

Investigación

Contribuciones para una estrategia pragmática en la cuestión de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas¹

Contributions for a Pragmatic Strategy on the Criminal Liability of Legal Entities

Hoover Wadith Ruiz Rengifo²

Recepción: 11/04/23 • Aprobación: 18/08/23 • Publicación: 28/12/23

Para citar este artículo

Ruiz Rengifo, H. W. (2023). Contribuciones para una estrategia pragmática en la cuestión de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. *Dos mil tres mil*, 25, 1-10. <https://doi.org/10.35707/dostresmil/25385>



¹ Este artículo es derivado de la tesis doctoral sobre *compliance* criminal desarrollado por el autor para la Universidad Santiago de Compostela.

² Abogado penalista. Experto en prevención de riesgos penales. Presidente de la Asociación Colombiana de Derecho Penal Empresarial, ASCOLDPEM.

Resumen

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es uno de los temas más importantes en el derecho penal económico, ya que pone en tensión la teoría del delito tradicional, construida para un comportamiento individual y no corporativo, es decir, antropocéntrico. Teniendo en cuenta que la *cuestión* atiende razones político-criminales y desde ese punto de vista la dogmática penal se muestra insuficiente, se propone una *estrategia pragmática* como la herramienta más eficaz para regular la responsabilidad de las personas jurídicas.

Palabras claves

Pragmática, *societas delinquere non potest*, criminalidad de empresa.

Abstract

The criminal liability of legal entities is one of the most important topics in Economic Criminal Law; it puts in tension the traditional crime theory, built for individual and non-corporate behavior, that is, anthropocentric. The issue has political-criminal reasons, and from this point of view the criminal dogmatics is insufficient. For this reason, a pragmatic strategy is proposed as the most effective tool to regulate the liability of legal entities.

Keywords

Pragmatics, societas delinquere non potest, Corporate Criminality.

El debate trasnochado sobre si una persona jurídica puede ser penalmente responsable parece haber llegado a su fin (Gómez et al., 2011). La responsabilidad penal de las personas jurídicas es uno de los temas más actuales del derecho penal en los tiempos *hipermodernos* (Lipovestky, 2006). Su importancia quedó manifiesta en el VII Congreso Internacional de Derecho Penal (Fierro, 1965), celebrado en Atenas del 26 de septiembre al 2 de octubre de 1957, al plantearse la necesidad de ‘ensanchar’ el concepto de ‘autor tradicional’ para cobijar también a la persona jurídica. Esto se debió a la profusión de la criminalidad económica e internacional (Zuñiga, 2011).

Esta necesidad, marcada por la nueva realidad criminológica, se basa en los delitos cometidos en el ámbito de la empresa. Se gesta la criminalidad de empresa y la criminalidad como empresa. De esta manera, los delitos socioeconómicos y los delitos de fraudes se presentan mayormente en el ámbito empresarial. A decir verdad, la teoría del delito actual, diseñada para el comportamiento de una persona individual, esto es, *antropocéntrica*, dificulta dar una respuesta eficaz a estos desafíos. El tropiezo mayúsculo se presenta cuando estas infracciones empresariales se elevan a la categoría de delitos. En un momento así se empieza a cuestionar *de lege lata* el principio *societas delinquere non potest*.

A estas alturas del debate, no existe claridad sobre cómo definir un autor en las personas jurídicas. Todo parece indicar que la respuesta está en la política criminal y, de ninguna manera, en la dogmática penal conocida. Un gran escollo para la teoría del delito actual es que estas organizaciones son redes flexibles que se conectan, se desconectan y se delegan funciones.

La gran mayoría de los delitos de empresa quedan en la impunidad. Este hecho ha sido bautizado por la doctrina italiana como el *tigre de papel* en los delitos societarios, pues resulta difícil determinar quién es el responsable. A lo largo de los años se ha decantado que existe un maridaje entre criminalidad de empresa y criminalidad organizada. En Colombia, se dan los casos de empresas de vigilancia privada, legalmente constituidas al servicio de la seguridad de narcotraficantes, es decir, la criminalidad de empresa se sirve de la criminalidad organizada y viceversa.

De forma indiscutible existen entre una y otra elementos comunes: organización (lícita e ilícita), fin de lucro, división de funciones de jerarquización (redes) y profesionalización de sus miembros. La criminalidad organizada tiene su origen dependiendo de cada país. En España, se inició con el terrorismo; en Italia, con la mafia; y, en Alemania, con los delitos socioeconómicos. En la actualidad, estos tres factores son comunes en casi todos los países del globo.

La admisión de la punición de los entes colectivos es el barómetro de los objetivos perseguidos inicialmente por el derecho penal moderno. El debate en España, antes de la reforma del 2010, estuvo focalizado en la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias para las personas jurídicas, previstas en el artículo 129 del Código Penal español. La discusión se centraba en si eran penas, medidas de seguridad, sanciones administrativas aplicables por jueces penales, o

un *tertium genus*. Ahora el artículo 31bis del Código Penal español establece que las personas jurídicas son responsables de delitos. Una responsabilidad derivada o indirecta. Queda claro *de lege lata* la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España. La discusión actual será *cómo* aplicar estas sanciones.

El desespere por construir una dogmática penal para las personas jurídicas con los conceptos del derecho penal individual es un traslado incómodo, debido a que el edificio construido para las personas individuales es insuficiente para las corporaciones y su responsabilidad penal. Algunos autores defienden esta urgencia al señalar que los presupuestos dogmáticos, de los cuales se parte en la responsabilidad individual, pueden encajar con algunas matizaciones también para la responsabilidad del ente. De hecho, argumentan que se dan todas las funciones del derecho penal: protección de bienes jurídicos y de motivación (se motiva desde el punto de vista de prevención especial con una multa, por ejemplo); derecho penal del riesgo (también se previenen riesgos a través del máximo control que es el derecho penal); y se atiende a la demanda de eficacia del derecho penal en cuanto resolución de problemas en una sociedad posmoderna e *hipermoderna*.

Es importante anotar que la política criminal demanda solución de problemas, dada la ya mencionada insuficiencia. Para nosotros, en la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las funciones del derecho penal se ensanchan por las siguientes: respetar, proteger y remediar. El nuevo derecho penal va más allá del riesgo, real y crítico; adecuado para enfrentar los desafíos de un mundo en crisis, incierto, inestable y turbulento, que no requiere de soluciones perfectas, ni de respuestas concisas, sino de herramientas que se adapten a los cambios ante los grandes retos. En efecto, si se trata de empresas complejas, los criterios de imputación (injusto y responsabilidad) se quedan cortos. Por esto, es necesario acudir a una nueva estrategia, una nueva herramienta; una que no es doctrina, ni dogma, ni filosofía, ni escuela, es una estrategia pragmática.

Las teorías del derecho más influyentes del siglo xx como el formalismo jurídico, el positivismo normativista, el realismo jurídico, el iusnaturalismo, las teorías 'críticas' del derecho y el pragmatismo no permiten construir una concepción del derecho satisfactoria al descansar en un realismo inocente. No obstante, este método sigue amarrado a los rasgos de la filosofía tradicional; poco satisfactoria para el entendimiento del mundo y nuestro real, aunque muy imperfecto. Tanto así que Kant, Marx, Habermas o Dworkin pueden ser considerados como pragmatistas (Atienza, 2018).

Nuestro trabajo durante la última década ha estado centrado en elaborar una herramienta o estrategia pragmática del derecho penal. Para ello, partimos de la premisa de que el derecho penal es un solucionador de problemas; amén de que, en el siglo xxi, el objeto, el método y la legitimación del derecho penal han sido trasladados de manera indefectible a la política criminal.

En el transcurso de mi investigación comprobé que las teorías del derecho más influyentes del siglo xx (supra) no permiten dar cuenta del entendimiento y conocimiento real del derecho penal. Por lo tanto, se trata de construir una herramienta ética, legítima, y que sirva para el bien común. Un derecho criminal que sirva para estos efectos.

La herramienta pragmática no es una teoría más; no es un tipo de filosofía del derecho, es una actitud mental que incida para resolver problemas y produzca un cambio para bien del ser humano, desde la práctica jurídica. De esta manera, construir un derecho criminal con sentido; de la práctica a la teoría. Esta construcción está alejada de cualquier forma de practicismo legal o ilegal. Para prevenir malentendidos en esta visión, cabe anotar que no se trata de descorrer la idea de que el derecho necesita de teorías para ser práctico. Aunque esto es parcialmente cierto, porque el valor de una teoría depende de su práctica.

Es lamentable la poca preocupación de la filosofía por los problemas inversos que tanto interés despertaron en el filósofo argentino Mario Bunge (2006) al considerar que estos no tienen solución (insolubles) o tienen múltiples soluciones. Un razonamiento regresivo. Efecto a la causa. No hay reglas especiales o algoritmos para analizar la cantidad de problemas inversos en el derecho penal. Por eso, lo habitual de la praxis judicial es inventar, inferir y ensayar diferentes hipótesis hasta dar con la verdadera; pero en la mayoría de los casos, con la salvedad del principio de oportunidad y los preacuerdos, este invento es la base para imputar y privar de derechos fundamentales a un ciudadano como la prohibición de enajenar, o ser eslabón base para proferir medida de aseguramiento intramural de un ciudadano (privar de su libertad) con una invención. Un pragmatismo poco plausible en un Estado de Derecho.

Se observa que, y en materia de un estudio más profundo, nuestro derecho penal sustancial y procesal penal padece de un gran número de problemas inversos como la 'inferencia razonable', de autoría para imputar en la Ley 906 de 2004, la cual consiste en descubrir al autor de un crimen a través del conocimiento de sus víctimas y la escena del crimen; o como pasa en la praxis judicial colombiana que, con base en elementos materiales probatorios o evidencias que técnicamente (y por contenido) no son pruebas y, por ende, no exudan hipótesis, el Juez de Garantías las inventa. Esto es, hace inferencia (se dice razonable) que un ciudadano es autor o partícipe de un crimen. Inferir es inventar.

El filósofo argentino señalaba que:

Los problemas inversos son tan difíciles y han sido tan descuidados que el primer congreso internacional sobre el tema se realizó recién en 2002. Los tratados sobre el tema se cuentan con los dedos de la mano. He aquí, pues, todo un campo casi virgen, aunque el éxito de esta exploración no puede garantizarse porque no hay recetas generales. Así es la vida: tampoco los problemas de la vida cotidiana son todos solubles; ni, si lo son, poseen soluciones únicas. Cuando no hay reglas, hay que improvisar y ensayar sin cesar, tanto en la vida diaria como en la ciencia, en la técnica y en las humanidades. (Bunge, 2006, s.p.)

La estrategia pragmática

La investigación y el desarrollo de problemas inversos en el derecho criminal constituye un desafío ineludible para los penalistas del siglo XXI, y llegar a establecer reglas especiales o algoritmos para abordarlos contribuye a la pragmática como estrategia en la cuestión criminal. La búsqueda de explicación para la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la dogmática penal permite afirmar que aún sigue siendo un gran escollo resolver su imputación subjetiva. Un tema inconcluso.

En un mundo inestable, turbulento (Alan Greespan), incierto, líquido (Zygmunt Bauman), gaseoso (Gilles Lipovestky), no hay soluciones perfectas, ni respuestas concisas; son preferibles las herramientas, más que el método. Una de las características del mundo *hipermoderno*, según Lipovestky, es, sin duda, la integración. Por eso el filósofo y sociólogo francés señala que la modernidad de segundo género, la *hipermodernidad*, es integradora; de la que salimos es negadora. La postura aquí es integradora, ya que en los momentos actuales de la *hipermodernidad* hay una nueva validación de los derechos humanos. Estos ocupan un papel central como norma organizadora, en un mundo en el cual el dinero y la eficacia son ahora los principios y los fines de todas las relaciones sociales.

A esta nueva etapa le acompaña una *autorreferencia* dice Ulrich Beck, pero si analizamos con detenimiento no todos los valores —dice Lipovestky— ni todos los sistemas de referencia del sentido han saltado en pedazos: la *hipermodernidad* no es “cada vez más eficacia instrumental, luego cada vez menos valores con fuerza vinculante”, sino una espiral tecno comercial por la que discurre un reforzamiento colectivo del tronco común de los valores democráticos humanistas. El nuevo mundo apunta a una nueva sociedad (aquí cobra fuerza el ideal de sociedad 5.0 planteado por los japoneses). Del mismo modo, el cambio de paradigma de muchas concepciones y la desnudez de los dogmas, que permiten fijar una nueva orientación del derecho penal, traducen una importancia pilar de la política criminal, en tanto se pasa del *sistema* al *problema*. El punto de partida de la punición de los entes colectivos es esencialmente político criminal.

La insuficiencia de la dogmática penal para resolver los problemas de las corporaciones

Todo intento de castigar penalmente a las empresas acaba privando subrepticamente al derecho penal de su legitimación tradicional. En este nuevo paradigma, el primer paso obligado se pensaba que era la confección del criterio para hacer autor de un delito a las personas jurídicas. Sin embargo, es un matiz forzado de una necesidad dogmática. La autoría, entonces, sería la encargada de mostrar los primeros pasos a una sistemática requerida en la punición de los entes, en el evento que su respuesta estuviere en la dogmática, pero conocemos que aquella está desgastada. Además, la autoría nunca ha estado en el centro del debate del método, por lo que es

un desgaste innecesario buscar la respuesta de la autoría de las agrupaciones en tal o cual escuela de la dogmática penal. Ya no hay grandes escuelas. En este sentido, no se trata de destruir la dogmática. Solo de deconstruir para construir, en tanto el edificio construido para las personas individuales es insuficiente para la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Su respuesta atiende razones de política criminal.

Ahora bien, no es posible determinar el nivel de desarrollo de una sistemática penal de las personas jurídicas sin tener en cuenta antes los esfuerzos que ha realizado y realiza la teoría actual del delito al ralentizar el embiste del poder punitivo, pues con la llegada de la modernidad, la posmodernidad y la *hipermodernidad*, la eficacia no es solo el único bastión: no todos los sistemas de referencias han saltado en pedazos. Hay que hacer la salvedad de cierto normativismo *radical*, que puede llegar a fijar un criterio utilitarista al hombre, como se está viendo venir en algunas legislaciones, como la de España. Allí, en los últimos tiempos, se ha pasado de un derecho penal de la democracia a un derecho penal de la seguridad ciudadana; *perverso*, al buen estilo del derecho penal del enemigo de Jakobs.

Cualquier intento desde la dogmática penal, para dar respuesta a la *cuestión* de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es una frustración. De tal suerte que hasta la alta normativización de los conceptos en la dogmática penal actual de moderno cuño encuentra serias resistencias para la responsabilidad penal individual, y con mayor razón, resulta inadecuada para la responsabilidad penal de las corporaciones.

Ante esta dificultad tenemos varios caminos como juristas:

- No decir, ni hacer nada, quedándonos quietos y seguir en el mundo del derecho penal con leyes importadas de Europa que, a la postre, resultan plagadas de dogmas gastados.
- Asumir el hecho de refugiarnos en este mundo normativo, plagado de dogmas desmentidos por la realidad cotidiana, o construir una nueva herramienta. Es dable afirmar con causticidad y vehemencia que este mundo normativo es funcional al poder de los ricos, como forma de sometimiento intelectual.
- Construir nuestro edificio de respuesta a la solución de problemas criminales con el derecho penal, basado esta vez, en la observación de la realidad y abandonar la observación de dogmas, a través de la *herramienta pragmática* ionizada de ética que abre mejor horizonte cargado de realismo jurídico para defender mejor nuestra civilización.

Se requiere un sistema penal abierto que se adapte. Un sistema funcional es el punto de partida, pero el punto de llegada es un sistema penal pragmático. El sistema penal para una responsabilidad penal de las personas jurídicas es 'otra cosa' más allá del funcional que conocemos. Es una nueva estrategia. Un sistema pragmático o pragmático moderado, más allá del sistema funcionalista. Es desalentador que, ante el surgimiento de un nuevo desafío, la dogmática penal se reacomode, se adicione, privándola de su sistemática general.

La postura pragmática escapa a cualquier criterio penal de autor de las personas individuales para aplicar en las personas jurídicas. La herramienta pragmática no abandona la protección de bienes jurídicos. Sin embargo, los nuevos fines del derecho penal pragmáticos si son diferentes a los que ya conocemos. Ahora son: proteger, respetar y remediar.

Casos más paradigmáticos que revelan la insuficiencia de la dogmática penal actual

Conocemos que la causalidad aparece como insuficiente en casos paradigmáticos como la *Colza* (España) y el *Lederspray* (Alemania) que, por cierto, ni los avances de la teoría más moderna de la Imputación Objetiva han podido satisfacer esta nueva problemática compleja. Se ha señalado que el paso obligado es a una estrategia pragmática en la resolución de los problemas penales. El mundo ha cambiado. Ya no es el mismo.

Los desafíos del siglo XXI dejan mal parada a la dogmática penal. Dudo que resista a estos desafíos que exigen respuestas pragmáticas, alimentadas por el *sentido común* como fundamento nuevo. Un *sentido común crítico* es la apuesta. Asistimos a la era del derecho penal *high touch*. Un nuevo derecho penal hace eclosión. Una nueva estrategia cobra vida. Un nuevo derecho penal apoyado, esta vez, en un concepto *hipermoderno*. Hay un nuevo proceso de transformación. No se trata de un reacomodamiento, que es lo que el dogmático hace cada vez que aparece una revisión de la teoría del delito ante nuevos desafíos.

La comprobación de nuevos conceptos que ha dado la teoría funcionalista ‘radical’ o ‘moderada’ ha complejizado, en cierta medida, la doctrina del delito, sin que se hayan resuelto las cuestiones discutibles que han surgido en su mismo seno. La puesta en marcha de un derecho penal más allá del funcionalismo es una realidad urgente. La estrategia pragmática ha hecho su entrada triunfal, pues tal como están las cosas en este mundo, hace revulsivo analizar el medio que nos rodea; mucho mejor que crear un sistema filosófico complejo de las situaciones presentadas en todas las cuestiones de la vida.

Con razón ha dicho Roxin que los filósofos no resuelven problemas penales. Las justificaciones jurídicas abren paso a las envolventes razones pragmáticas. El sismógrafo del cambio son los derechos humanos. La simplicidad de lo pragmático diseña un cambio de postura en la complejidad que el posmodernismo dibujó en todas las esferas de la vida. El ideal del derecho penal, como tal, es el de un juicio justo de un hecho y del autor, sea persona natural o jurídica. Cabe señalar que el filósofo del derecho Minor E. Salas, en su texto *Anti- Dogmática. El derecho penal en el banquillo de los acusados* afirma que:

Tanto los escritos de Claus Roxin como los de Günther Jakobs han dado nuevos bríos a la discusión contemporánea sobre cuestiones jurídico-penales. Esto hay que reconocerlo humildemente. La dogmática penal alemana ha desplegado así sus influencias y efectos en casi todos los países de la

tradición jurídico-continental, incluyendo los países de América Latina. Sin embargo, sobre la productividad real de esas discusiones, para efectos de la práctica misma del derecho penal y procesal penal, tengo muchas reservas y son, en realidad, los autores comentados quienes tienen la carga de la prueba sobre la fertilidad de sus aportes teóricos. (p. 314)

Referencias

- Atienza, M. (2006). *El Derecho como argumentación*. Ariel.
- Atienza, M. (2018). Pragmatismo jurídico. La propuesta de Susan Haack. *Estudios Filosóficos*, 67(196), 467-489. <https://estudiosfilosoficos.dominicos.org/ojs/article/view/1330>
- Bunge, M. (2006). *Problemas directos e inversos*. Grupo Bunge. <https://grupobunge.wordpress.com/2006/07/20/119/>
- Fierro, G. (1964). *Teoría de la participación criminal*. Ediar.
- Gómez, C., Banacloche, J. y Zarzalejos, J. (2011). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*. La ley.
- Lipovestky, G. (2006). *Los tiempos hipermodernos*. Anagrama.
- Salas, M.(2020). *Anti- Dogmática. El derecho penal en el banquillo de los acusados*. Ibáñez.
- Ruiz, H. (2017). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustanciales y procesales*. Leyer.
- Zuñiga, L. (2011). Societas Delinquere Potest. En L. Zuñiga, M. C. Gorjón y J. Fernández (Coords.), *La reforma penal de 2010* (pp. 11-24). Ratio Legis Librería Jurídica. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5412103>
- Zuñiga, L. (2005). Viejas y nuevas tendencias político-criminales en las legislaciones penales. En K. Ambos y F. Velásquez (Coords.), *Derecho penal liberal y dignidad humana* (pp. 579-608). Temis. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1972603>