

**“VIABILIDAD Y LEGITIMIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PENAL
DIRECTA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO NICARAGÜENSE; CAMBIO DE PARADIGMAS ACTUALES”**

**"VIABILITY AND LEGITIMACY OF THE DIRECT CRIMINAL
LIABILITY OF LEGAL PERSONS IN NICARAGUAN LEGAL
ORDINANCE; CHANGE OF CURRENT PARADIGMS "**



Hernaldo José Chamorro Díaz*

* Docente Doctorado-Universidad Politécnica de Nicaragua
hernaldochamorro21@hotmail.com

Sumario: I. Desmitificar la constitución, a propósito de su centenario. A manera de introducción. II. El sistema de justicia gratuita en España. III. El (supuesto) sistema de justicia gratuita en México. IV. Posibilidades de incorporar algunas ventajas del sistema español al mexicano y detección de sus riesgos. V. Conclusiones. Fecha de recepción: 29 de Noviembre de 2016. Fecha de Aceptación: 21 de Febrero de 2017.

Conocido es que en nuestro ordenamiento jurídico penal solo son imputables las personas físicas (Principio de responsabilidad personal-artículo 8 CP) y no las personas jurídicas. No obstante, dada la relevancia que en el contexto actual ha adquirido la delincuencia organizada, es un hecho constatable la inclusión de las empresas como factor criminal, fuente o foco de delitos; de ahí, que el paradigma de la responsabilidad penal individual ha cambiado de tal manera que han motivado una tendencia creciente en el Derecho Comparado a reconocer la responsabilidad penal de la propia persona jurídica.

En el contexto actual, se enfocan las noticias informando sobre delitos cometidos al amparo de las personas jurídicas, mismas que si bien tienen derechos en el plano patrimonial (civil, mercantil, administrativo, entre otros) homologables a los de una persona natural; de igual forma, resulta apropiado toleren la misma responsabilidad de los individuos. La globalización económica y las necesidades político-criminales transnacionales han generado cambios normativos en países reticentes a aceptar esta transformación de perspectiva desde el Derecho Penal.

Considero importante aperturar en nuestro sistema el debate sobre la conveniencia de incorporar la responsabilidad punitiva de las personas jurídicas, y estudiar lo que sucede en este ámbito desde el derecho comparado para aceptar la derogación del principio *societas delinquere non potest*, que sin duda, más temprano que tarde nos está llegando de la mano con la imperiosa necesidad de responder a una

criminalidad organizada y empresarial que ha desbordado los cauces naturales de la imputación del derecho penal (la persona física).

Palabras Claves: Derecho Penal; Personas Jurídicas, Responsabilidad Penal; Acción; Culpabilidad.

Abstract. It is known that in our criminal legal system only individuals are imputable (Principle of personal responsibility-Article 8 PC) and not legal entities. However, given the relevance of organized crime in today's context, it is a fact that companies are included as a criminal factor, source or focus of crime; hence, that the paradigm of individual criminal responsibility has changed in such a way that they have motivated an increasing tendency in Comparative Law to recognize the criminal responsibility of the legal entity itself.

In the current context, the focus is on news reporting on crimes committed by legal persons, although they have rights in the patrimonial (civil, mercantile, administrative, among others) that are comparable to those of a natural person; it is also appropriate to tolerate the same responsibility of individuals. Economic globalization and transnational political-criminal needs have generated normative changes in countries that are reluctant to accept this transformation of perspective from criminal law.

I believe it is important to open up in our system the debate on the appropriateness of incorporating the punitive responsibility of legal persons, and to study what happens in this field from comparative law to accept the repeal of the principle *societas delinquere non potest*, which, which is reaching us by the hand with the urgent need to respond to an organized and entrepreneurial criminality that has overflowed the natural channels of imputation of criminal law (the natural person).

Keywords: Criminal Law; Legal Persons, Criminal Liability; Action; Culpability. Introducción

1. INTRODUCCIÓN:

El presente artículo reflexiona acerca de una de las cuestiones más controversiales que actualmente se presentan en la dogmática jurídica penal, esto es, la responsabilidad penal de las personas jurídicas; tópico debatido por juristas en razón que pone en entredicho cambios en paradigmas tradicionales sobre los que se ha construido la responsabilidad penal, y que hoy en día únicamente contempla a las personas físicas en línea con el tradicional principio de que las personas jurídicas no delinquen (*societas delinquere non potest*); postulado clásico que en el contexto globalizado actual ha quedado congelado frente al crecimiento continuo y casi inalcanzable de las personas jurídicas que ocupan un desarrollo preponderante en el plano de la economía transnacional a gran escala, y dentro del cual la moderna criminalidad –no convencional- encontró un escenario propicio para actuar libremente en el mercado y desde las Empresas o sociedades colectivas, perpetrar los más inusitados delitos que pueden ser responsables las persona jurídicas: Tráfico ilegal de órganos o trasplante, Trata de Personas, Delitos contra la intimidad y allanamiento informático, Estafas y fraudes, Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, corrupción pública y privada, Receptación y Lavado Dinero, Delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social, Delitos contra el medio ambiente, Delitos de narcoactividad, Financiación del terrorismo, entre otros, que afectan bienes jurídicos fundamentales ocasionado un grave daño macro-social.

A nivel mundial la visión gráfica que describe los más genuinos hechos delictivos cometidos a través de empresas o entidades colectivas, exigen un tratamiento diferenciado, por tanto la dogmática penal requiere de un replanteo de sus categorías que faciliten la necesidad legislativa de considerar a las personas jurídicas dentro de los criterios de imputación penal, como un mecanismo eficaz en la lucha contra la criminalidad transnacional. Aunado a ello, consideraciones de carácter político-criminal revelan que la sola imposición de sanciones a las personas físicas (directivos, gerentes, representantes legales, entre otros sujetos

relacionados) que integran las empresas, resultan insuficientes en términos de prevención y mantenimiento del orden punitivo.

Por otra parte, la transformación del Sistema de los negocios a un mercado globalizado en una sociedad de la información que no conoce barreras jurídicas que delimiten fronteras, ha puesto de manifiesto esas nuevas conductas delictivas inimaginables en la época de los clásicos pensadores del Derecho Penal (Franz von Lizst, Ernst von Beling, Eugenio Cuello Callon, entre otros); afectando ámbitos más diversos del ser humano, y de manera acentuada las reglas de control social que por antonomasia conciernen al Derecho Penal.

En particular se determinó mediante un estudio realizado que la relación con las implicaciones mundiales de las personas jurídicas, identifica el hecho que de las 100 economías más potentes del mundo, 51 son corporaciones, y existen Empresas casi tan potentes como Australia, y con presupuestos que superan a países como Noruega, Finlandia o Portugal. En el año 2000 el “New York Times” señalaba que el valor de mercado de la Compañía Multinacional Microsoft es similar al producto interior bruto de España.

En suma, la novedad que constituye un verdadero cambio de paradigma en un mundo hipermoderno caracterizado por la preeminencia de las Empresas que supera el ámbito territorial, y en donde las formas convencionales delictivas han evolucionado por una de carácter financiero-empresarial, organizado y de alcance globalizado; requieren respuestas contundentes que, a juzgar por las experiencias en Derecho Comparado que han optado por las vías civiles, mercantiles y administrativas -dirigidas más a los fines reparatorios y de corrección interna de las empresas, que a los fines preventivos especiales y generales-, han quedado cortas frente a la criminalidad colectiva que en un Estado Social de Derecho, encuentran en el Derecho Penal-preventivo un mecanismo idóneo para garantizar la tutela a esos intereses individuales y colectivos que la criminalidad corporativa daño o pone en peligro y que por su significancia resultan indispensables para la convivencia del ser humano; partiendo claro está por un reconocimiento de la responsabilidad penal de estos nuevos sujetos: las personas jurídicas.

2.- ESTADO DE LA CUESTIÓN

El principio romano *societas delinquere non potest*, continua marcando la línea normativa de nuestro Derecho Penal Positivo negando así la responsabilidad penal de las personas jurídicas bajo el prisma comparativo entre las características de las personas físicas y de las personas jurídicas, y así determinar ensalzar los puntos en los que quiebra la posibilidad punitiva que, por lo general giran alrededor de la falta de “capacidad de acción” y de “culpabilidad”, sin tener en cuenta los elementos que integran uno u otro.

En este contexto, se sostiene que los ilícitos cometidos en el marco de personas jurídicas son suficientemente contrarrestados a través de la previsión legal “actuar en nombre de otro” contenida en el artículo 45 del Código Penal, concebido sobre la base de que sólo los individuos-físicos pueden ser sujetos activos del delito. A través de esta figura, se pretende evitar la irresponsabilidad en los hechos delictivos que conllevaron para su ejecución el empleo de personas jurídicas.

No obstante, la cláusula de “actuar en nombre de otro” no soluciona el problema de la responsabilidad penal de las entidades colectivas, ya que sólo establece el de las personas naturales que describe (directivo, administrador de hecho o de derecho u órgano de una persona jurídica u órgano de una persona jurídica o en nombre o representación legal o voluntaria de otro); no se trata de imputar una responsabilidad por el hecho ajeno (por el hecho de la persona jurídica representada), sino por el hecho propio cometido a través de la persona jurídica, el ejemplo paradigmático lo constituye el delito fiscal en el ámbito societario en el que el sujeto pasivo del tributo –y verdadero defraudador según el derecho tributario- es la sociedad y no la persona física que administra a dicha sociedad, sin embargo, en tales casos al amparo del art. 45 CP quien comete el acto delictivo es la persona física.

Por otro lado, la cláusula del “actuar en lugar de otro” nada tiene que ver con el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, toda vez que el actuante en lugar de una persona jurídica responde por su propia conducta; la sola penalización a los sujetos que actúan al interior de la persona jurídica —como representante o titular— constituye una solución parcial al problema, en tanto y en cuanto, si la actividad fue realizada por la persona jurídica, y si ella se beneficia materialmente de la acción reprochada, no se ve por qué la persecución penal habrá de limitarse a sus gestores, dejando intocado al ente que se encuentra en el origen del delito y que no pocas veces se nutre financieramente del delito mismo. De ahí, que la sanción penal limitada a los “actuantes en nombre de la persona jurídica”, tan solo representa una parcial reacción punitiva.

Dentro de este marco, no puede obviarse que la criminalidad realizada en el seno de la persona jurídica es ejecutada precisamente dentro de una estructura organizada, sin la cual no sería pensable y materialmente imposible realizar, sobre todo cuando en muchos casos tal actuar corresponde a esquemas de acción que no son controlables para evadir las normativas que rigen su adecuado funcionamiento.

A estos elementos, se suma el hecho que desde el punto de vista técnico-formal, la actuación en nombre de otro, está restringida a supuestos de delitos especiales propios, entendidos como tal aquellos que no tienen correspondencia con un delito común por que “la calidad especial del sujeto es determinante para la existencia del delito, de tal forma que faltando la misma el hecho sería atípico”, es decir, exigen en el sujeto activo una específica cualificación (pongamos por caso: Peculado del art. 451 CP requiere el carácter de autoridad, funcionario o empleado público; el de prevaricato del art. 463 CP exige ser Juez o magistrado; el de falso testimonio del art. 475 CP precisa reunir el carácter de testigo); relegando así la viabilidad de su aplicación a los delitos especiales impropios, esto es, los que sí tienen un delito común subyacente que puede ser cometido por cualquier persona, sin embargo, si es cometido por alguno de los sujetos especialmente cualificados se produce una modificación del título de imputación derivándose hacia el delito especial impropio (p/e: el delito de Peculado-art. 451 CP cometido por funcionario público está cualificado por el

sujeto activo, pero si no lo fuese esto es, si se tratase de un particular, tal Peculado no sería Atípico, sino que el título de imputación variará al de Hurto Simple-art. 219 CP).

Sin perjuicio de las deficiencias técnicas-jurídicas que no cubren las lagunas de punibilidad antes mencionadas, la necesidad de responsabilizar penal y directamente a las personas jurídicas, es considerada decisiva fundamentalmente en el marco del creciente imperio de las sociedades en el tráfico comercial y la ejecución de delitos de criminalidad organizada transnacional, o de naturaleza social en el seno de las mismas, que ciertamente necesitan formas sui generis de penalización frente a esas nuevas formas de criminalidad -en aumento- muy diferentes a la tradicional.

Atendiendo estas consideraciones, la responsabilidad de personas jurídicas tiene como finalidad incrementar la eficacia del Derecho Penal y la responsabilidad individual. No viene a sustituir la responsabilidad individual, sino a hacerla más efectiva. Por ello, nos parece acertado la construcción que en Derecho Comparado instituye que la “responsabilidad de las personas jurídicas” no excluye, en ningún caso, la de las personas físicas. En todo caso, la responsabilidad penal colectiva refuerza la individual porque su finalidad es que las personas jurídicas adopten medidas de organización que impidan la realización de hechos delictivos, y, en su caso, permitan su esclarecimiento y enjuiciamiento a través del proceso penal. La eficacia de esta autorregulación empresarial descansa en una constatación empírica que nadie discute: la empresa se encuentra en mejores condiciones que el Estado para controlar el comportamiento de sus agentes.

La realidad económica empresarial denota un alto crecimiento no sólo en cantidad sino en complejidad de las organizaciones empresariales que llevan a cabo operaciones comerciales locales e internacionales. El comerciante individual ha ido disminuyendo su relevancia en el desenvolvimiento y crecimiento de la actividad económica, dando lugar cada vez más a la prevalencia y preeminencia de corporaciones con gran incidencia global. En este sentido, el Derecho como sistema en general, y el Derecho Penal en particular, deben encaminar una necesaria adaptación para poder alcanzar y hacer frente a la creciente criminalidad económica organizada, de modo tal que permita abarcar comportamientos y actos jurídicos

que, de otro modo, quedarían fuera de toda regulación y protección jurídica así como de todo control jurisdiccional.

El Derecho Penal originario, construido sobre la base del pensamiento liberal y la realidad propia de la primera Revolución Industrial —momento en el cual las relaciones se entablaban, básicamente, entre personas físicas—, pensado para resolver conflictos generados a partir de esas relaciones, es un hecho inconcuso que hoy por hoy no puede responder a las situaciones de riesgo creadas a partir de las actividades desarrolladas por empresas y grupos empresariales, propios de la sociedad postindustrial.

Por tal razón, hoy en día, para evitar estas lagunas de impunidad es necesario y legítimo recurrir a la responsabilidad penal de las personas jurídicas frente a esa latente realidad comercial—empresarial que a finales del siglo XX comenzaba a imponerse. Así pues, si el Derecho Privado (civil-mercantil) reconoce a las personas jurídicas la capacidad de obrar, debe entenderse que esa capacidad de obrar puede también desatar la comisión de actos lícitos e ilícitos y, en este sentido, no existiría razón para que las entidades corporativas que realicen actos jurídicos ilícitos no sufran las consecuencias penales establecidas para las personas físicas.

Nuestra realidad en los últimos tiempos, dan paso a la percepción de innumerables hechos delictivos cometidos a través de personas jurídicas, tales son los casos intitulados “Agave Azul”, “Marca-Móvil” (entrega de un vehículo por U\$2,000.00 cuyo costo verdadero era U\$8,000.00 y cuya diferencia se pagaría con publicidad), “Aeronic” (supuesta línea aérea que invitaba a ser parte de ella a través compra acciones para ser dueño de dicha empresa), y recientemente caso “Las Monjitas” (constitución de Empresas para la captación de fondos). Del mismo modo, los escándalos de la FIFA, la constructora brasileña “Odebrecht”, filial suiza del banco británico “HSBC”, grupo empresarial panameño “Waked-La Riviera”, entre otros a nivel internacional, los cuales ponen en alerta la necesidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas.

3. CONCLUSIONES

Visto que el desgaste actual de la dogmática penal, administrativa, civil, incluso constitucional tiene como común denominador que la motorización legislativa en estas u otras materias esta retirada de los ciudadanos y sus legítimas necesidades de protección, el castigo penal de las personas jurídicas conlleva un cambio de visión constitucional del Estado Social de Derecho imperante y que no es ajeno al **Estado Tutelador**, sobre todo, cuando postulados de la Revolución Francesa iluminista -vigentes al día de hoy- concentraron en la libertad el único fin de garantía y protección del ius puniendi, contexto totalmente distante y distinto de la realidad contemporánea que exige –además libertad individual-, la tutela de otros bienes jurídicos de significancia relevancia e incidencia par el ser humano, como la actividad empresarial.

En consecuencia, más allá de la discusión doctrinaria sobre la viabilidad jurídico-penal de sancionar a las personas jurídicas, resulta urgente evolucionar del vigente Derecho Penal cuantitativo (orientado por el quatum de pena), por un Derecho Penal cualitativo encaminado más a la prevención que al castigo (principio de oportunidad, reparación del daño económico a favor de la víctima del delito, entre otros), y desde ahí contrarrestar esas nuevas formas de criminalidad existentes al amparo de un “societas delinquere potest”, que deberá transitar – a mi criterio- por las siguientes circunstancias, a saber: **i)** reformulación de las categorías jurídicas (acción y culpabilidad) diseñadas exclusivamente para la responsabilidad individual, y **ii)** compeler a las personas jurídicas para el diseño de un programa de cumplimiento normativo que ayude prevenir los delitos cometidos desde o por conducto de las personas jurídicas.

Apostamos pues, al modelo penal seguido en algunas legislaciones de “autorresponsabilidad” o de autonomía que implica necesariamente que la sanción personas jurídicas se fundamenta en su propio hecho, en su propia organización; de tal suerte, que las empresas asuman el cumplimiento normativo (penal) de manera preventiva en la detección

de conductas criminógenas. Así pues, el defecto de organización, y el descontrol, constituirían la base para una declaración directa de responsabilidad penal de las empresas.

En este orden de cosas, no podemos dejar de incluir los compromisos internacionales que Nicaragua ha asumido con la suscripción de diversos instrumentos Universales y Regionales, que involucran la adopción de legislación interna mediante el cual se sancione directamente a las personas jurídicas; tal es el caso de las Convenciones ONU Contra la Corrupción, Delincuencia Organizada, entre otros.

En definitiva, la responsabilidad penal de las personas jurídicas a nuestro criterio no está limitado a precisar que tendencia en la Teoría del Delito se ajusta más a tan evidente realidad; subsiste una necesidad pragmática que demanda una respuesta eficaz frente al avance vertiginoso y casi imparable de la criminalidad empresarial en el mundo de la criminalidad económica.