdo, por su naturaleza e inserción orgánica en el ente no se realiza automáticamente, sino que es ejecutado por personas, a su vez responsables y que, por lo mismo, pueden evaluar la juridicidad de la conducta que se les pide u ordena. De este modo el citado autor subraya que la votación es distinta de la ejecución del hecho, cuestión relevante para este análisis.

En consecuencia, la votación es “preparación de un hecho” y, “más precisamente, intervención durante la planificación de un hecho”; es una de las razones por las que actúa el dependiente de suerte tal que la decisión votada es, a fin de cuentas, una intervención psíquica en el devenir de los hechos, es influencia psíquica en el ejecutor. Esta influencia, sólo cobra relevancia penal al comenzar la implementación o ejecución del acuerdo, pues ni siquiera el dolo (y menos la negligencia) como mera resolución es penalmente relevante, ya que el Derecho Penal no se dirige a las intenciones, salvo cuando éstas se convierten en hechos, cuando comienza, al menos, su ejecución, por ejemplo, al comunicarse por el encargado de la votación el acuerdo al dependiente adecuado para llevarlo a la práctica.

Menciona el investigador en referencia, que para determinar con precisión la incidencia de cada voto en el acto preparatorio, supone didácticamente seis casos, colocando a los votantes en distintas hipótesis,

denominando a las dos primeras como de “conformidad formal”, pues las variantes del cuándo y cómo votar pueden ser muchas y, a cada una, corresponderá una consecuencia lógica:

a) votar favorablemente un acuerdo que el votante sabe que se logrará sin que ese voto sea necesario;

b) votar cuando, aun pese a no estar constatada formalmente la mayoría, de hecho, es evidente que existe la mayoría suficiente para lograr el acuerdo. Pero, ¿Son responsables los votantes, en los casos a) y b), de lo que se ejecute en virtud del acuerdo, pese a ser sus votos innecesarios para el logro del acuerdo y, en tal sentido, sobrecondiciones?

La respuesta la encuentra el autor en el subrayar dos cuestiones fundamentales, con un gran detalle que omitiré por la naturaleza de este estudio. La primera, que “en el plano del Derecho Penal no se trata genuinamente de la causalidad, sino de la imputación, como por tanto la causalidad aparece en el Derecho Penal como un derivado de la imputación”. Tal consideración lo lleva a señalar “que es necesario en cuanto a la causalidad según la función de la imputación” (p. 78).

La segunda cuestión fundamental a juicio del autor, es comprender que, en materia societaria, “no se trata de cometer por sí mismo, sino –si acaso- de intervención prestada psicológicamente”, distinguiendo, como ya lo mencionaba, acto preparatorio o, intervención durante la “planificación” de un hecho y que, tal preparación, es irrelevante penalmente mientras no se inicia la tentativa por el ejecutor.

Ambas consideraciones le permiten a Szczaranski (2008:72) inferir, que el acuerdo es el fundamento o razón para que se impute a la corporación también como suyo el hecho del ejecutor. La preparación respecto de la ejecución se realiza simultáneamente por todos los votantes favorables al acuerdo independientemente del momento en que votan, pues la constatación del acuerdo no tiene tiempos separados para cada votante y, su cumplimiento por el delegado o competente empleado, es el momento de la ejecución concreta del acuerdo, en un mismo tiempo para todos los votantes,

simultánea, precisamente, para todos. Es por ello que en los casos supuestos todos son responsables, sin que sea posible considerar algunos votos como superfluos o sobrecondiciones, pues, desde el punto de vista normativo y no natural, cada voto a favor de una gestión negocial antijurídica que pudiera producir una mayoría es una condición para la aprobación del acuerdo de una gestión negocial (por ejemplo) constitutiva de un riesgo no permitido.

De este modo, los directores, en los ejemplos señalados, en el caso de ser éstos los votantes, ya sea que voten formal o informalmente a favor de realizar una acción antijurídica, exteriorizan su voluntad simultáneamente en la ejecución de la conducta acordada y son todos causales respecto de esa conducta, como coautores, y la coautoría, es autoría, cuya particularidad consiste en que el dominio del hecho unitario es común a varias personas. Por su parte, el voto disidente de quien pudo impedir (negando el quórum) la votación, implica también responsabilidad por su omisión deliberada.

De manera que la responsabilidad penal de los votantes directores por los hechos de los dependientes de la empresa estriba en la relación *sine qua non* existente entre la preparación por ellos (apoyo a la decisión colectiva que opera como influencia psíquica decisiva del hecho ilícito) y la ejecución por éstos de lo acordado (realización del hecho punible por el competente empleado, con o sin dolo de su parte). Sin el acuerdo del órgano superior colegiado la acción de los dependientes carecería de razón o fundamento corporativo y no podría ser imputada a la empresa.

Lo dicho es considerado por la autora arriba mencionada, altamente relevante para la comprensión, desde el punto de vista de la teoría penal, de la culpabilidad de los directores de una empresa. De no perfilarse como realidad la voluntad corporativa como tal, ¿cómo distinguir a los socios gestores del delito de los otros y del personal ajeno a los hechos o, incluso,

contrario a ellos? En definitiva, debe quedar en claro que la responsabilidad penal de la entidad no puede ser confundida con la de sus miembros, algunos inculpables y, otros, eventualmente también culpables junto al ente en distintas posiciones de participación en sentido lato. Pues como señala Hirsch (2002:121), no sólo la culpabilidad de la corporación no es idéntica a la culpabilidad de sus miembros, sino que "(...) antes bien, debe decidirse en forma separada acerca de ambas". Siendo oportuno recordar que en materia penal los vínculos entre los ejecutores y los dueños de la acción criminal y, en general, entre los distintos sujetos activos colocados en diversas relaciones recíprocas concretas, dan lugar a distintas soluciones doctrinarias y legales, las que no se excluyen entre sí sino que son alternativas, dependiendo su aplicación de las particularidades de cada caso.

Así se encuentra, por ejemplo, aplicables en estructuras jerárquicas organizadas la Teoría del Dominio del hecho, de acuerdo con la cual es autor quien, en razón de una decisión de su voluntad, tiene las riendas del acontecer típico, según clarificaba Maurach (1995). También calza perfectamente a la situación la visión de Roxin (1993), según el cual quien ordena desde una colocación predominante de poder, dentro de una organización jerárquica, es autor mediato como "autor detrás del autor", "el hombre de atrás" o "el hombre del escritorio", en sus conocidas expresiones. El dominio del hecho por "el hombre de atrás" viene dado por su dominio sobre la organización, cuya estructura jerárquica garantiza el cumplimiento de la orden por el ejecutor, siendo éste un individuo fungible, ya que, en definitiva, de negarse a cumplir la orden, puede ser reemplazado por otro individuo equivalente y más dúctil.

En otra hipótesis, derechamente, podrá ser aplicable la coautoría por concierto previo, según como se hayan desarrollado los acuerdos y los hechos. Por su parte, los que cumplen las directivas son quienes ponen en obra la acción típica como autores ejecutores, con distintas

responsabilidades individuales, desde ser propiamente coautores a ser, incluso, no culpables, según haya sido su participación en el dominio del hecho según se ha dejado anotado. Se colige de esta manera, que el límite de la responsabilidad penal para las personas jurídicas depende, por una parte, del plano normativo en cuanto a los deberes que les conciernen y que el Estado les ha impuesto, y, por otra, de su calidad organizacional e independencia, las que le permiten forjar conocimiento y adoptar orgánicamente, valga la redundancia, opciones propias en circunstancias concretas, según su grado de madurez institucional y según la realidad de sus declaraciones estatutarias, sustantivamente ciertas y no de pantalla.

En todo caso, se debe tratar, por la racionalidad del Derecho, de sujetos no sólo capaces de comprender, de conocer las normas que los rigen, sino, también, de sujetos que en el momento de los hechos se encontraban en condiciones concretas de serles exigibles las conductas ajustadas a derecho. Derivándose entonces, que materia de culpabilidad, sea cual sea el caso “hipotetizable”, se debe tener siempre presente la necesidad de considerar respecto del o los autores y partícipes, la *exigibilidad* de otra conducta conforme a Derecho. Es ésta una cuestión de justicia esencial que no puede ser ignorada respecto de ningún imputado, persona natural o jurídica que sea. Esta verdadera garantía de sentido común se traduce en que, quienes actuaron (activa o pasivamente) pudieron, en la realidad vivida, considerado su contexto, estructurar su voluntad de acuerdo a las normas, y libremente, sin embargo, optaron por no hacerlo. Sólo en tal evento les puede ser reprochable a título de culpabilidad la lesión o puesta en peligro concreto de ciertos bienes jurídicos, la comisión de delitos.

4.1.3.2.5. Capacidad de Pena.

El debate que se plantea sobre las sanciones penales para las sociedades no se vincula al concepto de pena ofrecido por Kant desde la

perspectiva de la personalidad moral del ser humano. El asunto se relaciona, con el sentido de las penas: castigo, símbolo del poder, prevención general o especial. El problema se hace más difícil desde el punto de vista de la pena-castigo y de su relación con la justicia. Pero esto se relaciona con el impacto simbólico de las penas, respecto de lo cual Bustos (2004:34) enfatiza el aspecto simbólico de la pena como “una autoconstatación del Estado”, constatación de su existencia y poder, y de ahí su carácter simbólico y su función de protección de los ejes del sistema, que no son otros que los bienes jurídicos. Y no sólo los bienes jurídicos son una cuestión social, como veíamos, sino también la determinación de los sujetos responsables destinatarios de las penas, lo que aleja el asunto de lo psicológico y lo lleva al plano de la política criminal.

De esta manera, se coloca en el tapete un tema difícil de justicia, relevante, sobre el que hay que preguntar: si es debido que la sanción corporativa repercuta en los socios disidentes, en la minoría opositora a la acción que se sanciona, en los socios sin capacidad resolutoria ni de representación y que sólo se relacionan a los hechos en consideración a su participación financiera en la empresa. Pero debe tenerse en cuenta ante esto que los socios no responden personalmente, sino en la medida de sus inversiones, y éstas involucran tanto posibilidades de ganancia como de pérdida por la gestión del negocio. Además, como subraya Hirsch (2002:128), la cuestión en definitiva depende para los socios del hecho de asegurarse mediante la selección de órganos, procedimientos y controles confiables.

Lo cierto, es que, dadas como condiciones *sine qua non* la concurrencia efectiva de la exigibilidad de una conducta acorde a derecho y la imputabilidad a una persona jurídica de un delito, sería contradictorio no sancionarla por sus actos, encastillados en una posición antropocéntrica de la responsabilidad penal, pese a reconocérseles a tales entidades libertad,

derechos y garantías. Las personas naturales en cambio, en iguales condiciones, sí recibirían la sanción penal como consecuencia de sus actos. Por lo demás, no sancionar a la empresa como tal permite a ésta disolverse, cambiar de aspecto y seguir operando bajo los mismos designios, especialmente cuando su proceder ha sido doloso.

Sobre la punición a las personas jurídicas, Bustos (2004:785) señala que “si el Estado debe proteger los derechos de todas las personas, incluidas las jurídicas, debe poder restringirlos coactivamente también respecto de todas, incluidos los entes colectivos”. Y agrega: si responsabilidad es exigibilidad en una situación determinada, “no es en modo alguno impropio abarcar dentro de esta conceptualización a las personas jurídicas”. Pero, más allá de la ciencia penal, pesan al respecto posturas políticas e intereses grupales dominantes, y debe pesar, en mi opinión, que, como contrapartida de los derechos que son reconocidos a las empresas, éstas deban adecuarse al ordenamiento jurídico vigente en lo que es pertinente a su modo de ser y actuar. Y no son pocos los casos en que no lo hacen. No son raros los casos bullados de excesos empresariales motivados por fines de lucro desmedido canalizado en prácticas de abuso del derecho y de las circunstancias sociales y económicas contingentes.

4.1.3.2.6. Necesidad de Pena.

La necesidad de la pena, depende de consideraciones político-criminales sensibles a la consideración de la vida social, de las relaciones concretas que se dan en ella. Sin embargo, se discute si existe tal necesidad práctica o si bastan la responsabilidad civil y el sistema infraccional administrativo a su respecto.

La respuesta, es ofrecida por Bustos (2004:787) desde la óptica de lo cultural, relacionándose con la perspectiva en cuanto al porqué, hoy, tiene

relevancia el tema. La visión que cada uno tiene de la vida económica social contemporánea puede ser o no concordante con el rol determinante de las empresas en el mundo interconectado y financieramente sofisticado en que está inserta, rol que incluso, es más trascendente que el de las personas naturales. Señala el mencionado autor que es un privilegio injusto eximir de responsabilidad penal a las personas jurídicas por hechos respecto de los cuales las personas naturales serían penalmente sancionadas. Pero, ¿Cuál es la razón del privilegio para excluir a las sociedades de la responsabilidad penal, si son, en cambio, para todos los demás efectos, sujetos plenos de Derecho?

En respuesta refiere que una razón importante parece ser que, en este ámbito, sea más difícil visualizar la lesión de los bienes colectivos, sobre los que recae generalmente el golpe de los ilícitos de las corporaciones, como lo son el orden público económico, la protección del medio ambiente, la seguridad social, la del consumidor o usuario. No pocas veces plantear sanciones a las empresas pareciera obedecer a posturas interesadas e ideológicas, contra la clase empresaria, e, incluso, anti-grandes transnacionales y globalización.

Righi (2000:125) señala cómo es erróneo no incriminar a las personas jurídicas “predicando que los efectos preventivos que se procuran con la pena se obtienen satisfactoriamente incriminando al socio involucrado”. Tal postura, a juicio de este investigador:

- (a) no considera el margen de impunidad que se genera debido a la despersonalización propia de las modernas empresas,
- (b) que habitualmente no son identificables las personas físicas cuya decisión las convierte en autores, y
- (c) que en muchos casos no coinciden el sujeto que realiza la acción con el que obtiene el beneficio patrimonial. Agrega el autor que la fungibilidad de las personas que actúan contraviniendo las normas penales afecta así el sentido disuasivo de la amenaza penal (...).

Evidenciándose que carece de eficacia la imposición de sanciones a las personas físicas, pues el factor criminológico en muchas oportunidades está dado por la función que cumple el sujeto dentro de la organización empresarial, por lo que su sucesor reiterará el mismo comportamiento, y el medio en que se desempeña sigue generando los mismos estímulos. Por otra parte, el autor referenciado, destaca cómo la división y delegación de tareas en la empresa es causa de impunidad, pues resulta “difícil imputar a un alto directivo un comportamiento realizado en el seno del organismo y ejecutado por empleados”. Cada persona por sí misma no reúne todos los presupuestos de punibilidad.

Además, limitar la responsabilidad de las personas jurídicas, particularmente de las grandes empresas, sólo al derecho privado en el ámbito civil es criminógeno. La perpetración de ilícitos resulta sin mácula, lo que abre un especial espacio de tolerancia al delito, el que es tratado y sobre todo “visto”, en el caso en que la víctima reclame en sede civil, como un incumplimiento contractual, vale decir, una pugna de intereses individuales sin implicancias para el Estado de Derecho ni para el bien común. Especialmente relevante al respecto es el tema de la responsabilidad de las empresas por el producto que comercializan o el servicio que otorgan, cuestión que afecta diversos bienes jurídicos de interés público, por ejemplo la salud, al distribuirse, deliberadamente, un alimento contaminado, o las pensiones en el caso de fraude a los cotizantes.

Agrega Szczaranski (2008:78) que lo grave es que los intereses en juego en el mercado afectan a la generalidad de la población, por ejemplo, en el consumo, en las prestaciones de salud o previsionales, en los servicios de diversa índole, y es deber del Estado de Derecho proteger a todos los habitantes en condiciones de igualdad jurídica, la que, en el caso de los sectores sociales débiles, sólo es posible en virtud de la vigencia del ordenamiento jurídico, del respeto cabal de las leyes. Los derechos

constitucionales de las personas naturales son, obviamente, una cuestión de derecho público y, como señala Taruffo (1996) concierne al Estado de Derecho “impedir que los derechos se transformen en cosas que se compran en el libre mercado”. Permitirlo sería una perversión del sistema, creadora de marginación jurídica, económica y social para vastos sectores de la sociedad, en grave detrimento de los individuos, de los seres humanos a cuyo servicio están el Derecho y el Estado, según la opinión ampliamente predominante. La justicia civil actual no es capaz de garantizar la justicia sustancial de interés público pues asistimos a la crisis de la concepción publicista del derecho civil, y el juez civil tiene como tarea (pasiva por lo demás, pues debe seguir el impulso de las partes) resolver el conflicto entre los litigantes específicamente involucrados en el juicio y no es su misión develar la verdad ni hacer justicia. Muy distinto, por no decir opuesto, es el rol del juez penal.

En pro de la “administrativización” de estos ilícitos pareciera, a primera vista, que ello es conveniente desde el punto de vista de las garantías penales, pues, según algunos autores, proteger los bienes jurídicos colectivos, sociales, implicaría adelantar la protección a situaciones de peligro abstracto, aparentemente desvinculadas del principio de ofensividad que rige a todo el derecho penal. Sin embargo, Bustos (2004), plantea en el caso de los delitos que afectan bienes jurídicos colectivos, como ocurre en los delitos económicos, que el bien jurídico colectivo es en sí mismo el objeto de la tutela penal, y no lo es el interés derivado de esa tutela correspondiente a las personas naturales relacionadas con ese bien jurídico. En tal sentido, el orden público económico, por señalar uno, puede ser lesionado o puesto en peligro concreto, impactando dañosamente intereses del colectivo y por tanto a todos sus miembros, con independencia de los eventuales y particulares derechos subjetivos subyacentes, respecto de los cuales la lesión al bien jurídico, si puede estimarse de peligro, es abstracto.

En todo caso, la protección del bien jurídico colectivo es un buen complemento de los bienes jurídicos individuales, los que existen en el sistema valioso digno de protección penal, de carácter masivo, referido al funcionamiento mismo del sistema social. Sin embargo, la estrategia de controlar los ilícitos empresariales vía derecho penal administrativo está bastante difundida. Por ejemplo, en Alemania según la ley federal de contravenciones o infracciones administrativas. Pero esta tendencia, según Szczeranski (2008:79) implica una lesión a los principios garantizadores de un Estado de Derecho, como los de legalidad y pro reo, disminuye las garantías procesales, e involucra al Poder Ejecutivo en la resolución de los asuntos. En esta visión, la pena criminal sólo se distingue de la sanción administrativa por el órgano del Estado que la impone. Hay, entonces, en la desviación administrativista, lesión de cuestiones fundamentales del Estado de Derecho, y está involucrada una contradictoria afirmación: que las personas jurídicas pueden cometer infracciones administrativas y, sin embargo, no pueden perpetrar delitos. No resulta muy fácil de comprender, por lo demás, cómo una persona jurídica puede perpetrar infracciones administrativas y, sin embargo, no puede cometer delitos.

Según la valoración política de la época y lugar, la lesión de sistema insita en la lesión de un bien jurídico colectivo determinado puede ser de relevancia penal o no serlo, en dependencia de cómo el asunto es percibido por el Estado en cuanto a su trascendencia para el interés común y a su posibilidad de manejarlo. Las más de las veces, el problema se considera controlable sólo con sanciones administrativas, afectando seriamente la percepción de la gravedad del asunto por la ciudadanía, pues, en el fondo, no cae sobre el infractor-empresa la mácula, como decía, de lo criminal, es decir, se le baja el perfil al asunto.

4.1.4. Modelo adoptado por las legislaciones de Venezuela y España en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

4.1.4.1. En Venezuela.

Para el desarrollo de este apartado hay que tener presente que anterior a la adopción de La Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, en Venezuela se debatían dos posiciones claramente definidas con relación a la responsabilidad penal corporal: La corriente Dogmática Negativa y la corriente dogmática positiva. Para luego posteriormente con La Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo (2012), asignar responsabilidad penal a las personas jurídicas.

4.1.4.1.1. Corriente Dogmática-Negativa.

Esta posición niega la responsabilidad penal corporativa, y la misma es compartida por la doctrina nacional, dentro de los que se encuentra el profesor Chiossone (1972: 75), para quien:

La voluntad de realizar el acto prohibido es el elemento esencial de la Responsabilidad Penal, y como el hombre es el único ser que posee la potencia volitiva e intencional ilimitada por la razón; debemos deducir que él sólo pudo ser sujeto activo del delito.

Igualmente, el profesor Mendoza (1989:341), refiere:

Las personas jurídicas no pueden ser autoras de actos delictivos, porque no pueden representarse el acto y carecen de voluntad, siendo inútil también la consecuencia de la responsabilidad, esto es, la pena. Sin embargo, a esta fecha sé tata de acriminarlas también estimándose que no son seres ficticios como las concibió el viejo representante de la escuela histórica, Savigny, sino seres reales como los conciben Gierke, Mestre y Hafter. Los penalistas modernos sostienen que la responsabilidad penal de las sociedades se presenta no sólo como posible sino asimismo como conveniente.

Por su parte, el conocido tratadista Arteaga (1989:74), dice que:

El sujeto activo del delito, por las exigencias del Derecho Penal que toma en cuenta y valora solamente la conducta de seres humanos capaces de actuar como tales, esto es, voluntariamente, con conciencia y voluntad libre y por tanto capaz de culpa y por ende también de sujetarse y de sufrir la consecuencia de la pena, ha de ser necesariamente un ser humano que actúe como persona física.

Lo anterior a criterio del mencionado autor, aún cuando no parece ofrecer mayores problemas ni dudas en cuanto a la exclusión como sujetos activos del delito, de los animales y a las cosas inanimadas, suscita la discusión doctrinaria sobre la posibilidad de admitir o no la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, por tanto la posible condición de éstas como sujetos activos de delito.

Por su parte, Mayoudón (1998:28), tomando partido por la tesis doctrinaria tradicional que sigue el aforismo romano: *Societas delinquere non potest*, sostiene que:

A pesar de los interesantes argumentos por la tesis afirmativa, que contaría con el presunto apoyo de disposiciones vigentes en un punto abierto a la discusión, se inclina por la posición que niega a la persona jurídica la condición de sujeto activo del delito por ser ficción legal. La persona jurídica no puede cometer delitos. Y ello es así por cuanto el Derecho Penal supone la acción finalista de un ser humano presidida por una voluntad entendida en sentido individual psicológico y no normativo.

El Derecho Penal valora las acciones de seres humanos que se revelan contra las exigencias normativas, supone la actuación de seres inteligentes y libres que pueden actuar con dolo o con culpa y que tienen capacidad para sentir el reproche moral por su conducta que implica un castigo o pena, retribución por el mal causado voluntariamente y que tiende a corregir al culpable.

De esta manera, la persona jurídica no es sujeto activo del delito, ni responde penalmente, ni se puede por tanto aplicar una pena, entendida ésta en sentido estricto. A las personas jurídicas sólo corresponden sanciones civiles o administrativas, cualquier otra que se pretenda quedaría impune y no podrá repercutir sobre su patrimonio económico que es el único sentir de ésta.

Ahora bien, lo expresado no significa, como lo precisa asimismo Núñez (1999:101) que no pueden repercutir sobre las personas jurídicas, consecuencias de los delitos de sus órganos. Esto es:

Se puede afirmar que nada se opone a que con ocasión o con motivo de un delito cometido por personas físicas, se puedan aplicar a las personas jurídicas ciertas medidas que se pueden denominar penas, en sentido estricto, cuya naturaleza es también penal, como lo que se impone fundamentalmente en el campo de la delincuencia económica y fiscal donde se suelen indicar para las personas jurídicas medida de multas u otras que son de naturaleza administrativa.

Entonces, si en tal sentido se habla de "una responsabilidad penal de las personas jurídicas", podría aceptarse la expresión, siempre y cuando se precise que no se trata de una responsabilidad penal en sentido estricto, entendida en los mismos términos de la responsabilidad penal de las personas físicas. Se trataría de una responsabilidad penal sui géneris.

4.1.4.1.2. Corriente Dogmática-Positivista.

En contra de la tesis tradicional, sustentada en Venezuela por Mendoza, Chiossone y Arteaga, surge la posición de Gabaldón (1978) y Bello (1988), donde el primero consagra la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y el segundo plantea que ante la evolución social, es necesario redimensionar el concepto de la culpabilidad a los efectos de extenderla a la realidad grupal.

Gabaldón (1978:124), sobre el tema examinado, plantea:

1. El Derecho venezolano ha establecido la responsabilidad penal corporativa, al señalar penas pecuniarias y de clausura propias para los cuerpos morales y de aplicación conforme al procedimiento criminal.

2. Aunque muchas de las sanciones de las leyes especiales tienen previsto un sistema de aplicación administrativo, siendo sus supuestos de aplicabilidad infracciones criminales, es necesario jurisdiccionalizar el conocimiento de las mismas, para adecuar el procedimiento a su verdadera naturaleza.

3. Un procedimiento jurisdiccional responde a dos exigencias importantes: una de justicia, al garantizar efectivamente la defensa frente a la imputación; la otra, es en cuanto a que la pena aplicable adquiere mayor relieve y reafirma su carácter intimidativo, frente a delitos de daño y peligro que, por el desarrollo de la vida moderna, son de fácil y frecuente comisión pro la persona jurídica.

4. La imputación del hecho a la persona jurídica se hace a título de riesgo y no de culpa propia. Es obvio que el autor material de un acto cualquiera siempre es una persona física, pero en los casos en que la pena se aplica a la persona jurídica, ésta es la directa beneficiaria de dicho acto, fundamentalmente desde el punto de vista económico. Al respecto se ha argumentado que la penalidad no distingue entre asociados culpables e inocentes castigando a todos por igual. Pero también es cierto que la conducta es manifestada por él a los individuos que tienen poder de comprometer la gestión de la asociación, y que estas personas han sido seleccionadas mediante procesos internos de participación.

Siempre es posible, además proceder civilmente por daños y perjuicios contra el responsable directo de la sanción aplicada, por lo que la pérdida

social no es irremediable. Es necesario para que la responsabilidad colectiva esté comprometida, que el acto ejecutado se produzca dentro del marco de competencia quien lo lleva a cabo, según las disposiciones legales estatutarias, atributivas de función. Asimismo, que esté destinado a beneficiar a la corporación, pues de otro modo cabría hablar de responsabilidad personal agravada por la utilización de un medio que asegura impunidad o mayor provecho para el autor.

5. La responsabilidad concurrente del ejecutor material debe ser descontada por vulnerar el principio de la unidad de infracción y de pena. El legislador puede optar por sancionar el cuerpo moral o el autor físico, según lo que estime más conveniente; pero castigarlos conjuntamente por el mismo hecho equivale a imponer una doble penalidad, pues el acto es inescindible. La legislación especial venezolana contempla el principio de la doble penalidad, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponde a los autores del hecho". Podrá aplicarse una pena a los autores, siempre que para ellos el delito cambie de título, pero si sigue siendo único, es un absurdo mantenerla. De no confundirse con otra situación es la que estatuye una pena compuesta por el mismo hecho (ejemplo: multa y prisión), y en el caso de imputación a la persona jurídica, la pecuniaria se aplica a la entidad y la detentiva al ejecutor. Así lo prevé el Proyecto de Ley Antimonopolio en el artículo 24 cuando afirma:

Es conveniente ampliar y sistematizar las sanciones penales del cuerpo moral. Nuestro derecho no contempla la disolución societaria, pues la hipótesis más próxima (clausura definitiva) es algo equívoca, y no implica necesariamente la desaparición del ente colectivo que, especialmente si tiene una organización flexible y pluralidad de metas, puede dedicarse a otros ramos en su actividad (...)

Respecto a la medida de seguridad que algunos autores han prospectado, no parece que las condiciones de peligrosidad social que dieron

origen a la discusión de esta materia respecto a los individuos tengan igual relevancia en materia de actuación corporativa. Siempre la persona jurídica obra a través de sujetos individuales y transitorios, por lo que es muy discutible que se pueda hablar de peligrosidad propia. Es conveniente, en todo caso, sistematizar con carácter programático en un texto único el principio de imputación y las penas impunes al ente colectivo. El instrumento legal más adecuado parece ser el Código Penal.

Bello (1988:127), señala que la persona física no es sinónima de hombre y persona jurídica de organización. En el fondo tanto la una como la otra es técnica mediante las cuales se atribuye trascendencia en el mundo jurídico a los actos ejecutados por un individuo o una colectividad. El concepto de persona, es elaboración del derecho, que no por ello coincide con el concepto de hombre que es un concepto utilizado por las ciencias causales. De allí que haya existido y puedan existir jurídicamente personas que no coinciden con hombres concretos.

Explica que dentro del lenguaje ortodoxo tradicional, se parte de la premisa de la definición de delito haciendo eje de la misma al concepto sujeto activo entendido en sentido antropológico, dado que es el hombre el único ser viviente capaz de obrar con voluntad y razón, es decir con imputabilidad sobre la cual se apoya la culpabilidad o reproche que él pueda formular. Pero esta concepción del sujeto activo es racional e intelectual, sin fundamento en ninguna demostración histórica que pruebe que en el proceso y evolución de la humanidad siempre ha sido y tenga que ser así. Históricamente no hay prueba que acredite que desde sus inicios la humanidad consideró como sujetos activos sólo a los seres humanos individualmente considerados y antes bien, según Sohn, citado por Martínez (1995), cada vez hay mayores luces que permiten hacer ver que el derecho quirritario estatuyó en derecho colectivo de la gens, como procedente al individual consagrado en *ius civile*, y esto no es sino la demostración que las

necesidades y las formas jurídicas cambien y se transformen y la Ciencia de Derecho, no debe encasillarse en las fórmulas sobrepasadas por las realidades socio-normativas de su contexto.

Tampoco es argumento válido que las personas jurídicas sea una pura abstracción legal o ideal, pues el fenómeno significado por el concepto no es una idealidad, es una sección, de la realidad total, y por ende perceptible y humanamente existente. El hombre como tal, es una realidad sensorialmente perceptible sin intermediación, las consecuencias de su agrupación, los hechos que sobrevienen de su actuación idealmente formalizada a través de la asociación son perceptibles, la diferencia consiste en que en el primer caso, el hecho y su consecuencia son fenómenos empíricos, en tanto que en el segundo, la consecuencia, el hecho ilícito parece de una causa empírica, inmediata, por lo que el derecho ha recurrido a su configuración "ideal".

El Derecho Penal tiene que alcanzar un sentido de la personalidad que se relacione con la regulación de los desórdenes sociales de cuya magnitud e importancia deriva la imposición de la respectiva para cuya finalidad es la corrección de ese desorden en un marco estimativo y teleológico. He allí, la naturaleza de la sanción y el delito. Es así como continúa diciendo que los delitos cometidos por personas jurídicas son delitos y que las sanciones que a ellos se les impone deben merecer el nombre de pena. En cuanto a la culpabilidad, ha de entenderse como el ingrediente genuinamente espiritual del delito, pero no tiene por qué ser individual, si hay necesidad y justicia a que sea diferente. Al fin y al cabo, ninguna entidad espiritual, debe renunciar a la humanidad, a lo que es humano, no es únicamente el individuo en sí mismo sino también en todas las constelaciones que es capaz de formar para su realización socio-espiritual.

Esta necesidad social obliga a una doble dimensión de la culpabilidad, los cuales son:

(a) El estrictamente individual que será siempre que se transgrede la norma cuyo contenido es libertad individual regulada en interacción.

(b) Su rendimiento social, su amplificación expuesta en la conducta grupal.

4.1.4.1.3. A partir de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada.

De acuerdo a Rodríguez (2010), la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada establece en el artículo 31 la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los términos siguientes.

Las personas jurídicas, con exclusión del Estado y sus empresas, son responsables penalmente de los hechos punibles relacionados con la delincuencia organizada cometidos por cuenta de ellas, por sus órganos directivos o sus representantes. Cuando se trate de personas jurídicas del sistema bancario o financiero que intencionalmente legitimen capitales, el tribunal ordenará su intervención preservando siempre los derechos de los depositantes. Se trata, por ejemplo, de la intervención de los bancos por parte del Estado ante el lavado de dinero en Venezuela.

La Ley Contra la Delincuencia Organizada asigna responsabilidad penal a las personas jurídicas (bancos, instituciones de créditos, casas de bolsa u otras) por delitos cometidos por hechos tipificados como blanqueo o lavado de capitales.

Asimismo, esta norma establece en el artículo 32 las sanciones a las personas jurídicas en los siguientes términos:

El juez o jueza competente impondrá en la sentencia definitiva cualquiera de las siguientes sanciones de acuerdo a la naturaleza del hecho cometido, su gravedad, las consecuencias para la empresa y la necesidad de prevenir la comisión de hechos punibles por parte de éstas:

1. Clausura definitiva de la persona jurídica en el caso de la comisión intencional de los delitos tipificados en esta Ley.

2. La prohibición de realizar actividades comerciales, industriales, técnicas o científicas.
3. La confiscación o decomiso de los instrumentos que sirvieron para la comisión del delito, de las mercancías ilícitas y de los productos del delito en todo caso.
4. Publicación íntegra de la sentencia en uno de los diarios de mayor circulación nacional a costa de la persona jurídica en todo caso.
5. Multa equivalente al valor de los capitales, bienes o haberes en caso de legitimación de capitales o de los capitales, bienes o haberes producto del delito en el caso de aplicársele la sanción del numeral 2 de este artículo.
6. Remitir las actuaciones a los órganos y entes correspondientes a los fines de decidir la revocatoria de las concesiones, habilitaciones y autorizaciones administrativas otorgadas por el Estado.

También abunda en el desarrollo el Código Orgánico Tributario (2001), cuando en el art. 90 señala: “Las personas jurídicas responden por los ilícitos tributarios. Por la comisión de los ilícitos sancionados con penas restrictivas de la libertad, serán responsables sus directores, gerentes, administradores, representantes o síndicos que hayan personalmente participado en la ejecución del ilícito”.

La Ley Penal del Ambiente (2012) en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas indica:

Artículo 4: Las personas jurídicas serán responsables por sus acciones u omisiones en los casos en que el delito sea cometido con ocasión de la contravención de normas o disposiciones contenidas en leyes, decretos, órdenes, ordenanzas, resoluciones y otros actos administrativos de carácter general o particular de obligatorio cumplimiento.

Más adelante por concepto de esa responsabilidad establece:

Artículo 5: Las sanciones aplicables serán principales y accesorias. Son sanciones principales:

1. La prisión.
2. El arresto.
3. La disolución de la persona jurídica.

4. La multa.
5. El desmantelamiento de la instalación, establecimiento o construcción.

Artículo 6: Son sanciones accesorias:

1. La clausura definitiva de la instalación o establecimiento.
2. La clausura temporal de la instalación o establecimiento hasta por un año.
3. La prohibición definitiva de la actividad contaminante o degradante del ambiente.
4. La reordenación de los sitios alterados.
5. La suspensión de las actividades de la persona jurídica hasta por seis meses.
6. La inhabilitación para el ejercicio de funciones o empleos públicos, hasta por dos años después de cumplirse la pena principal, cuando se trate de hechos punibles cometidos por funcionarios públicos o funcionarias públicas.
7. La inhabilitación para el ejercicio de la profesión, arte o industria, hasta por un año después de cumplida la sanción principal cuando el delito haya sido cometido por el condenado o condenada con abuso de su industria, profesión o arte, o con violación de alguno de los deberes que le sean inherentes o conexos.
8. La publicación especial de la sentencia, a expensas del condenado o condenada, en un órgano de prensa de circulación nacional y del municipio donde se cometió el delito y con la colocación de dicha publicación a las puertas del establecimiento, dentro de los treinta días siguientes a la decisión.
9. La obligación de destruir, neutralizar o tratar las sustancias, materiales, instrumentos u objetos fabricados, importados u ofrecidos en venta, en contravención a las normas nacionales sobre la materia y capaces de ocasionar daños al ambiente o a la salud de las personas.
10. La suspensión del ejercicio de cargos directivos y de representación en personas jurídicas hasta por tres años, después de cumplida la pena principal.
11. La prohibición hasta por dos años, de contratar con órganos y entes de la Administración Pública Nacional Estadal y Municipal y recibir beneficios fiscales.
12. La ejecución de servicios ambientales a la comunidad afectada, que podrán consistir en trabajos ambientales de acuerdo a formación y habilidades, financiamiento de programas, proyectos o publicaciones ambientales, contribución a entidades ambientales bajo la coordinación y supervisión de la Autoridad Nacional Ambiental; ejecución de obras de recuperación en áreas degradadas o mantenimiento de espacios públicos.

13. La asistencia obligatoria a cursos, talleres o clases de educación y gestión ambiental.

4.1.4.2. En España.

El surgimiento de nuevas formas de criminalidad organizada, el libre comercio, la apertura de fronteras y la eliminación de barreras legislativa, entre otras circunstancias, han favorecido la comisión de todo tipo de delitos económicos por parte de las personas jurídicas, permitiendo que este tipo de comportamientos queden totalmente impunes, debido a la imposibilidad de establecer cualquier tipo de sanción o castigo sobre los mismos por parte del tradicional modelo de ordenamiento jurídico español que establece como premisa básica y esencial, la necesaria concreción de la acción, ejecución, poder de decisión e información en relación al sujeto que lleva a cabo este tipo de comportamientos. Sin embargo, como lo expone Aparicio (2008:2):

Esta cuestión es prácticamente imposible teniendo en cuenta la realidad societaria actual, donde tanto la constitución de este tipo de entidades así como su forma de actuar se caracteriza precisamente por la existencia de toda un conjunto de medios y de personas de obligada existencia para el desarrollo de sus actividades. Además de estos problemas de base, el comportamiento de estas sociedades y todas sus manifestaciones exteriores se caracterizan por un alto grado de indeterminación, lo que provoca la imposibilidad del establecimiento de un autor material concreto.

Hurtado (1996:6) sostiene que “tanto los centros de decisión como de responsabilidad de las mismas se diversifican, lo que provoca que cada vez sea mas difícil la tarea de identificar a alguno o algunos de sus miembros como responsables de las actividades empresariales”. A pesar de esta contundente afirmación, el ordenamiento jurídico español no ha pasado por alto la posibilidad de regular, aunque sea de una manera superficial e indirecta, las diversas conductas de este tipo de sujetos. Así, se observa la existencia de ciertas medidas de carácter secundario o accesorio

especialmente pensadas para su aplicación a estas situaciones. Pese a que el Título II del Código Penal no establezca preceptos que regulen de una manera expresa la culpabilidad de este tipo de entidades, no es menos cierto que artículos como el 129 y el 369.2.2ª si dejan ver, aunque sea de manera disimulada, una intencionalidad punitiva por parte del legislador español en referencia a esta nueva modalidad delictiva. Es gracias a la existencia de ambos artículos, como lo afirma Aparicio (2008:4) que “se posibilita la imposición indirecta de una serie de medidas de carácter sancionador sobre la persona jurídica. Implicando su consideración en determinados casos, aunque dicha posibilidad sea rechazada *a priori* por el propio ordenamiento español”.

4.1.4.2.1. Modalidades de responsabilidad reconocidas por el sistema normativo español.

Fuera del ámbito penal las cuestiones relativas al grado de responsabilidad de este tipo de entidades gozan de una mayor claridad. Al ser exclusivamente de carácter pecuniario, su castigo en esos casos posee una mayor facilidad y seguridad en cuanto a su efectiva realización por parte de estas personas jurídicas, entes que gozan de un elevado patrimonio y por lo tanto de unas mayores reservas de dinero que la mayoría de los sujetos particulares. Es así como desde una perspectiva global de las diferentes modalidades de sanciones que pueden ser impuestas a este tipo de entidades, Ángulo (2004b:8) observa dos grandes modalidades de responsabilidad reconocidas por el sistema normativo español:

1. La **Responsabilidad civil subsidiaria** por los delitos y faltas que cometan las personas jurídicas; caso en el cual aparecen como sujetos directamente responsables por las consecuencias derivadas del comportamiento llevado a cabo por sus integrantes, tal y como se recoge en el art. 121 del vigente Código Penal español.

2. Por otro lado están las denominadas **Medidas de seguridad o Consecuencias accesorias** del delito, que pueden ser exigidas e impuestas tanto a las empresas como a las sociedades, a las asociaciones o incluso a las fundaciones, tal y como se refleja en las medidas recogidas en el art. 129 del Código Penal español. Entre ellas, se aprecia la posibilidad de proceder a la disolución de la persona jurídica, a su clausura de manera temporal o definitiva, a la suspensión de su actividad por un tiempo máximo de 5 años, el establecimiento de una inhabilitación temporal o definitiva para el ejercicio de ciertas actividades, así como la posible intervención de la misma, medidas, todas ellas, cuya única razón de ser es su aplicabilidad sobre este tipo de sujetos o personas jurídicas.

Subraya Aparicio (2008:8) que “la diferencia básica entre estas dos modalidades de responsabilidad (la penal y la civil), reside precisamente en que el objetivo que persigue esta última es la total y absoluta reparación del daño sufrido por el sujeto que ha padecido cualquier acto de tipo ilícito”. Por el contrario, sostiene:

La responsabilidad penal eleva su grado de exigencia mediante el establecimiento de la necesaria retribución del culpable del ilícito penal sufrido por otro sujeto, y que conlleva que este pague de alguna manera por el perjuicio social que ha provocado, mediante la imposición de un castigo o pena de manera proporcional al mal o al daño ocasionado.

De este modo, destaca el mencionado autor:

Gracias a esa doble finalidad diferenciada, las posibilidades de que las personas jurídicas sean castigadas en el ámbito civil aumentan. Ya no es sólo que la propia finalidad de la norma se lo permita, sino también que al ser titulares de un determinado patrimonio, se favorece la imposición de este tipo de medidas de carácter pecuniario, ya sea de manera directa o con carácter subsidiario, en caso de que las personas físicas responsables se demuestren su insolvencia para hacerlas frente.

Este tipo de medidas gozan de una mayor aceptación legal y social, tanto por ser capaces de superar todas las dificultades resaltadas hasta el momento en el ámbito penal, ya que como lo precisa Rodríguez (1996:24) “el objetivo es asegurar la indemnización civil a las víctimas y, en algunos casos, además tranquilizar a la ciudadanía (prevención general)”. De manera que, ante la imposibilidad de castigar a estas entidades de manera directa, el propio ordenamiento ha decidido que la mejor manera de proceder ante este tipo de situaciones consiste en la imposición del correspondiente castigo o sanción a una o a varias de las personas físicas que la componen, ya que como él mismo afirma “al ser inviable la imputación penal directa de la persona jurídica, se elige, de manera bastante aleatoria, a uno o varios seres humanos como meros instrumentos de inculpação penal y civil de las empresas en las que trabajan” (p. 31).

La manera más habitual para solucionar el problema que supone el castigo de las personas jurídicas ha consistido en el simple sacrificio de las personas físicas que componen a este tipo de entidades, mediante el establecimiento de las mismas como responsables directas de las diversas actuaciones llevadas a cabo por ellas, obligándoles a responder en su lugar por las consecuencias derivadas de las mismas. Por lo que hasta el momento, como lo advierte Aparicio (2008:12) “se reconocen tres razones que han justificado este tipo de comportamientos ante la imposibilidad de proceder al castigo de una manera más directa de este tipo de entidades o personas jurídicas”.

Una de ellas es la **Incapacidad de acción de la persona jurídica**, que viene avalada por el hecho de que, para que pueda hablarse de una conducta penalmente punible, es necesaria la existencia de una voluntad, ya sea manifestada de manera expresa o tácita, dentro del comportamiento exteriorizado por parte del sujeto. Este tipo de cualidades solamente se asocian a las personas físicas, por lo que ante la falta de uno de los

requisitos esenciales, como la propia voluntad del sujeto, no es posible situar adecuadamente esta realidad en nuestro organigrama legislativo actual. Diversos autores como Gracia Martín, Bustos Ramírez, y Jean Praded, entre otros, han demostrado su particular punto de vista ante esta situación al establecerse como partidarios de la imposibilidad de proceder al castigo o la exigencia de cualquier tipo de responsabilidad a este tipo de entidades ante la consecución de cualquier acto de carácter penal.

Esta nueva realidad ha llevado a Robles (2006) a establecer un esquema tripartido para la responsabilidad penal de las personas jurídicas mencionado en este sentido:

4.1.4.2.2. Grado o nivel de responsabilidad de la persona jurídica.

Categoría que plantea, según Robles (2006), dos posibles modelos a seguir:

Uno, consiste en la simple determinación de un tipo de responsabilidad directa, en la que la persona jurídica podrá ser establecida como un sujeto directamente responsable por cualquiera de las consecuencias que puedan derivarse de sus actuaciones.

En el otro, catalogado como de responsabilidad subsidiaria, solamente posibilita la exigencia de responsabilidades a este tipo de sujetos en el hipotético caso de que las personas físicas que la integran no pudieran hacer frente a las penas establecidas. Sin embargo, es necesario recordar que se debe superar cualquier tipo de tentación que induzca a pensar que el segundo modelo es más adecuado para ser implantado. Este adolece de un elevado número de imperfecciones, que nos impedirían el establecimiento de manera directa de cualquier tipo de sanción sobre la persona jurídica.

4.1.4.2.3. Modalidad de la sanción a imponer.

Cada uno de los diversos sistemas legislativos existentes presenta una manera distinta de ver, comprender y de regular la realidad. Lo que provoca una ausencia patente de homogeneidad en el establecimiento de la posibilidad o imposibilidad de proceder al castigo de este tipo de entidades, evidenciando así la necesidad de definir las características concretas que poseerán cada una de las posibles sanciones a imponer sobre este tipo de sujetos

En la actualidad, existe una amplia gama de sanciones que pueden ser impuestas a las empresas que van desde las penas de multa existentes en países como Holanda, Francia, países anglosajones, Noruega, Finlandia, Dinamarca, Bélgica y Suiza, a las sanciones administrativas de Alemania y Portugal, las penas accesorias en Suecia y España, o las denominadas como sanciones cuasi-penales existentes en países como Polonia e Italia. Esta variedad, según Robles (2006), pone de manifiesto la existencia de una realidad ante la que no existe un criterio unitario y preestablecido de actuación, lo que ha provocado que cada uno de los territorios proceda de manera separada e individualizada, a la regulación de esta nueva manera de delinquir. Por lo tanto, no se trata tanto del reconocimiento necesario de una nueva y emergente realidad, sino de la necesidad de establecer la manera concreta de hacerle frente.

4.1.5. Sujetos Sometidos a la Responsabilidad de las Personas Jurídicas.

4.1.5.1. En Venezuela.

En Venezuela el Código Orgánico Procesal Penal (2012), artículo 121, establece que las personas jurídicas pueden tener cualidad de víctimas y, por los delitos que afecten a una persona jurídica, se puede juzgar y sancionar a

sus socios, accionistas o miembros de las juntas directivas, si hubieran sido responsables del delito, lo cual aún dista de otorgarles responsabilidad penal a las organizaciones o empresas.

Asimismo, en Venezuela en cuanto a la materia tributaria, el artículo 90 del Código Orgánico Tributario (2001), prevé:

Las personas jurídicas responden por los ilícitos tributarios. Por la comisión de los ilícitos sancionados con penas restrictivas de la libertad, serán responsables sus directores, gerentes, administradores, representantes o síndicos que hayan personalmente participado en la ejecución del ilícito.

En tal sentido, sostiene Pérez (2010) la legislación patria confiere la responsabilidad penal personal a los gerentes, administradores, socios y otros miembros de una empresa, pues a nivel doctrinal esto tiene cabida, ya que los administradores y comisarios son considerados como órganos societarios; el primero, es llamado órgano ejecutor y el segundo, órgano fiscalizador.

Contrariamente, según la Sentencia N° 834, el Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia de la Dra. Carmen Zuleta (2009), las personas jurídicas pueden ser responsables penalmente, es decir, puede considerárseles como autores de delitos y, en consecuencia, responder.

No obstante, se ha determinado que la responsabilidad penal en Venezuela recae fundamentalmente sobre las personas naturales, pero, por su parte, la Sala considera: "La discusión dogmática cede ante los problemas sociales, siendo el resultado de un cambio de paradigma cuya legitimidad viene dada por la capacidad de resolver los problemas que se plantean espacio-tiempo".

Tal postura, de cara a una concepción laxa de la responsabilidad penal, permite reorientar el concepto de imputación en la teoría del delito fracturando las estructuras ontológicas del derecho penal para concluir que las personas jurídicas ostentan la capacidad de culpabilidad penal - imputabilidad -, puesto que la culpabilidad ya no se concibe como un juicio de reproche eminentemente personal sino como un juicio que - en tanto función social - protege preventivamente los bienes jurídicos.

Siendo que la tutela penal abarca a todas las personas, ya sean estas naturales o jurídicas; aceptar lo contrario y aferrarse al principio tradicional *societas delinquere non potest* implicaría - frente a novedosas formas de criminalidad - dotar de impunidad a los entes colectivos y convertirlos así en gérmenes para la sociedad.

Según lo previsto en esta Sentencia, las personas colectivas están en condiciones de ser responsables por los actos delictuales que cometan, pues tienen capacidad de obrar, contratar, cobrar obligaciones y exigir derechos, es decir, sí pueden cometer delitos.

4.1.5.2. En España.

La norma sustantiva española parte de una concepción, calificada por Gómez-Jara (2011:51) denostada en el Derecho Comparado, como es un excesivo énfasis en el criterio de la personalidad jurídica. Así se aprecia en el art. 31 del Código Penal, referido específicamente a personas jurídicas y, posteriormente excluye de su ámbito de aplicación en el art. 31 del Código Penal español 5), al Estado, a las 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, y a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate

de sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

De manera que todas aquellas entidades que ostenten personalidad jurídica se ven excluidas de esta regulación pero abarcadas por el art. 129 del Código Penal español. Así, afirma el autor in comento dicho precepto resulta aplicable a empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que carecen de personalidad jurídica. Sin embargo, el principal problema, es que el art. 129 del Código Penal español no exige ningún requisito para la imposición de sanciones tan graves como son las contenidas en los apartados c) a g) del art. 33.7 del Código Penal español. Se limita a señalar que dicha imposición deberá realizarse “motivadamente”, y ello es considerado por el autor en mención, introduce un altísimo grado de inseguridad en la aplicación del derecho, inseguridad que debe ser disminuida para poder ofrecer un criterio claro de qué se exige para imponer una sanción en virtud del art. 129 del Código Penal español.

Agrega el investigador que la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España no prescinde totalmente de criterios materiales al momento de determinar los sujetos responsables, así se advierte de los requisitos que establece el art. 130 del Código Penal español para considerar extinta la responsabilidad penal.

4.1.5.2.1. Exclusión del Estado.

El destinatario primario del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en España, parecen ser las personas jurídicas privadas de Derecho Civil y Mercantil, ya que el estado y las entidades de los art. 53 y siguientes de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración

General del Estado (LOFAGE) se encuentran excluidas por imperativo legal (art. 31 del Código Penal español 5):

Las disposiciones relativas a las responsabilidades penales de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las 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 a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de sociedades mercantiles Estadales que ejecutan políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

La exclusión que se hace del Estado no es específica del ordenamiento español, sino que también puede apreciarse en otros países europeos, como Francia, Italia, Portugal, Dinamarca, Austria, Suiza y los Países Bajos. Subrayando Gómez-Jara (2011:53) que:

La exclusión o inclusión del Estado de este tipo de responsabilidad depende en gran medida de la concepción del Estado que impera en un determinado país. Por lo que en las concepciones más liberales de Estado, como las anglosajonas, no tienen mayor problema en incluir a las entidades estatales entre los destinatarios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En tanto que en los ordenamientos intervencionistas suelen plantear mayores evasivas a la hora de incluirlas, ya que por un lado, no resulta lógica la intervención del Estado en el Estado; y, por otro lado, éste suele estar sometido a reglas diferentes a las del resto de los operadores jurídicos.

En cuanto a la exclusión de partidos políticos y sindicatos, el autor lo ve con extrañeza. Enseñando que la exclusión de los primeros pudiera estar basada en la ya existente Ley de Partidos Políticos en al que se regula catalogadamente estas cuestiones. La de los sindicatos resulta de justificación más difícil; aunque el común denominador a ambas exclusiones puede encontrarse en las siguientes circunstancias:

En primer lugar, tanto partidos políticos como sindicatos vienen contemplados en la Constitución como instituciones que desempeñan una función pública quasi estatal, motivo por el cual, en cierto sentido, tan laxo como probablemente impropio, pueden considerarse Estado –con la correspondiente exclusión; tal circunstancia el autor la fundamenta en:

El Art. 6 de la Constitución Española: Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

En cuanto a los sindicatos, refiere:

El Art. 7 de la Constitución Española establece: Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que el son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

En segundo lugar, en el fondo, el legislador español, si bien formalmente ha introducido la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tiene en mente la responsabilidad penal empresarial o corporativa, en la que los actores corporativos son el objetivo principal de su política criminal. Ello se acredita al tener en cuenta que en los casos de transmisión de la responsabilidad penal hace referencia a que la persona continúe “su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de los clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos” (art. 130.2 del Código Penal español), que se haga referencia a los efectos que desplieguen las sanciones en los trabajadores (arts. 53 y 66 del Código Penal español), lo cual apunta sin duda al ámbito de la empresa.