

EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y POR COHECHO TRANSNACIONAL EN EL DEBATE PARLAMENTARIO DE 2017*

Carlos Julio LASCANO

Síntesis: La responsabilidad penal de las personas jurídicas en sí mismas y las sanciones aplicables a éstas, han llegado para quedarse en la legislación de los países de la órbita del Derecho continental europeo, entre los cuales nos contamos. El criterio de imputación de responsabilidad penal de las personas colectivas se basa en un “*modelo vicarial*” de imputación porque implica que la persona jurídica responde automáticamente cuando un representante suyo ha cometido un delito, en provecho de la empresa, actuando dentro del marco de sus funciones.

Palabras Claves: Responsabilidad Penal. Persona Jurídica. Cohecho. Administración Pública.

Abstract: The criminal liability of legal persons themselves and the sanctions applicable to them, have come to stay in the legislation of the countries of the European Continental Law, among which we have. The criterion of imputation of criminal liability of collective persons is based on a “vicarial model” of imputation because it implies that the legal entity automatically responds when a representative of it has committed an offense, for the benefit of the company, acting within the framework of its functions.

Key words: Criminal responsibility. Legal person. Bribery. Public administration.

1. Introducción

Hace algunos años tuve el honor de codirigir una obra colectiva de Derecho Penal de la empresa junto con los destacados profesores de la Universidad de Castilla-La Mancha LUIS ARROYO ZAPATERO y ADÁN NIETO MARTÍN¹. En la presentación de ese libro dijimos que contar con un Derecho Penal económico eficaz no es una expansión del Derecho Penal criticable desde el punto de vista de los principios de proporcionalidad y *ultima ratio*; por el contrario, disponer de un Derecho Penal económico moderno y eficaz es una necesidad dentro del Estado social y democrático de Derecho. En este marco, la principal función que desempeña es la tutela de los principales mecanismos de solidaridad y de generación de igualdad, como son la hacienda pública y la seguridad social, así como la protección de los actores económicos más débiles en las relaciones económicas: trabajadores y consumidores.

También expresamos que con el cambio de siglo y los efectos económicos de la globalización, el Derecho Penal económico del Estado social, pensado sobre la base de la capacidad de control del Derecho nacional sobre los actores económicos, empresas y trabajadores, y los factores de producción, mercancías y servicios, tiene serios problemas de adaptación. En este nuevo espacio de la economía globalizada las grandes empresas multinacionales gozan de libertad absoluta de

* Exposición realizada el día 9 de octubre de 2017 en la charla-debate sobre “Responsabilidad penal de las personas jurídicas” que tuvo lugar en la sesión conjunta del Instituto de la Empresa y del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹ *Derecho penal de la empresa. Del Derecho penal económico del estado social al Derecho penal de la empresa globalizado*, directores Luis Arroyo Zapatero, Carlos Lascano y Adán Nieto Martín, Ediar, Buenos Aires, 2011.

movimientos, imponen sus puntos de vista en los procesos de armonización internacional del Derecho de los negocios, y sus comportamientos ilícitos -contra el medioambiente, los trabajadores, o de corrupción- rara vez son juzgados por sistemas de administración de justicia mucho más débiles. Esta situación contrasta con lo que ocurre con los otros actores económicos: los trabajadores, cuya libertad de movimientos en el mundo globalizado está seriamente criminalizada a través de los delitos de inmigración ilegal. En lo que atañe a los factores de producción, los efectos de la globalización económica no han sido menores: la libertad de movimientos de capitales, unida al mantenimiento de los paraísos fiscales, ha posibilitado la comisión masiva de delitos de fraude fiscal y blanqueo de capitales; la libertad de movimientos de productos financieros ha creado una crisis económica mundial sin precedentes, cuyas raíces en algunos casos tienen que ver con comportamientos delictivos de falsedad en los balances, corrupción de auditores, conductas de administración desleal o grandes estafas colectivas; la libre circulación de productos ha llevado a que fármacos, pesticidas, productos transgénicos, abonos o alimentos infantiles que no pueden producirse o comercializarse en los países más ricos lo hagan en aquellos de economías más debilitadas. A este conjunto de problemas el Derecho Penal estatal, que entiende el *ius puniendi* como ejercicio del poder soberano sobre un determinado territorio, no puede darle solución por sí solo. Por eso se debe confiar en nuevas herramientas de regulación. En primer lugar, las que proporciona el Derecho internacional a través de convenios que armonicen los delitos globalizados y, sobre todo, creen instrumentos más modernos de cooperación judicial. En materias como la corrupción, el blanqueo de capitales o la criminalidad organizada, existe ya una importante *corpus iuris internacional*, pero la comunidad internacional se expresa también hoy a través de un mecanismo regulador, que hasta hace muy poco pasaba prácticamente desapercibido: el *soft law*. La importancia de las recomendaciones del GAFI en blanqueo de capitales o de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en materia de corrupción adoptan en ocasiones esta estrategia. Esta irrupción de nuevas fuentes del Derecho Penal requiere replantearse el sistema de fuentes y muy especialmente el sentido de la reserva de ley penal, que debe adaptarse a esta nueva situación.

En segundo lugar, el Derecho Penal globalizado también debe confiar en la autoregulación empresarial como instrumento normativo. El incremento del control social sobre la economía, del que andamos muy necesitados, no puede despreciar la capacidad que toda corporación tiene para dictarse normas internas y controlar el comportamiento de sus miembros. El debate sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene hoy este sentido: comprometer a través de duras sanciones a las empresas para que cooperen con el Estado, a través de una correcta regulación, en la prevención y la investigación de los hechos delictivos que pueden surgir en el desarrollo de su actividad.

Se plantea así una evidente tensión entre un Derecho Penal edificado sobre los cimientos de una responsabilidad individual de las personas físicas y los requerimientos político-criminales propios de la delincuencia empresarial, que postulan castigar con penas no sólo a los directivos de las corporaciones y a los ejecutores materiales de los delitos cometidos en el ámbito de los negocios, sino a las propias personas jurídicas en cuanto tales.

En nuestros días asistimos a un proceso que algunos llaman de “erosión” del antiguo aforismo “*societas delinquere non potest*” consagrado en el Derecho Penal de la Europa Continental y los países iberoamericanos que siguen ese modelo.

Dicho fenómeno se manifiesta en el Viejo Mundo donde triunfa el paradigma opuesto en Holanda, Suecia, Noruega, Portugal, Francia, Dinamarca, Irlanda, Finlandia y, a partir de 2010, España.

En este marco, el pasado 27 de septiembre –con 65 votos a favor- el Senado de la Nación aprobó el dictamen de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales sobre el proyecto de ley que responsabiliza penalmente a las personas jurídicas privadas por delitos contra la administración pública y por cohecho transnacional². Allí se introdujeron importantes modificaciones al proyecto al cual la Cámara de Diputados de la Nación había dado media sanción en la sesión del 5 de julio del corriente año, en base al proyecto remitido por el P.E. el 20 de octubre de 2016. Habrá que aguardar ahora el tratamiento de la cuestión en la Cámara de origen.

En esta ocasión, sin perjuicio de mencionar tangencialmente otros aspectos, me limitaré a abordar una de las cuestiones más relevantes que se plantean en dicho proyecto de ley: los criterios de imputación de responsabilidad penal de la persona jurídica en sí misma.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en sí mismas y su tensión con principios constitucionales.

Los arts. 2 y 4 del “Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur”, suscripto en la ciudad de Fortaleza (Brasil) el 16/12/96, contienen algunas normas que permitirían construir supuestos de responsabilidad de las personas jurídicas.

JOSÉ DANIEL CESANO³ entiende que si la Constitución argentina –a partir de la reforma de 1994 y la incorporación de los tratados que enumera el art. 75, inc. 22, 2ª cláusula- reconoce expresamente el principio de culpabilidad, resulta obvio que la posibilidad de construir una responsabilidad penal respecto de los entes ideales, que emana de aquel Protocolo regional, “*estaría tensionando, abiertamente, el sistema de prelación normativa que surge del principio de supremacía*”.

Igualmente, si se ha introducido expresamente el principio de personalidad de la pena según la cual ésta *no puede trascender de la persona del delincuente* (art. 5º, inc. 3º CADDHH), ello “*impide que a través de la sanción penal de la persona jurídica se castigue indirectamente a personas físicas que no hayan cometido un entuerto en forma penalmente responsable*”⁴.

Sin embargo, es atinado el interrogante de CESANO⁵: “*qué sentido tiene que nos oponamos a que, en el Derecho comunitario se admitan estas formas de responsabilidad si, en nuestro propio Derecho penal especial, encontramos ejemplos de ello*”.

El mismo autor⁶ responde que dentro de la “*jungla del Derecho Penal Económico*”, como la denomina SCHÜNEMANN, nuestro Derecho se caracteriza por su “*promiscuidad*”: “*Es que, y de allí*

² Dictamen de Comisión del 20/9/17 en Exptes. Números CD-16/17 y 17/17.

³ CESANO, José Daniel, *La responsabilidad Penal de la persona jurídica en los arts. 2º y 4º del Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur. Un caso de tensión entre el ordenamiento comunitario y el sistema constitucional*, en “Ley, razón y justicia”, Neuquén, año 5 – n° 8, setiembre de 2003 – mayo de 2004, Alveroni, p.124. El mismo autor, *Estudios sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica*, Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 132 y ss.

⁴ Fabián I. BALCARCE y José Daniel CESANO, *Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la República Argentina*, en “Derecho Penal Económico - Parte General”, tomo 1, Director Fabián I. Balcarce, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2003, p. 219.

⁵ *Estudios sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica*, p. 141.

⁶ Ob. cit. en nota precedente, pp. 141 y 142.

que utilicemos este calificativo- junto a un nutrido núcleo de disposiciones que intentan solucionar la problemática derivada de este tipo de delincuencia como instrumentos de imputación propios del Derecho penal convencional (por ejemplo: las cláusulas del actuar en lugar de otro o autoría mediata), rechazando, así, la responsabilidad del ente ideal, se observan algunas leyes que, directamente, establecen la imputación penal de la persona jurídica (así: en el ámbito de los delitos aduaneros, el artículo 888 de la ley 22.415; o en relación al régimen penal de defensa de la competencia que establece la ley 25.156, su artículo 47)". Agregamos el régimen penal cambiario (ley 19.359, art. 2º, inciso "f") y la ley sobre abastecimiento nº 20.680, art. 8º.

En la Parte General del Código Penal argentino no tenemos regulado el repertorio de consecuencias jurídicas para las personas jurídicas que el Código Penal español de 1995 preveía en el art. 129, según la L.O. 15/2003, bajo la ambigua denominación de "consecuencias accesorias". Únicamente existe una referencia a las personas colectivas con relación a la pena accesoria de decomiso, en el tercer párrafo del art. 23 C.P.: "Cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como **órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal**, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la **persona de existencia ideal**, el comiso se pronunciará contra éstos".

Nuestro Código Penal, a través de la reforma de la ley 26.683⁷, en el título 13 de la Parte Especial -relativo a los delitos contra el orden económico y financiero-, luego del art. 303 que tipifica de modo autónomo el lavado de dinero, contiene actualmente sanciones para las personas jurídicas en el art. 304: "Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente:...".

Las leyes 26.733 y 26.734⁸ agregaron otros tipos delictivos dentro del mismo título 13 del C. Penal, en los arts. 306 a 312 inclusive; la primera de las mencionadas leyes incorporó el art. 313: "Cuando los hechos delictivos previstos en los artículos precedentes hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se aplicarán las disposiciones previstas en el artículo 304 del Código Penal". El párrafo 2º de dicho artículo contiene una previsión especial para las personas jurídicas que hagan oferta pública de valores negociables; el párrafo 3º prevé la situación de la persona jurídica concursada.

Frente a una base normativa tan fragmentaria y heterogénea, en nuestra jurisprudencia existen fallos divergentes: los cuantitativamente minoritarios –que a partir de obstáculos constitucionales son contrarios al reconocimiento de responsabilidad directa de la persona colectiva en aquellas leyes que así lo permiten; en cambio, los mayoritarios admiten tal posibilidad, para lo cual sólo reparan en la estructura lingüística de las normas que aplican.

Como muestras más significativas del primero de los lineamientos jurisprudenciales, se exhibe el voto disidente del juez Gustavo Mitchell de la sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal ("Peugeot Citroën Argentina S.A. s/rec. de casación"), al igual que la sentencia de la sala I de la misma Cámara Nacional de Casación, en el caso "Fly Machine".

En este último, la mencionada Sala confirmó el pronunciamiento dictado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Córdoba, en cuanto resolvió declarar la nulidad de los requerimientos de elevación a juicio (formulados por la querrela y por la Fiscalía), en razón que en ellos se había

⁷ BO del 21/6/2011.

⁸ Ambas publicadas en el B.O. 28/12/11).

imputado a una persona jurídica —la empresa "Fly Machine S.R.L."— la comisión de un delito —contrabando documentado en grado de tentativa (arts. 863, 864 inc. b, 865 inc. f y 871 del Código Aduanero)—; declarándose también la nulidad de todos los actos procesales que referían a la aludida empresa como imputada.

El 30 de mayo de 2006, en la causa "Fly Machine" la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó el recurso extraordinario federal interpuesto por la Dirección General de Aduanas. Aunque el voto de la mayoría de los ministros de la Corte, siguiendo el dictamen del Procurador General, rechazó la instancia extraordinaria por fundamentación insuficiente, el ministro Zaffaroni —basado en los principios constitucionales del *nulla injuria sine actione*, de culpabilidad y de personalidad de la pena— sostuvo la vigencia del aforismo "*societas delinquere non potest*".

Sin embargo, el criterio jurisprudencial prevaleciente es el que convalida la validez constitucional de las normas de Derecho Penal especial que consagran la responsabilidad penal de la persona de existencia ideal. Tal tesis impera respecto de los delitos aduaneros, tanto en la Cámara Nacional de Casación Penal, cuanto en la Cámara Nacional en lo Penal Económico.

Al respecto, ha dicho Cesano que "...la casación nacional, en el mismo precedente "Peugeot Citroën Argentina S.A.", a través de los votos de los jueces Riggi y Tragant sostuvo que: el argumento que dice que responsabilizar penalmente al ente ideal afecta el principio de personalidad por cuanto la sanción alcanza a socios inocentes "no tiene en cuenta que la pena recae sobre la sociedad, la que si tiene reconocida capacidad penal es una persona distinta de los individuos (...) que la componen". La misma línea argumental fue sostenida por dicha Sala en "Inversora Kilmy S.A., s/Recurso de casación".

En relación a la responsabilidad directa de las corporaciones en el régimen penal cambiario, la Corte Suprema de Justicia de la Nación eludió la declaración de inconstitucionalidad, argumentando que aquella era de naturaleza penal administrativa, campo en el que no necesariamente rigen los principios de culpabilidad y personalidad de la pena emanados de la Constitución⁹. Se produjo así un cambio de criterio del Alto Tribunal que anteriormente había admitido la vigencia del principio *nulla poena sine culpa* en dicho ámbito¹⁰.

3. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en sí mismas en el proyecto de ley en debate en el Parlamento argentino

Pese a las profundas divergencias, todas las corrientes científicas del Derecho Penal moderno coinciden en que la mayor parte de los elementos estructurales del delito responden a aptitudes psíquicas que sólo pueden darse en relación a la persona individual. De tal modo, la acción como conducta humana y la culpabilidad no pueden ser vinculadas a un ente ideal, salvo construyendo un paralelismo puramente terminológico que no responde a los principios rectores de tales categorías. Lo mismo ocurre con la pena pues -aunque se le adosen finalidades preventivas generales y especiales- tiene un sustrato retributivo que la distingue de otras consecuencias jurídicas.

En el Derecho Penal cuando el hombre actúa por medio de corporaciones, la responsabilidad sigue siendo individual, sin perjuicio que el Estado pueda establecer a su vez consecuencias que

⁹ "Wlodavsky" (Fallos 298:440) y "Banco Santander" (L.L., 1978-D, p. 235).

¹⁰ "Parafina del Plata", Fallos 271:298.

afecten a las personas jurídicas, como manifestación de una política de prevención que tiende a la regularidad en el manejo y funcionamiento de dichos entes.

Por ello no resulta viable imponer penas en sentido estricto, sino tampoco medidas de seguridad, pues la imposibilidad de realizar una conducta conlleva la inexistencia del hecho antijurídico y del juicio de peligrosidad, porque por definición nunca se podrá afirmar la probabilidad que la corporación cometa por sí misma delitos.

Creemos se debe intentar otra clase de intervención jurídica estatal frente a los delitos socio-económicos que puedan cometerse a través de personas colectivas.

En tal sentido, sería admisible un sistema de consecuencias para las personas ideales que consistan en un tercer género de sanciones criminales (“*tertium genus*”¹¹) similares a las medidas de seguridad (se las podría considerar una clase de medidas de seguridad especiales), basadas en la peligrosidad objetiva de comisión de delitos en la persona jurídica. Al igual que las denominadas consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal español de 1995, son de naturaleza jurídico penal -no meramente administrativa-, «pues son consecuencias precisamente del delito y, aparte de ser sanciones impuestas por el juez penal (y previstas en normas penales), suponen privaciones de derechos de entidad considerable y (...) en todo caso de carácter preventivo»¹².

Por todo ello, en términos generales y más allá de la incorrección de llamarlas “penas aplicables a las personas jurídicas”, es plausible el texto del proyecto de ley aprobado por el Senado el pasado 27 de septiembre que prevé -cuando se cumplen los requisitos fijados por el art. 2º-determinadas sanciones enumeradas en el art. 7º, a “las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjeras, con o sin participación estatal”, las cuales resultan “responsables”, por los delitos enumerados en los incisos a), b), c), d) y e) del art. 1º, que “hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio”, aunque “la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquélla” (art. 2º, último párrafo).

Efectuando un análisis comparativo de la disposición proyectada con dos antecedentes relevantes, el art. 59 del AP 2014 y el art. 31 bis del Código Penal español, introducido por el artículo único 4 de la LO 5/2010, en lo relativo a los delitos comprendidos por los mismos, nos parece que el art. 1º del texto aprobado por el Senado argentino tiene afinidad con aquéllos en cuanto prevén que serán únicamente referidos a un *numerus clausus* de delitos, expresamente establecidos en distintos artículos de la Parte Especial, algo que no ocurre en el AP 2006, cuyo art. 67 carece de limitación respecto de los delitos a los que se pueden aplicar sanciones a las personas jurídicas. Similar amplitud había adoptado el texto aprobado por la Cámara de Diputados de la Nación el 5 de julio pasado, en relación al proyecto objeto de este trabajo, pues en su art. 1º disponía: “La presente ley establece el Régimen de Responsabilidad Penal para los delitos previstos en el Código Penal de la Nación cometidos por personas jurídicas privadas ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal”. De tal modo, se apartaba del

¹¹ LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, *Derecho Penal. Parte General*, tercera edición ampliada y revisada, B de F, Julio César Faira editor, Montevideo – Buenos Aires, 2016, n° 25, p. 67.

¹² LUZÓN PEÑA, ob. cit., Cap. I, n° 27, pp. 69 y 70. Distinta es la opinión de CESANO (*La responsabilidad penal de la persona jurídica en el Anteproyecto...*, ya cit.), para quien se establece “una intervención accesoria con medidas sancionatorias de carácter **fundamentalmente administrativo** y sobre la base de una previa conducta individual – que puede encontrar su base en la comisión de un delito o en la falta de supervisión –; sin que esto signifique consagrar una directa responsabilidad penal corporativa”.

proyecto original elevado por el Poder Ejecutivo, cuyo art. 3° establecía: “Las personas jurídicas son responsables por los delitos contra la administración pública y cohecho transnacional...”, con lo cual quedaban comprendidos todos los delitos del título 11 del Código Penal vigente. Los resaltados en letras negritas en ambos casos no se encuentran en los textos originales.

El texto aprobado por el Senado argentino es más acotado que el del proyecto original: “ARTÍCULO 1°.- Objeto y alcance. La presente ley establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, por los siguientes delitos: a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional o transnacional, previstos por los artículos 258 y 258 bis del Código Penal; b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previsto por el artículo 265 del Código Penal; c) Concusión, previsto por el artículo 268 del Código Penal; d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previstos por los artículos 268 (1) y (2) del Código Penal; e) Balances e informes falsos agravados, previsto por el artículo 300 bis del Código Penal”. El texto original no contiene resaltados en letras negritas.

Como se puede advertir, sólo quedan comprendidos los tipos delictivos expresamente mencionados y no todos los enumerados en el extenso título 11 de código sustantivo. Además, un tipo agravado de balances e informes falsos, que en el art. 37 del texto aprobado por la Cámara Alta se proyecta incorporar al título 13 (Delitos contra el orden económico y financiero”) del Código Penal como art. 300 bis: “Cuando los hechos delictivos previstos en el inciso 2° del artículo 300 hubieren sido realizados con el fin de ocultar la comisión de los delitos previstos en los artículos 258 y 258 bis, se impondrá pena de prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de dos (2) a cinco (5) veces el valor falseado en los documentos y actos a los que se refiere el inciso mencionado”.

Repasando los tipos delictivos abarcados por el art. 1° del proyecto aprobado por el Senado, se puede advertir que en el caso de los mencionados en los incisos b), c) y d) se exige en el autor la calidad de funcionario público, razón por la cual nos encontramos en presencia de delitos especiales propios, porque requieren una especial condición, relaciones o cualificación en el sujeto activo y no cuentan con una figura paralela de delito común. Ello nos convence sobre la conveniencia de incluir en el Código Penal la cláusula de la actuación en lugar de otro, la cual permitiría cubrir las lagunas de punibilidad en los delitos especiales propios cuando sean cometidos por las personas físicas que actúan como órganos de las personas de existencia ideal que no reúnan los requisitos específicos exigidos para ser considerados autores de esa clase de delitos, tal como lo señala la doctrina de modo uniforme; dicha cláusula había sido prevista adecuadamente en los Anteproyectos 2006 (art. 43) y 2014 (art. 10).

La normativa diseñada por el Senado, en el art. 1° expresamente alude a “responsabilidad penal” de las personas jurídicas y el art. 7° regula las “penas aplicables” a dichas corporaciones. De tal forma sigue el modelo del art. 31 bis C.P. de España que establece que las personas jurídicas serán “penalmente responsables” y alude a “responsabilidad penal”; por su parte, el art. 33.7 describe cuáles son las “penas aplicables a las personas jurídicas”, y el art. 66 bis, de modo explícito menciona las reglas para la “aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas”.

La cuestión no es de menor importancia dado que, un sector de la doctrina española, entre los cuales se destaca Adán Nieto Martín¹³, sostiene que la reforma del año 2010 ha introducido la

¹³ *La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la L.O. 5/2010*, en “Revista Xurídica Galega”, N° 63 (2009), viernes 11 de marzo de 2011, p. 47: “La Ley Orgánica 5/2010 culmina un largo proceso de reforma del CP tendente a

responsabilidad penal directa de la persona jurídica en sí misma en el art. 31 bis C.P. y ha conminado verdaderas penas para ella en el art. 33.7.

El mencionado autor sostiene que una interpretación sistemática del art. 31 bis CP permite advertir que este texto establece una responsabilidad o culpabilidad propia de la persona jurídica: ésta responde cuando no ha adoptado las medidas de organización necesarias para prevenir y detectar la comisión de hechos delictivos por parte de sus empleados. Responde de este modo por un hecho propio, su propio defecto de organización, y no derivado de la actuación de una persona natural. Agrega que el punto más débil de esta teoría podría ser que es excesivamente indeterminada: ¿qué es organizar bien una empresa para que no se cometan hechos delictivos en su interior? Responde que este problema está, en parte, desde hace algunos años solucionado por el Derecho Administrativo que en materia tan importante como la protección de la seguridad del trabajador, del medio ambiente, el mercado de valores, la seguridad alimentaria, el blanqueo de capitales, etc., a través de lo que se ha dado en llamar “autoregulación”, establece la obligación de las empresas de adoptar medidas que tienen un fin similar a las medidas de organización que requiere la responsabilidad de las personas jurídicas. Por otro lado, en la práctica empresarial desde hace algún tiempo y por influencia del Derecho norteamericano son conocidos los compliance programs. Es más, cualquier empresa bien organizada tiene una numerosa normativa interna (protocolos, normas de conducta, códigos, etc.) cuya confección responde a una metodología muy similar a la que hay que utilizar para crear medidas de control tendentes a impedir hechos delictivos por parte de los subordinados.

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina española tradicional, en la cual se ubica Diego-Manuel Luzón Peña¹⁴, basándose en la imposibilidad de apreciar en la persona jurídica culpabilidad, entendida como reprochabilidad individual, niega la capacidad de delinquir de las personas jurídicas en sí mismas, aunque tras la introducción en los arts. 31 bis, 33.7 y concordantes C.P., de responsabilidad penal y sanciones denominadas penas para personas jurídicas, «ha aumentado el sector que considera que la persona jurídica sí puede delinquir».

El renombrado Catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares¹⁵ enseña con claridad que, pese a la reforma de la LO 5/2012 de “responsabilidad penal” para las personas jurídicas y de “penas” para las mismas, «realmente las personas jurídicas en Derecho español siguen sin cometer delitos, que como reconocen los párrafos 1.º y 2.º del ap. 1 y los aps. 2 y 3 del art. 31 bis son cometidos por las personas físicas que actúan en el seno de las jurídicas; que sigue rigiendo el principio *societas delinquere non potest*, o sea que las personas jurídicas, pues, no tienen capacidad para delinquir porque no realizan una acción humana, con auténtica voluntad propia y por ello no pueden ser tampoco “sujeto activo” del delito, como sigue reconociendo toda la regulación del art. 31» (que regula la actuación en lugar de otro).

Tales reflexiones son plenamente aplicables al proyecto de ley aprobado por el Senado argentino que en varias disposiciones expresamente se refiere a la “persona humana que cometió el delito” (art. 2º, último párrafo), a las “personas humanas autoras o partícipes del hecho delictivo” (art. 4º), a la “persona humana que hubiere intervenido” (art. 6º).

introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Hay versión electrónica disponible en: <http://resp-pj.blogspot.com/2011/03/la-responsabilidad-penal-de-las.htm1>. Citado por JOSÉ DANIEL CESANO, *La responsabilidad penal de la persona jurídica en el Anteproyecto de reforma del Código penal (Decreto P.E.N. 678/12)*, valioso trabajo inédito que su autor tuvo la generosidad de poner a nuestra disposición.

¹⁴ *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, Cap. 11, n° 36, p. 151.

¹⁵ Ob. cit., n° 55, p. 514.

En su reflexión sobre el Anteproyecto 2014 que es válida para el texto del proyecto llegado en revisión a la Cámara Baja de nuestro Parlamento, concluye diciendo con toda razón Cesano¹⁶: «Desde nuestra perspectiva, la reforma no introduce una responsabilidad directa de los entes ideales; al menos al estilo en que lo pretenden autores como David Baigún o algunas legislaciones comparadas».

Agregamos para reforzar su argumento que el art. 6° del texto proyectado por el Senado –bajo el rótulo “Independencia de las acciones”- dispone: “La persona jurídica podrá ser condenada aún cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que hubiere intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica”. Lo resaltado en letras negritas no pertenece al texto original. Esta disposición tiene semejanza con el art. 59.3 del Anteproyecto de Código Penal de 2014, para el cual también será “responsable” la persona colectiva, aunque el hecho no redunde en su beneficio o interés, “si la comisión del delito hubiere sido posibilitada por el incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión”.

Ello no significa que tales deberes –cuya inobservancia puede configurar culpa “in vigilando”- incumban a la persona de existencia ideal y, por ende, pueda existir un hecho propio de ella, atribuible a su “defecto de organización”. Resulta claro que tales obligaciones sólo pueden corresponder a las personas físicas que –por su función de órganos del ente corporativo- tienen que controlar la conducta de sus empleados y subordinados para evitar la comisión de delitos.

Nos inclinamos pues por sostener que el texto aprobado por el Senado propone un sistema vicarial de responsabilidad penal de la persona colectiva, por los delitos expresamente establecidos en el art. 1°, cometidos por sus órganos, funcionarios y empleados. Al respecto, acudiremos a la clara explicación de Nieto Martín¹⁷: se debe «utilizar la teoría de la representación que desde hace siglos opera en el derecho privado. En el derecho de sociedades a las personas jurídicas les son imputables los comportamientos de sus órganos, es decir, de sus administradores, por lo que lo mismo habría que hacer en el derecho penal. Recurriendo a una imagen antropomórfica de la persona jurídica se indica que sus administradores son como su cerebro y sus manos. ...Al igual que en el derecho privado, la voluntad del órgano se traslada o –para otros- es la de la persona jurídica, en el derecho penal la acción, el dolo o la culpabilidad de la persona jurídica sería la de la persona natural que actúa como órgano de la misma. A esta forma de imputación se la llama “modelo vicarial” e implica que la persona jurídica responde automáticamente cuando un representante ha cometido un delito, en su provecho, actuando dentro del marco de sus funciones empresariales».

4. Conclusiones provisionarias

En espera que el Congreso de la Nación pronuncie su última palabra acerca del proyecto de ley sobre el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, podemos arribar a las siguientes conclusiones provisionarias respecto del texto aprobado por el Senado.

a) No resultan claros los motivos de la premura del embate reformista que se analiza en el Poder Legislativo y que tuvo origen en el proyecto elaborado en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y fue enviado al Congreso por el P.E. el 20/10/16, que postula la

¹⁶ Ob. y lug. citis.

¹⁷ *La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la L.O. 5/2010.*

sanción de una ley complementaria del Código Penal para introducir un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas por delitos de corrupción pública. Ello es así más aún si tenemos en cuenta que en el ámbito de la misma cartera ministerial se encuentra trabajando desde hace varios meses una Comisión designada por el decreto n° 103 del P.E. el 14 febrero del corriente año, integrada por prestigiosos juristas, magistrados judiciales y representantes del gobierno, a la cual se le ha fijado el plazo de un año para elevar un proyecto de reforma integral al Código Penal argentino, comisión que -según lo han explicado algunos de sus miembros en el panel que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba el día 15 de septiembre de 2017 en el marco del XVII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal y VII Jornadas Nacionales de Derecho Penal- habría llegado al consenso de la necesidad de la recodificación penal, mediante la incorporación al texto del Código de las normas de contenido penal dispersas en leyes complementarias, leyes especiales y leyes sobre diversas materias no penales.

b) La mayoría de las últimas y espasmódicas reformas, que han acentuado la alarmante pérdida de sistematicidad de la legislación penal argentina, originada en una improvisada política criminal, han tenido su origen en recomendaciones de organismos internacionales como el FMI, GAFI, OMC, OCDE, etc. En el caso del proyecto que analiza el Congreso, en el mensaje de elevación del proyecto del P.E. a la Cámara de Diputados de la Nación se expresa que propone “adaptar el sistema penal argentino en materia de delitos de corrupción contra la Administración Pública y el soborno transnacional a los estándares internacionales a los cuales la República Argentina se ha obligado al adherir a la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. Dicha convención, firmada en el ámbito de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), el 17 de diciembre de 1997, fue aprobada por el Honorable Congreso de la Nación por Ley N° 25.319 (B.O. 18/10/2000) y entró en vigor para la Argentina a partir del 9 de abril de 2001...”. En esa línea, el miembro informante del dictamen de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Senado, Dr. Ernesto Martínez, en la sesión del 20/9/17, expresó: “...Se tuvo en cuenta la media sanción de Diputados y se procuró, fundamentalmente, teniendo en consideración la opinión de los especialistas y el examen de derecho comparado, tanto de Francia, España y Chile y la opinión – esto quiero resaltarlo- de la delegación y los expertos de la OCDE que plantean como exigencia para el ingreso de nuestro país a esa entidad la existencia de una norma de este nivel, fue recogida para redactar este despacho del modo que sucintamente traté de sintetizarlo ...”. Concluyó diciendo que ello es “lo que específicamente necesita Argentina para ingresar en un organismo internacional”.

c) Concuerdo con la opinión de JAVIER AUGUSTO DE LUCA en su ponencia¹⁸ presentada en el evento científico que tuvo lugar en nuestra ciudad el mes pasado al que ya hice referencia, cuando expresó: “La situación de control mundial es aceptada por los representantes políticos y gobernantes sin tamices y así se genera un incremento de la normativa en un sinnúmero de actividades económicas y financieras. El resultado es que los Estados ya no son enteramente soberanos para decidir sobre sus políticas económicas y criminales”.

¹⁸ *Problemas contemporáneos de la delincuencia económica*, Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, “La reforma penal del nuevo milenio”, XVII Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Penal, VII Jornadas Nacionales de Derecho Penal, organizadas por el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 14 y 15 de septiembre de 2017, 3° Panel. Parte Especial, Delitos Económicos, inédita.

d) A pesar de los razonables cuestionamientos doctrinarios basados en su tensión con principios constitucionales, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en sí mismas y las sanciones aplicables a éstas, han llegado para quedarse en la legislación de los países de la órbita del Derecho continental europeo, entre los cuales nos contamos.

e) El criterio de imputación de responsabilidad penal de las personas colectivas no radica en una supuesta culpabilidad corporativa por su defecto de organización, ya que una empresa puede tener una organización defectuosa y no haber generado la comisión de delito alguno; y viceversa, puede contar con una perfecta organización que sirva de pantalla a la comisión de delitos desde el ente de existencia ideal¹⁹. Por el contrario, se trata de un “*modelo vicarial*” de imputación porque implica que la persona jurídica responde automáticamente cuando un representante suyo ha cometido un delito, en provecho de la empresa, actuando dentro del marco de sus funciones.

f) Aunque se acepte la responsabilidad penal de la persona jurídica, ella no debería agotar la responsabilidad de las personas físicas que en su función de órganos de aquélla adoptaron decisiones, aunque no estén identificados, toda vez que la responsabilidad penal del ente corporativo no es accesoria ni subsidiaria de la responsabilidad individual, sino independiente de la misma; lo que no excluye que sea complementaria y no sustitutiva de la sanción por el hecho individualmente cometido en el marco de la persona jurídica y en su beneficio. Por ello, en consonancia con numerosos autores postulamos incluir en el Código Penal la cláusula de la **actuación en lugar de otro**, para cubrir las lagunas de punibilidad en los delitos especiales propios cuando sean cometidos por las personas físicas que actúan como órganos de las personas de existencia ideal que no reúnan los requisitos específicos exigidos para ser considerados autores de esa clase de delitos.

g) Los “*programas de integridad*” (arts. 22 y 23 del proyecto aprobado por el Senado) que podrán regular las personas jurídicas y que se prevén como “*condición para poder contratar con el Estado Nacional*” (art. 24) deberían incluir la obligación de respetar los estándares internacionales de derechos humanos y, por supuesto, del Derecho Penal nacional. No sería correcto considerarlos *ab initio* –de manera simultánea con la denuncia espontánea del delito y la devolución del beneficio indebidamente obtenido, según lo dispone el art. 9° del texto proyectado- como una causal de exención de pena de la persona jurídica y menos de las personas físicas que las representan y administran, por cuanto las reglas de incriminación penal no pueden depender de normas internas de las empresas para prevenir delitos, pues ello significaría consagrar una suerte de privatización de la justicia penal²⁰. En todo caso, deberían funcionar como criterio para la atenuación de las sanciones aplicables. Frente a la designación de oficiales de control de cumplimiento de esos programas, sean externos o internos de las sociedades, cabe preguntarse: ¿quién controla a los controladores? La respuesta correcta –según el dicho popular- sería que “el zorro no puede ser dejado al cuidado del gallinero”. Por ello, es irrenunciable el control judicial para evaluar si la empresa ha implementado un “*sistema de control y supervisión adecuado*” (art. 9° inc. b), para lo cual el órgano jurisdiccional debería contar con el auxilio técnico de un equipo interdisciplinario de especialistas.

¹⁹ DE LUCA, JAVIER AUGUSTO, *Problemas contemporáneos de la delincuencia económica*, ponencia citada.

²⁰ DE LUCA, JAVIER AUGUSTO, ob. y lug. citis.