

MODELO DE TEORÍA DEL DELITO O IMPUTACIÓN PARA LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Dr. Rubén Darío Merchant Ubaldo

Doctor en Derecho y Especialista en Derecho Penal

En distintos países de Latinoamérica se importan históricamente teorías penales del sistema jurídico alemán, francés o italiano, pero poco se exporta a pesar de que existen brillantes juristas en el orbe del continente; e incluso, ciertos colegas mexicanos saben de memoria y hasta con tintes matemáticos la “teoría del delito para personas físicas”, la cual es de conocimiento y estudio obligado para los ejercemos una especialidad en derecho penal. De ahí la reflexión ¿necesitamos una *reingeniería de la teoría del delito*? más flexible y sin demasiados elementos, que podrían dificultar su acreditación o generar impunidad.

Recientemente transitamos por la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas y en países como *Perú* (Ley 30424), *Argentina* (Ley 27401), *Ecuador* (Código Orgánico Integral Penal), *Bolivia* (Ley 1390), *Chile* (Ley 20393), *Costa Rica* (Ley 9699) y *México* (artículo 421 al 425 del Código Nacional de Procedimientos Penales); tuvieron que instituir en su legislación la parte sustantiva y adjetiva relacionada con la *responsabilidad de las personas jurídicas*. Es más, algunos de los mencionados crearon leyes especializadas, con independencia de la regulación en su Código Criminal.

En España en 2010, se instituyó la *responsabilidad penal de las personas jurídicas* en su artículo 31 bis del Código Penal, así mismo, hay precedentes de un listado de sentencias del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad de las personas jurídicas. Lo anterior, independientemente de la responsabilidad penal, en que puedan incurrir los directivos o socios de la organización; por ejemplo, la primera resolución que condena a personas jurídicas, fue por la *ausencia absoluta de instrumentos para la prevención de delitos* (STS 154/2016).

Lamentablemente, aún es escaso el soporte teórico relativo a la *responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en donde se encuentran las empresas y demás organizaciones. Por tanto, se propone un modelo para la comunidad jurídica titulado “*teoría del delito o imputación para la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, con el contenido siguiente:

La conducta en la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Habrá quien sostenga que las personas jurídicas no puedan delinquir (*societas delinquere non potest*), ya que no despliegan una conducta, pues en todo caso, lo realizan por medio de personas físicas, ya sea a través del gerente, directivo, administrador o apoderado legal, según corresponda. Sin embargo, si pueden ser

condenadas por un juez penal, por la comisión de delitos que cometen las personas naturales (*societas puniri potest*).

Ahora bien, tratándose de la responsabilidad penal de las personas jurídicas existen dos teorías. La primera de ellas, denominada *responsabilidad vicarial o heterónoma*, que consiste en que, si la persona física es responsable penalmente, también como consecuencia lo será la persona jurídica. La otra llamada como *responsabilidad autónoma*, la cual establece que, con independencia de que la persona natural resulte responsable, la persona jurídica si puede ser condenada penalmente por defecto organizacional o no haya impedido el delito cometido por la persona natural.

En un contexto argumentativo, la autoridad judicial podría hacer uso de cualquiera de ellas para fincar responsabilidad a la persona jurídica (teoría mixta), por ejemplo, consideremos que el administrador de una organización y a expensas de los directivos, cometen algún ilícito penal de operaciones con recursos de procedencia ilícita, es válido que exista responsabilidad penal tanto de las personas físicas mencionadas como para la persona jurídica, ésta última como consecuencia del actuar de las primeras y por ser el medio comisivo.

En otro escenario, si el mismo administrador comete el delito de ORPI y sin el consentimiento de los directivos, la empresa no tendría que ser responsable porque sería víctima, empero, en un tercer momento, esto último podría ser debatible si examinamos la figura de la *ignorancia deliberada (willfull blindness)*, pues es la posición de quien pudiendo y debiendo conocer la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber.

Tipicidad en la responsabilidad penal de las personas jurídicas

En México el artículo 11 bis apartado a y b del Código Penal Federal, cita que a las personas jurídicas podrán imponérseles algunas o varias de las consecuencias jurídicas, cuando hayan intervenido en la *comisión de los delitos* de terrorismo; uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo; delitos contra la salud; corrupción de menores; tráfico de influencia; cohecho; falsificación y alteración de moneda; ilícitos penales contra el consumo y riquezas nacionales; tráfico de menores; comercialización habitual de objetos robados; robo de vehículos; operaciones con recursos de procedencia ilícita; delitos contra el ambiente; fraude y encubrimiento.

Por otro lado, existe un catálogo de delitos especiales en distintos ordenamientos jurídicos, tales como acopio y tráfico de armas; tráfico de personas; tráfico de órganos; trata de personas; introducción clandestina de armas de fuego; contrabando; defraudación fiscal y secuestro. Además, algunas figuras penales tipificadas en la Ley de Propiedad Industrial; Ley de Instituciones de Crédito; Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito; Ley de Mercado de Valores; Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro; Ley de Fondos de Inversión y Ley de Uniones de Crédito.

Adicionalmente, los señalados en la Ley para regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo; Ley de Ahorro y Crédito Popular; Ley de Concurso Mercantiles; Ley Federal para el Control de Sustancias Químicas susceptibles de desvío para la fabricación de armas químicas; Ley Federal para Prevenir y Sancionar los delitos en materia de Hidrocarburos. Cabe aclarar que, en todos los tipos penales, se deben considerar los supuestos específicos (descriptivos, objetivos, subjetivos y normativos) a efecto de analizar el caso en concreto.

Actualmente en el sistema jurídico mexicano, no se ha homologado el criterio por los legisladores federales y locales para tener un Código Penal Nacional, lo cual implica que existan 32 Códigos Penales Estatales, sin embargo, las Entidades Federativas como Yucatán (art. 16), Estado de México (art. 11 bis), Ciudad de México (art. 27), Jalisco (art. 21), Puebla (art. 24) y Quintana Roo (art. 18); por citar algunas, han regulado la responsabilidad de las personas jurídicas y sus consecuencias legales. En forma global, Alemania, Brasil y Guatemala, optaron hoy día, por la no responsabilidad de las personas jurídicas.

Antijuricidad en la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Si tomamos en consideración que la antijuricidad es lo contrario a derecho, en el ámbito penal precisamente radica en contrariar lo establecido por la norma, atacando un bien jurídico tutelado, luego entonces, el reproche social que podría tener una persona jurídica y sus representantes, sería contravenir el orden legal establecido en materia penal. En delitos ambientales visualizamos que, en aplicación de las consecuencias accesorias, las personas jurídicas son responsables por su peligrosidad en la sociedad, lo mismo podría acontecer en actividades riesgosas como las gaseras o gasolineras, entre otras.

Curiosamente, el Ministerio Público podrá ejercer la acción penal en contra de las personas jurídicas, con excepción de las instituciones estatales, independientemente de la acción penal que pudiera ejercer contra las personas físicas involucradas en el delito cometido. La razón, sería posiblemente de que existe el mecanismo de la Responsabilidad Patrimonial del Estado y en contra de la actividad irregular de los entes públicos por conducto de sus trabajadores (art. 421 segundo párrafo del CNPP).

Imputabilidad en la responsabilidad penal de las personas jurídicas

La *imputabilidad* de una persona jurídica esta indicada en el artículo 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales, cuando cita que, “las personas jurídicas serán penalmente responsables, de los delitos cometidos a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen, cuando se haya determinado, que además existió inobservancia del debido control en su organización. Lo anterior, con independencia de la responsabilidad penal en que puedan incurrir sus representantes o administradores de hecho o de derecho”.

Cabe señalar, que debe existir un vínculo entre la persona física y la jurídica colectiva, tales como los actos de representación o gerenciales, por citar sólo algunos. Para la *alta dirección* y en caso de imputabilidad de personas jurídicas por defecto en la organización, ausencia de control interno, déficit en la prevención de riesgos o indebida diligencia (responsabilidad corporativa), ayudaría a excluir o atenuar la consecuencia penal, si contaran con un *programa de cumplimiento* que fuera eficaz y aplicado por un *experto en prevención de riesgos (compliance officer)*.

La culpabilidad en la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Si tomamos en cuenta que la *culpabilidad*, es la relación directa entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada, podríamos considerar que si la persona jurídica es destinataria de normas de conducta, mandato o prohibición, son capaces de accionar; verbigracia, el artículo 20 de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita (ORPI), señala que, “las *personas morales* que realicen actividades vulnerables, deberán designar ante la Secretaría a un representante encargado de cumplimiento”. Por supuesto, que hacer lo contrario, traería como resultado la culpabilidad de la corporación y de sus obligaciones de control o vigilancia.

En el grado de culpabilidad de la persona jurídica, la autoridad judicial atenderá a la magnitud de la inobservancia del debido control en su organización y la exigibilidad de conducirse conforme a la norma; el monto de dinero involucrado en la comisión del hecho delictivo; la naturaleza jurídica y el volumen de negocios anual de la persona moral; el puesto que ocupaban en la estructura, la persona o las personas físicas involucradas en la comisión del delito; el grado de sujeción y cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias; el interés público de las consecuencias sociales y económicas o, en su caso, los daños que pudiera causar a la sociedad (art. 422 CNPP).

La punibilidad en la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Referente a la punibilidad tratándose de una persona moral con personalidad jurídica propia, podría traer como consecuencia legal una sanción pecuniaria o multa; el decomiso de instrumentos, objetos o productos del delito; la publicación de sentencia; inclusive la disolución (pena de muerte empresarial). En este último, el órgano jurisdiccional, deberá ponderar que la imposición de dicha sanción sea necesaria para garantizar la seguridad pública o nacional, así como evitar que se ponga en riesgo la economía nacional o la salud pública; o bien, que con ella se haga cesar la comisión de delitos (art. 422 CNPP).

Aunado a ello, las personas jurídicas con o sin personalidad jurídica propia, que hayan cometido o participado en la comisión de un hecho típico y antijurídico, podrán imponérseles la suspensión de sus actividades, clausura de sus locales o establecimientos, prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se hayan cometido o participado en su comisión, inhabilitación temporal

consistente en la suspensión de derechos, para participar de manera directa o por interpósita persona en procedimientos de contratación del sector público; intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores y la amonestación pública (art. 422 CNPP).

Dentro de los márgenes de punibilidad establecidos en las leyes penales, el Tribunal de enjuiciamiento individualizará la sanción, tomando como referencia la gravedad de la conducta típica y antijurídica, así como el grado de culpabilidad del sentenciado. Las medidas de seguridad no accesorias a la pena y las consecuencias jurídicas aplicables a las personas morales, serán individualizadas tomando en consideración la gravedad de la conducta típica y antijurídica. Aunque, depende del catálogo de sanciones penales de cada entidad federativa; inclusive, la teleología, es producir un efecto intimidatorio sobre los administradores y socios de las personas jurídicas.

Vale la pena analizar, si el juez penal podría condenar por *daños punitivos* a la persona jurídica, para que ello no vuelva a pasar en el futuro como una medida ejemplar. De ahí que, la ley de la materia lo debe regular para no quebrantar el “principio de prohibición de aplicar penas inusitadas o trascendentales” (art. 22 de la Constitución Federal Mexicana). De la misma manera, las personas jurídicas como entes privados tienen derechos fundamentales en sede ministerial o judicial, que pueden hacer valer ante cualquier autoridad como el relativo al debido proceso, acceder a la investigación, contar con una defensa adecuada, aportar pruebas, impugnar determinaciones, interponer recursos y amparos; etc.

En resumen, aparentemente resultaría complejo el atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, pero atendiendo a tres presupuestos principales como la *tipicidad, su conexión con la persona natural e inobservancia del debido control en la organización*, podrían facilitar el argumento ante o del Ministerio Público con el Juez Penal, los cuales conjuntamente con los demás operadores jurídicos, requieren capacitación, actualización, especialización, conocimiento en el tema, y porque no, en *cumplimiento corporativo* para tener una radiografía de la estructura de las organizaciones, incluyendo protocolos o leyes especializadas, con una amplia base legislativa como se ha dado en otros países.

DATOS DEL AUTOR

| | |
|---|---|
| NOMBRE | DR. RUBÉN DARÍO MERCHANT UBALDO |
| GRADO ACADÉMICO | <p>Licenciatura en Derecho (Ced. Prof. 4102769). Especialidad en Derecho Penal (Ced. Prof. 10703405). Maestro en Derecho Civil (Ced. Prof. 8224338) Maestro en Alta Dirección Empresarial (Ced. Prof. 11268703). Doctor en Derecho (Ced. Prof. 12843551). Doctor en Alta Dirección Estratégica Internacional (Ced. Prof. 11878546). Posdoctorado en Investigación Jurídica (Acdo. Secretaría de Educación Pública. 20121935). Posdoctorado en “Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales” en la Universidad de Buenos Aires y con el auspicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en Costa Rica. Doctor Honoris Causa (Colegio Oficial Internacional de Doctores). Doctor Honoris Causa en Educación (Dayspring University from the United States of North America). Doctor Honoris Causa otorgado por la República de Costa Rica.</p> |
| ACTIVIDAD PROFESIONAL | Escritor, catedrático, investigador y columnista: Derecho, Criminología y Alta Dirección. |
| ESTANCIAS ACADÉMICAS Y DE INVESTIGACIÓN | <p>Universidad de San Petersburgo (Rusia) Instituto de Latinoamérica Academia de Ciencias en Moscú (Rusia). Universidad de Helsinki (Finlandia). Universidad Rey Juan Carlos (España).</p> |
| CONFERENCISTA Y FACILITADOR NACIONAL E INTERNACIONAL | <p>Licencia internacional CIC MS-101. Cámara Internacional de Conferencistas con sede en Perú. Conferencias, cursos y talleres presenciales: México, Paraguay, Bolivia, Argentina, Colombia, Brasil, Rusia, Ecuador, Finlandia, Perú, España y Costa Rica.</p> |
| MAIL Y REDES SOCIALES | <p>MAIL: REDES SOCIALES: Facebook: LinkedIn: https://mx.linkedin.com Twitter: @DarioMerchant YouTube: https://m.youtube.com Avatar: https://s.gravatar.com/avatar/18030232ab3e2b5s=80</p> |

MERCHANT