

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

Responsabilidad penal de las personas jurídicas. ¿Es necesario reformular los elementos de la teoría del delito en función del análisis de la nueva legislación?

Sebastián Francisco Russo



2018

Abogacía

Resumen

El derecho penal se montó sobre la base del pensamiento liberal y la realidad propia de la primera Revolución Industrial de finales del siglo XVIII, momento donde las relaciones se entablaban, básicamente, entre personas humanas. La resolución de los conflictos generados a partir de esas relaciones, parte de la atribución de responsabilidad penal a las personas humanas en función de los elementos de la teoría del delito: acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad.

Sin embargo, ese derecho penal –pensado esencialmente para las personas humanas- no podía responder a las situaciones de riesgo creadas a partir de nuevas realidades económicas desarrolladas por empresas, sociedades o corporaciones, con una dinámica compleja en tamaño, composición y participación en el mercado, propias de una sociedad notablemente superadora de aquella etapa industrial.

Por ello, en forma gradual, los estados modernos han considerado necesario instaurar un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas. Argentina, hizo lo propio y con la sanción de la ley 27.401, castiga penalmente a las personas jurídicas por la comisión de ciertos delitos en perjuicio de la administración pública, *lato sensu*, y por el soborno transnacional.

La norma es de alto impacto tanto en el sector empresario como en las esferas de los poderes ejecutivo y judicial por cuanto modifica el Código Penal e incorpora institutos considerados fundamentales para luchar contra la corrupción. En tal sentido, por señalar uno de los aspectos más relevantes, prevé un sistema mixto de atribución de responsabilidad penal: por un lado, la atribución dirigida a la persona jurídica como ente independiente de sus socios y, por otro, la atribución de responsabilidad tradicional a las personas físicas que la integran.

Claramente, han evolucionado las formas de hacer negocios y también han evolucionado las normas penales que regulan los posibles ilícitos en los que podrían incurrir las personas humanas y, ahora, las personas jurídicas que participan en ellos. A la luz de esas evoluciones, es dable evaluar si es necesario reformular los elementos constitutivos de la teoría del delito cuando se trata de la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Palabras claves: Responsabilidad penal, personas jurídicas, delito, acción, imputación, culpabilidad, pena, sanciones.

Abstract

Criminal law was built on the basis of liberal thinking and the reality of the first Industrial Revolution of the late eighteenth century, when relations were established, basically, between human persons. The resolution of conflicts generated from these relationships, part of the attribution of criminal responsibility to natural persons based on the elements of the theory of crime: action, criminality, unlawfulness, guilt and punishability.

However, this criminal law -thought essentially for natural persons- could not respond to risks created from new economic realities developed by companies, societies or corporations, with a complex dynamic in size, composition and market share, typical of a society notably superior to that industrial stage.

Therefore, gradually, modern states have considered necessary to establish a regime of criminal liability for legal persons. Argentina did the same and with the sanction of Law 27.401, criminally punishes legal entities for the commission of certain crimes to the detriment of public administration, *lato sensu*, and for transnational bribery.

The law is of high impact both in the business sector and in the spheres of the executive and judicial powers as it modifies the Criminal Law and incorporates institutes considered fundamental to fight against corruption. In this regard, to point one of the most relevant aspects, the law provides a mixed system of attribution of criminal responsibility: on one hand, the attribution addressed to the legal entity as an independent subject of its partners and, secondly, the attribution of traditional responsibility to the natural persons that comprise it.

Clearly, the ways of doing business have evolved and the criminal law that regulate the possible crimes that could be incurred by natural persons and, now, the legal entities that participate in them have also evolved. In light of these developments, it is possible to assess whether it is necessary to reformulate the constitutive elements of the theory of crime when it comes to the attribution of criminal liability to legal persons.

Key words: Criminal liability, legal entities, offense, attribution, guilt, pain, punishment.

Índice

Introducción	7
Capítulo I: Cuestiones generales	11
1.1. Cuestión fáctica.....	11
1.2. Cuestión legal.....	14
1.2.1 Antecedentes normativos en materia de sanción punitiva o penal a entes ideales....	14
1.2.2 Antecedentes de la ley 27.401 de responsabilidad penal empresarial.....	17
1.2.3 Aspectos relevantes de la nueva ley	18
1.3. Cuestión dogmática penal	24
1.3.1 La teoría del delito	24
1.3.2 Identificación de los elementos constitutivos de la teoría del delito	26
1.3.3 Teorías de la dogmática penal.....	28
1.3.3.1 Causalismo.....	28
1.3.3.2 Neokantismo.....	28
1.3.3.3 Finalismo.....	29
1.3.3.4 Funcionalismo.....	29
Capítulo II: Naturaleza y evolución de las personas jurídicas como sujetos del derecho penal	32
2.1. Teorías negativas.....	32
2.1.1. Teoría de los patrimonios de afectación.....	32
2.1.2. Teoría de los derechos individuales.....	33
2.1.3. Teoría de la propiedad colectiva.....	33
2.1.4. Teoría de Kelsen.....	33
2.2. Teoría de la ficción jurídica.....	34
2.3. Teorías de la realidad.....	35
2.3.1. Teoría organicista.....	36
2.3.2. Teoría de la institución.....	36
2.4. Teoría receptada en nuestro Código Civil y Comercial.....	37
2.5. Categorización conceptual de la persona jurídica.....	38
2.6. Teorías dogmáticas en torno a la responsabilidad penal de la persona jurídica.....	40
2.6.1. <i>Societas delinquere non potest</i>	40

2.6.2. <i>Societas delinquere et punire potest</i>	41
2.7. Conclusión parcial	43
Capítulo III: Evolución de los criterios de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas	45
3.1. Sistema de culpabilidad de la empresa o de responsabilidad propia.....	46
3.2. Modelo de atribución o de transferencia de la responsabilidad o vicarial.....	47
3.3. Antecedentes jurisprudenciales.....	47
3.3.1. Posiciones judiciales en contra de la responsabilidad penal empresaria.....	48
3.3.1.1. Fallo “Fly Machine”.....	48
3.3.1.2. Fallo “Penna, Alfredo J. y otros”.....	50
3.3.2. Posiciones judiciales a favor de la responsabilidad penal empresaria.....	51
3.3.2.1. Fallo “Loussinian, Eduardo y otra”.....	51
3.3.2.2. Fallo “Peugeot Citroën Argentina S.A.”.....	52
3.4. Sistema emergente de la ley n° 27.401.....	53
3.4.1. Sistema mixto.....	53
3.4.2. Importancia del programa de integridad o cumplimiento (<i>compliance</i>).....	54
3.5. Conclusión parcial	55
Capítulo IV: Tratamiento de la cuestión en el derecho comparado	57
4.1. Países que receptan el principio <i>societas delinquere non potest</i>	58
4.1.1. Alemania.....	58
4.1.2. Italia.....	58
4.1.3. Colombia.....	60
4.1.4. Brasil.....	60
4.2. Países que receptan el principio <i>societas delinquere et punire potest</i>	61
4.2.1. Estados Unidos.....	63
4.2.2. Reino Unido.....	63
4.2.3. Francia.....	64
4.2.4. España.....	65
4.2.5. Chile.....	67
4.2.6. Perú.....	68
4.3. Conclusión parcial.....	69
Capítulo V: Teoría del delito y personas jurídicas	71

5.1. Análisis de la acción.....	75
5.2. Análisis de la tipicidad	89
5.3. Análisis de la antijuridicidad.....	97
5.4. Análisis de la culpabilidad.....	100
5.5. Análisis de la punibilidad.....	105
5.5.1. Sanciones.....	112
5.5.2. Atenuantes.....	114
5.5.3. Agravantes.....	116
5.5.4. Aplicación del principio de personalidad de las penas.....	116
5.6. Conclusión parcial	120
Conclusiones	127
Bibliografía	133
Legislación	133
Doctrina	135
Jurisprudencia.....	140
Otros.....	141

INTRODUCCIÓN

La dogmática penal tradicional (Jakobs, Zaffaroni y otros) concibe a las personas jurídicas como entes incapaces de acción, de imputabilidad, de culpabilidad y de pena. La razón estriba en que los elementos de la teoría del delito solo pueden ser considerados en torno a la persona humana, con cuerpo e intelecto.

En la vereda contraria se encuentran quienes sostienen que, antes de efectuar un enfoque diferenciador apoyado sólo en los elementos de la teoría del delito, es menester evaluar la culpabilidad de la organización y, en forma más amplia, el alcance de la política criminal (Tiedemann, Bacigalupo, etc.).

La jurisprudencia de nuestro país también ha sido errática; más de una vez, se ha inclinado hacia el principio romano *societas delinquere non potest*.¹ Pero, también, ha producido fallos en sentido contrario, cuando admitió, en virtud del aforismo *societas delinquere e punire potest*, que las personas jurídicas pueden ser responsables criminalmente en algunos casos, sin perjuicio de que se castigue a una persona humana.²

Con relación a la legislación, el sistema jurídico argentino se ha conformado, a través de su historia, por distintas regulaciones o disposiciones que establecieron, de manera dispersa o atomizada, un conjunto de previsiones legales que incorporaron -en forma gradual- distintas sanciones para diferentes delitos. Específicamente, el Código Penal contempla sanciones penales por delitos contra la administración pública, aunque únicamente para las personas físicas.

Con todo ello, la sanción de la ley n° 27.401 sería una especie de certificado de defunción del principio *societas delinquere non potest* en Argentina. Dicha norma establece un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas por delitos cometidos contra la administración pública.

En efecto, se orienta a incentivar al sector privado para que implemente políticas y procedimientos internos para prevenir la corrupción, aumentar la vigilancia en el mercado y

¹C.S.J.N., “Fly Machine S.R.L. s/recurso extraordinario”, fallos 329: 1974 (2006), juez Zaffaroni, en disidencia, consid.11.

²CNAPen. Econ., Sala I, “Loussinian, Eduardo y otra”, re. 375/89 rta. 13/12/1989.

cooperar con las autoridades estatales en la detección, investigación y sanción de los actos impropios.

Ante el escenario planteado, se considera imprescindible, como objetivo general, determinar si es necesario reformular los elementos de la teoría del delito. En tal sentido, la hipótesis partirá de la actual configuración de acción -como presupuesto de hecho- para continuar con el análisis estratificado de los elementos tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Luego, con su posible consecuencia, es decir la punibilidad. Para ello, se considerarán las particulares características de las personas jurídicas y se evaluará, para cada estrato o elemento, si es necesaria su reformulación o adaptación o si el estrato de la teoría del delito se aplica plenamente, tal como sucede con las personas humanas, para la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

En función de lo expuesto, en el Capítulo I, bajo el rótulo “Cuestiones generales” se abordarán tres aspectos: la cuestión fáctica, como marco contextual o referencial acerca de las causas que derivaron en la necesidad de la ley de marras; la cuestión legal, con un esbozo de los antecedentes legales preexistentes y un esbozo del contenido de la nueva normativa, como disparador del análisis posterior y su relación con el derecho comparado y, finalmente, la cuestión dogmática penal, que brindará conceptos básicos para situar el análisis comparativo posterior con relación a la teoría del delito, sus elementos constitutivos y la visión sobre la mismos por parte de las distintas teorías o visiones sistémicas.

A continuación, en el capítulo II, denominado “Naturaleza y evolución de las personas jurídicas como sujetos del derecho penal”, se analizará la naturaleza y evolución de los entes ideales; se partirá de breves nociones relacionadas con las teorías en torno a la naturaleza jurídica de los entes ideales o morales; luego se reseñará cual es la teoría receptada en nuestro Código Civil y Comercial; se precisará la definición de persona jurídica y se efectuará una breve descripción de los antecedentes dogmáticos que son utilizados como principios para evaluar la posibilidad de que la persona jurídica sea un sujeto del derecho penal.

En el capítulo III, titulado “Evolución de los criterios de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas”, se identificarán los distintos criterios de imputación penal de las personas jurídicas. Asimismo, se reseñarán brevemente los antecedentes jurisprudenciales y ejemplos de posiciones en contra o a favor de asignar responsabilidad penal a las personas

jurídica. A continuación, se abordará el sistema de atribución de responsabilidad penal elegido por la norma argentina y la importancia de la implementación del programa de integridad (*compliance*).

El capítulo IV, desarrollará un aspecto considerado importante a raíz de la influencia que ha tenido para la reforma legislativa en Argentina. Bajo el título “Tratamiento de la cuestión en el derecho comparado”, se efectuará un paneo de las legislaciones vigentes en algunos países de América y de Europa a los fines de confrontarlas y cotejarlas entre sí y con la de nuestro país. En particular, se abordará las características de la responsabilidad penal empresaria para distinguir según se trate de países que se enrolan bajo el principio *societas delinquere non potest* o si, por el contrario, adhieren al postulado *societas delinquere et punire post*. En cada caso, se procurará identificar tres aspectos relevantes: 1) el modelo teórico de imputación penal de la responsabilidad; 2) el grado o nivel de responsabilidad de la persona jurídica y 3) la modalidad o tipo de sanciones que imponen.

Reunidos esos antecedentes, en el capítulo V, denominado “Teoría del delito y personas jurídicas”, sin perder su vinculación estrecha con los temas pertinentes a desarrollar en los capítulos I, II y III, se efectuará el análisis de cada uno de los estratos de la teoría del delito a partir de la acción como presupuesto de hecho para examinar cómo operaría la posibilidad de adjudicarle capacidad de acción, jurídicamente relevante y penalmente reprochable, a una persona de existencia ideal, en función de la nueva normativa.

Luego, de admitirse aquélla, se evaluará la procedencia de los elementos tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. En este último caso, se evaluará -como factor subjetivo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas- si es posible que una persona ideal tenga inteligencia y voluntad para atribuirle culpabilidad o si es necesario reformular este elemento.

Finalmente, como una consecuencia del avance estratificado en la teoría del delito, se estudiará la punibilidad y se precisará el alcance de la pena, como consecuencia jurídica inevitable.

Así pues, se identificarán y valorarán las distintas alternativas de sanciones que se podrían imponer a las personas jurídicas en caso de incurrir en responsabilidad penal, así como sus agravantes y atenuantes. Un tema crucial será la valoración jurídica de la aplicación del

principio de personalidad de las penas en estos específicos supuestos de responsabilidad penal en personas jurídicas.

Al final de cada capítulo se incluirá una conclusión parcial y culminará el trabajo de investigación con las conclusiones generales, cuya intención es poder dar respuesta afirmativa o negativa a la hipótesis de trabajo planteada.

CAPÍTULO I

Cuestiones generales

1.1. Cuestión fáctica

El mundo se encuentra ante un escenario global difícil, de gran inestabilidad política y económica, con incremento de tensiones producto del resurgimiento de rivalidades ideológicas y de asimetrías en el desarrollo global.

Agravan el panorama, los casos de corrupción y crimen organizado, como escenario complejo y multifacético, donde afloran denuncias y acusaciones sin cesar, que afectan la credibilidad de líderes políticos, grupos empresarios y funcionarios judiciales. Un combo que siempre produce resultados nefastos en contra de la sociedad y fundamentalmente de los más desposeídos.

Entre 2013 y 2014, la operación *Lava Jato*³ (autolavado), reveló una red de corrupción en torno a las empresas Petrobras -energética estatal de Brasil- y Odebrecht -constructora multinacional-, que dejó en evidencia el pago de sobornos a altos funcionarios y políticos para adjudicarse contratos de obras públicas.

En diciembre de 2016, Marcelo Odebrecht, presidente de Odebrecht S.A. reconoció haber pagado sobornos ante el Departamento de Justicia de Estados Unidos y accedió a pagar al menos 3.500 millones de dólares en multas. El organismo judicial norteamericano intervino en razón de que los implicados usaron el sistema bancario de Estados Unidos para efectuar el blanqueo del dinero.

Según la Justicia estadounidense, Odebrecht usó una unidad de negocios oculta, aunque totalmente operativa, que calificó como un Departamento de Sobornos, que tenía por objeto

³Se colocó el nombre del “Lava jato” a la operación en la cual se investiga el mayor caso de corrupción y lavado de dinero ocurrido en Brasil, porque las primeras pistas fueron encontradas precisamente en un puesto de Venta de Combustibles y “Lava Jato” de Automóviles, donde se suponía se estaba dando movimiento a dinero ilícito, perteneciente a una organización criminosa investigada. Posteriormente la operación avanzó hacia otras organizaciones delictivas, más el nombre de “Operación Lava jato” quedó; extraído de <http://impresorbrasiliense.com/prensa/operacion-lava-jato-el-inicio-parte-1/>.

pagar alrededor de 788 millones de dólares a oficiales corruptos a cambio de obtener participación en importantes obras de infraestructura.

Las operaciones se manifestaron en al menos 11 países de América Latina (Argentina, Brasil, Colombia, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Perú y Venezuela) y 2 países de África (Angola, Mozambique)

La maniobra es conocida como el caso más grande de sobornos de la historia en el extranjero. Directivos de la multinacional brasileña acordaron colaborar con la Justicia de los países donde admitió haber incurrido en acciones delictivas.⁴

El 21 de diciembre del 2016, el Ministerio Público de Suiza declaró, a Odebrecht S.A. y a su filial Constructora Norberto Odebrecht S.A., culpables de haber violado el derecho penal empresarial regulado por el art. 102 cpv. 2 del Código Penal.

La condena se basó en la consideración de que la empresa no había tomado todas las medidas organizativas racionales e indispensables para impedir el pago de coimas a funcionarios públicos extranjeros, según figura en el art. 322septies C del Código Penal.⁵

Lo expuesto ha colocado el tema de la delincuencia económica y la corrupción en un plano globalizado que afecta los intereses de un gran concierto de naciones. Según la Organización para las Naciones Unidas existen 193 países reconocidos como tales.⁶

No obstante, una reducida cantidad de ellos ha implementado cambios en su organización económica y en su plataforma jurídico penal a partir de la gestión de diversas organizaciones multilaterales. Podría mencionarse el GATT (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio)⁷, el GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional)⁸ y la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos).⁹

⁴<https://mundo.sputniknews.com/americalatina/201701241066433944-odebrecht-resumen-caso/>

⁵https://www.prensa.com/mundo/Suiza-condena-Odebrecht-millones-multa_0_4648785094.html

⁶ O.N.U. en <http://www.un.org/es/about-un/>

⁷ Tiene como objetivos elevar el nivel de bienestar en todo el mundo, controlar que se optimizaran y aprovecharan adecuadamente los recursos productivos y liberar el comercio internacional.

⁸ Es un organismo inter-gubernamental cuyo propósito es el desarrollo y la promoción de políticas, a nivel nacional e internacional, para combatir el Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo.

⁹Fundada en 1961, agrupa a 35 países y su misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo.

Particularmente, la OCDE, tiene como principal objetivo promover políticas públicas para mejorar el bienestar social, cooperar para responder a los desafíos económicos, sociales, medioambientales y de buen gobierno.¹⁰ La OCDE, hasta la fecha, agrupa solamente a 35 países distribuidos de la siguiente manera:

América: (4 países)
Canadá, Chile, Estados Unidos, México.
Europa: (25 países)
Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Irlanda, Letonia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Suecia, Suiza.
Asia: (4 países)
Corea, Israel, Japón, Turquía.
Oceanía: (2 países)
Australia, Nueva Zelanda.

En conjunto, los 35 países que integran la OCDE, representan el 75% de la inversión extranjera directa a nivel global y concentran el 60% del comercio y del PBI mundial.¹¹

Los números -fríos pero contundentes- le otorgan a dicho organismo, autoridad y fuerza vinculante al momento de opinar y sugerir pautas tendientes a luchar contra los delitos económicos y la corrupción. En ese sentido, exige a los distintos países mayor transparencia y la adaptación -entre otras cosas- de sus sistemas penales para combatir la corrupción.

Argentina, no está ajena a ese contexto mundial de necesidades y corrupción. Desde hace un tiempo transita un periodo de cambios, en dirección hacia una participación más efectiva en la lucha contra la corrupción y la delincuencia económica. Precisamente, en el año 1997 Argentina adhirió a la Convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.¹²

¹⁰<https://www.oecd.org/>

¹¹<http://www.telam.com.ar/notas/201803/257262>

¹²Dicha Convención fue aprobada por Ley n° 25.319 con vigencia a partir del 09/04/2001.

La OCDE le exigía a nuestro país no solo transparencia, sino adaptar el sistema penal para combatir la corrupción. Conforme sus pautas y lineamientos, el cumplimiento de ese compromiso sería evaluado por el citado organismo en marzo de 2018.

1.2. Cuestión legal

1.2.1. Antecedentes normativos en materia de sanción punitiva o penal a entes ideales

El sistema jurídico argentino ha contemplado a través de su historia distintas regulaciones o disposiciones que implican, de manera dispersa o atomizada, un conjunto de previsiones legales que incorporaron -en forma gradual- distintas sanciones para diferentes delitos.

Una de las primeras normas fue la Ley de Monopolios n° 12.906 -derogada por la ley 22.262- y hoy sustituida por la Ley de Defensa de la Competencia n° 25.156.¹³ Esta norma preveía pena de multa para reprimir maniobras cometidas y ejecutadas por quienes ocupaban una posición de influencia en el manejo del patrimonio social. En la actualidad, contempla sanciones de multas, disolución, liquidación y otras sanciones para personas físicas y de existencia ideal.

En materia de desabastecimiento¹⁴, delitos aduaneros¹⁵ y delitos cambiarios¹⁶, se regula también la responsabilidad societaria, cuando las infracciones hubieran sido cometidas en beneficio de una persona jurídica.

Idéntica previsión legal está contenida en la norma que consagra el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones¹⁷ por la falta de retención y/o de depósito de los aportes y contribuciones con destino al régimen nacional de la seguridad social.

La ley de procedimiento tributario prevé la imposición de sanciones a sociedades¹⁸ y ante el agravamiento de las infracciones tributarias se aplica el régimen penal tributario que establece sanciones penales.¹⁹

¹³Ley 25.156.-Defensa de la Competencia.

¹⁴Ley 20.680.-Abastecimiento.

¹⁵Ley 22.415.-Código Aduanero Argentino.

¹⁶Ley 19.359.-Régimen Penal Cambiario.

¹⁷Ley 24.241.-Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones.

¹⁸Ley 21.858.-Modifica la ley 11.683 de Procedimiento Tributario.

¹⁹Ley 24.769.-Régimen Penal Tributario.

Sobre el particular, el art. 14° de la ley n° 24.769 prevé en su primer párrafo que cuando alguno de los hechos previstos en esa ley hubiere sido ejecutado en nombre, con la ayuda o en beneficio de una persona de existencia ideal, una mera asociación de hecho o un ente que a pesar de no tener calidad de sujeto de derecho las normas le atribuyan condición de obligado, la pena de prisión se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios, representantes o autorizados que hubiesen intervenido en el hecho punible inclusive cuando el acto que hubiera servido de fundamento a la representación sea ineficaz.

En tanto, su segundo párrafo estipula que cuando los hechos delictivos previstos en esa ley 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:

1. Multa de dos (2) a diez (10) veces de la deuda verificada.
2. Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder los cinco (5) años.
3. Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder los cinco (5) años.
4. Cancelación de la personería, cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad.
5. Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere.
6. Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona de existencia ideal.

Agrega el penúltimo párrafo del art. 14°, que, para graduar estas sanciones, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica.

Finalmente, el último párrafo del art. 14 de la ley n° 24.769 establece que cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad o de una obra o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por el inciso 2 y el inciso 4.²⁰

Se amplía, el panorama punitivo con las sanciones previstas para los delitos contra el orden económico y financiero, entre ellos el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo al establecer que, los hechos delictivos previstos en la ley 26.683, realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente: multa, clausura de locales o establecimientos, suspensión de actividades, cancelación, entre otras.²¹

Una de las consecuencias más importantes suscitadas con la reforma de la ley 26.683 tiene relación con la figura del decomiso prevista en el artículo 23 del Código Penal. Tal medida, hasta antes de la sanción de la ley de lavado de activos, consistía en una pena accesoria que sólo se aplicaba en aquellos casos donde hubiere condena penal. Así, el decomiso, recaía sobre las cosas que habían servido para cometer el delito y sobre los bienes o ganancias que constituían su producto o provecho. Era fundamental la declaración de condena previa.

La ley 26.683 modifica el Código Penal e incorpora el decomiso definitivo y anticipado de bienes sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere podido probar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiese ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes.

Por último, se completa el esquema de sanciones con las previstas en la ley de residuos peligrosos, cuando establece, respecto de los hechos previstos en la misma, producidos por decisión de una persona jurídica, que la pena se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o, representantes de la misma que hubiesen intervenido en el hecho punible, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales que pudiesen existir.²²

²⁰El inciso 6) y los dos últimos párrafos del art. 14 fueron incorporados por el art. 13 de la Ley N° 26.735 B.O. 28/12/2011.

²¹Ley 26.683.-Reforma al Código Penal-Ley de Blanqueo de Capitales.

²²Ley 24.051.-Residuos peligrosos.

1.2.2. Antecedentes de la ley 27.401 de responsabilidad penal empresaria

El 20 de octubre de 2016 el Poder Ejecutivo presentó al Congreso de la Nación el proyecto de ley.

La Cámara de Diputados lo aprobó el 05 de julio de 2017, previa introducción de algunas modificaciones, de las que se pueden destacar las siguientes:

- el agregado de un artículo referido a la imprescriptibilidad de la acción penal en materia de delitos de corrupción –equiparándolos con delitos de lesa humanidad–, que no contemplaba el proyecto original;
- la exclusión de la solidaridad de la controlante, contemplada en el texto enviado por el P.E.N.
- la exclusión de la posibilidad de “acuerdos administrativos” que propiciaba que el Procurador General del Tesoro pudiera realizarlos con las compañías imputadas por fuera del ámbito judicial, con retroactividad a los delitos cometidos.

Desde que se remitiera al Senado de la Nación, comenzó una etapa de intensas deliberaciones y negociaciones tendientes a efectuarle nuevas modificaciones al proyecto.

Culminó esta etapa el 27 de septiembre de 2017 con la aprobación en el Senado de una nueva versión con varias reformas. Se eliminó la cláusula de la imprescriptibilidad y se excluyó a las pymes del ámbito de aplicación de la ley.

Finalmente, el 8 de noviembre de 2017 se produce la aprobación de la versión definitiva por parte de la Cámara de Diputados.

La ley fue promulgada mediante el Decreto n° 986/17 del 1 de diciembre de 2017, bajo el número 27.401²³, con vigencia a partir de los 90 días de su publicación en el Boletín Oficial, es decir, desde el 1 de marzo de 2018.

A través del Decreto n° 277/18, el Poder Ejecutivo Nacional dispuso que la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos establecerá los lineamientos y guías que resulten necesarios para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22

²³Ley de responsabilidad penal empresaria, sancionada el 8 de noviembre de 2017 y con vigencia desde el 01/03/2018.

y 23 de la ley n° 27.401. Dichos artículos versan sobre la implementación del programa de integridad y sobre su contenido, respectivamente.

1.2.3. Aspectos relevantes de la nueva ley

Han pasado más de 20 años desde el compromiso asumido con la OCDE y la sanción de la ley n° 27.401 es la respuesta formal a los lineamientos trazados por ese organismo. Pero, habrá que transitar un largo y sinuoso camino para saber si el nuevo plexo normativo es la respuesta jurídica que resuelve la problemática de corrupción y delincuencia económica en perjuicio del Estado.

Se debe aclarar que la OCDE, en su informe del año 2014, ya había señalado que existían deficiencias estructurales en el sistema judicial argentino, y enumeraba una serie de razones. Entre las más importantes señalaba:

- demoras generalizadas en las investigaciones;
- falta de proactividad de las autoridades en las investigaciones o en los procesos de búsqueda de cooperación de autoridades extranjeras;
- injerencia del Poder Ejecutivo sobre el Poder Judicial en detrimento de independencia judicial y procesal;
- alto número de cargos vacantes y jueces subrogantes;
- existencia de normas inconsistentes y complejas que obstaculizan las investigaciones.

Lo apuntado es revelador de que la solución de un problema delicado, sensible y tan arraigado como la corrupción no dependerá tan solo de una norma o de una adecuación de los elementos de la teoría del delito.

Amén de ello, los objetivos buscados con la reciente modificación del régimen penal son:

1) incentivar a las personas jurídicas a prevenir la comisión de delitos contra la administración pública, por medio de la implementación de programas de integridad, y

2) cooperar con las autoridades, de manera de coadyuvar a una mayor eficacia en la aplicación de la ley penal.

Se busca que la amenaza de sanción a las personas jurídicas y la posibilidad cierta de mitigar su responsabilidad, incentive su colaboración en la prevención y detección de los delitos contra la administración pública, y constituyan herramientas para aumentar la prevención de la corrupción y, al mismo tiempo, ayuden a robustecer la eficacia en la persecución y el castigo de los partícipes individuales.²⁴

A partir de la ley n° 27.401 existe un nuevo sujeto capaz de cometer delitos: la persona jurídica. Entonces, ya no es posible discutir en Argentina si es válido atribuirle responsabilidad penal a un ente ideal o si se aplica el principio histórico de *societas delinquere non potest*.

Antes de la norma, las personas jurídicas podían delinquir, pero no tenían consecuencia penal, salvo los casos especialmente contemplados, reseñados como antecedentes normativos de la ley n° 27.401. Con la nueva norma, aquella persona jurídica, en cuyo beneficio se cometa actos ilícitos podrá ser sometida a proceso judicial y sancionada penalmente, sin perjuicio de las sanciones que también les correspondan a las personas humanas que la integren.

La discusión doctrinaria con relación a si es posible atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas debe dar paso a nuevas discusiones.

En efecto, la realidad actual indica que ya no se trata de un problema derivado del ¿quién?, es decir, los sujetos sobre los que recaerá la responsabilidad penal. Los problemas a dilucidar tienen que ver con la interpretación y alcance que se puede realizar con respecto a los elementos de la teoría del delito.

Como se dijo, los sujetos están definidos legalmente: “...las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal...”²⁵

Para definir el alcance de la mención “personas jurídicas privadas” se recurrirá al Código Civil y Comercial (CCyCN), en cuyo artículo 148 enumera expresamente:

- Las sociedades;
- Las asociaciones civiles;
- Las simples asociaciones;

²⁴Proyecto de ley de responsabilidad penal empresaria enviado por el Poder Ejecutivo Nacional al Honorable Congreso de la Nación el 20/10/2016.

²⁵Ley n° 27.401, art. 1.

- Las fundaciones;
- Las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas;
- Las mutuales;
- Las cooperativas;
- El consorcio de propiedad horizontal:
- Toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.

Tampoco constituye un problema mayor saber el ¿qué?, pues los delitos que se le pueden imputar a las personas jurídicas están contemplados en el propio art. 1 del texto legal, en virtud del cual se establece la responsabilidad penal empresaria por los siguientes delitos:

- Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, previstos por los artículos 258 y 258 bis del Código Penal;
- Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previstas por el artículo 265 del Código Penal;
- Concusión, prevista por el artículo 268 del Código Penal;
- Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previsto por los artículos 268 (1) y (2) del Código Penal;
- Balances e informes falsos agravados, previsto por el artículo 300 bis del Código Penal.

En este punto es necesario aclarar algunas cuestiones respecto de la ley bajo análisis. Se aplica a:

- Las personas jurídicas que contratan con el Estado y en ese marco de relación cometen delitos a través de la autoridad estatal, nacional, provincial o municipal, y provocan perjuicio a dichas administraciones públicas.
- Las personas jurídicas, aunque no contraten con el Estado, lato sensu, pero obtengan algún beneficio ilegal de parte del Estado, a través de algún funcionario público.
- Las personas jurídicas, si el que actuó fue un tercero ajeno a ella –por ejemplo, un gestor– que la benefició con su obrar ilícito y aquéllas aceptaron dicha gestión.

- Las personas jurídicas, aun cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que haya intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no puede haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica.
- Las personas jurídicas resultantes, absorbentes, continuadoras o sucesoras, en los casos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria, cuando la persona jurídica predecesora o antecesora sea responsable bajo los términos de la ley n° 27.401 (responsabilidad penal sucesiva).

Si una persona humana actuara en beneficio propio, sin beneficio para la persona jurídica, ésta no será responsable.

En definitiva, la ley establece tres tipos de responsabilidad penal:

1. Acumulativa: la de la persona jurídica y la de la persona humana, ya que no excluye la responsabilidad de la persona humana que haya intervenido (como autor o cómplice).
2. Condicional: porque requiere que la infracción haya sido cometida en beneficio de la persona jurídica y por personas humanas. Si no hay beneficio para la persona jurídica no hay delito.
3. Especial: porque rige solo para los casos expresamente contemplados en la norma legal.

Otro aspecto legislado y que no se puede dejar de mencionar, a los fines del análisis posterior sobreviniente, es el referido a las sanciones previstas para los casos de incumplimiento. En tal sentido, en el artículo 7 de la ley se prevén las siguientes penas aplicables a las personas jurídicas:

1. Multa de dos (2) a cinco (5) veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener. (Si bien el Código Penal realiza precisiones respecto de la pena de multa, dichas disposiciones no son aplicables a las personas jurídicas).²⁶

²⁶ El artículo 64 del Código Penal establece: “La acción penal por delito reprimido con multa se extinguirá en cualquier estado de la instrucción y mientras no se haya iniciado el juicio, por el pago voluntario del mínimo de la multa correspondiente y la reparación de los daños causados por el delito.”

2. Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años;
3. Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años;
4. Disolución y liquidación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad;
5. Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere;
6. Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

Complementariamente, se ha previsto el decomiso de los bienes o ganancias que sean producto o provecho del delito, en cuyo caso la ley prevé que serán aplicables las normas establecidas en el Código Penal, en función de la reforma producida al mismo en 2011, por aplicación de la ley n° 26.683 de lavado de activos, mediante la cual se incorpora el decomiso anticipado de bienes sin el requisito previo de condena. No obstante, en el caso de las personas jurídicas a las que se les impute responsabilidad penal, previamente deberá obtenerse sentencia condenatoria.²⁷

Se admite la graduación de las penas. El agravante operará si la persona jurídica incurre en incumplimiento de reglas y procedimientos internos. Dependerá también de otros factores tales como: la cantidad y jerarquía de los funcionarios, de los empleados y colaboradores involucrados en el delito; de la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes; de la extensión del daño causado; del monto de dinero involucrado en la comisión del delito; del tamaño, naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica; de la existencia de denuncia espontánea a las autoridades por parte de aquella como consecuencia de una actividad de detección o investigación interna.

Por su parte, la eximición o atenuantes de la pena requerirá que la persona jurídica realice alguna de las siguientes actividades: que denuncie el delito, advertido por su propia

²⁷Código Penal, artículo 23: "...en el caso de los delitos previstos en el artículo 213 ter y quater y en el título XIII del libro segundo "serán decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere podido probar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiese ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes".

investigación interna; que devuelva los beneficios obtenidos y que implemente un programa de integridad destinado a prevenir, detectar y corregir actos ilícitos de corrupción.

El programa aludido deberá incluir el desarrollo de un código de conducta, necesario para la obtención de concesiones de servicios públicos y contrataciones con el Estado que por su monto requieran aprobación ministerial.

También se establece la posibilidad de celebrar un acuerdo de colaboración eficaz entre la persona jurídica y el fiscal interviniente a los fines de dar información relevante. En caso de ser aceptado por el juez de la causa se podrán reducir las consecuencias legales de la sanción.

Hasta aquí pareciera estar todo claro. Sin embargo, la realidad y la experiencia indican que no será tan fácil atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica. Habrá que evaluar si dicha responsabilidad es directa o indirecta. Existirán situaciones donde no será menor el problema de apreciar dónde termina la acción de uno (sujeto individuo) y dónde comienza la acción del otro (sujeto colectivo).

Este trabajo pretende evaluar las consecuencias de que la persona jurídica pueda cometer ilícitos penales, bien sea porque sus actos constituyen acción -en sentido jurídico penal- o porque se trate de sujetos de derecho que pueden ser imputables por ser responsables de un delito.

La evaluación de la necesidad de reformulación de las categorías jurídicas (acción, culpabilidad y pena), diseñadas hasta ahora únicamente para la responsabilidad individual, se complementa con el análisis de las ventajas del nuevo instituto, sus eventuales riesgos y los posibles escollos que pudiera presentar su aplicación.

1.3. Cuestión dogmática penal

1.3.1. La teoría del delito

Antes de hablar de teoría del delito conviene refrescar el concepto de delito. En general, la dogmática penal define al delito como una conducta típica, antijurídica y culpable. (Núñez, 1999, p. 104).

El delito es una conducta (sustantivo) humana, típica, antijurídica y culpable (adjetivos). Si una conducta no genera conflicto no habría delito porque no hay nadie o nada lesionado (pragma conflictivo).

El pragma conflictivo es un supuesto de hecho. Es un supuesto de hecho legal cuando la ley así lo dice, incluyéndolo entre los tipos penales del código penal. Es un supuesto de hecho fáctico cuando es el hecho en sí, producido por el sujeto.

Cuando se compara el supuesto de hecho fáctico con el supuesto de hecho legal se puede deducir si la conducta se adecua al tipo; es decir, se puede calificar la conducta como típica o atípica. Será típica si la conducta es violatoria de una norma que se deduce del tipo (se cumple el tipo, por eso se viola norma). Será atípica si la conducta desplegada no forma parte de los tipos penales. (Zaffaroni, 1991, pág. 331)

Zaffaroni enseña que la teoría del delito se sostiene en fundamentos teóricos que le permiten desarrollarse en el campo práctico, al determinar con precisión si existen o no elementos constitutivos del tipo penal en los comportamientos humanos gestados en la sociedad.

Textualmente sostiene que *“la teoría del delito atiende al cumplimiento de un cometido esencialmente práctico, consistente en la facilitación de la averiguación de la presencia o ausencia del delito en cada caso concreto.”*

La teoría del delito es una parte esencial del sistema penal que tiene por misión adjudicar responsabilidad penal a un sujeto por un hecho determinado.

Rusconi (2003)²⁸ señala que es un sistema racional de resolución de casos y asegura que las decisiones acerca de la responsabilidad de una persona, no sea intuitiva, prejuiciosa o arbitraria sino racional, fundamentada y controlable. La racionalidad permite establecer un estándar argumental, es decir, no aplicar soluciones distintas a casos similares. Es fundamentada porque se debe lograr la argumentación razonada que paralelamente habilita el ulterior control de la decisión.

²⁸ Rusconi, M. (2016) Derecho penal. Parte general. Buenos Aires. Ed. Ad. Hoc. Pág. 178.

Es un instrumento idóneo y pragmático que permite ofrecer un camino o guía para la resolución de un caso. La reglamentación ordenada sistemáticamente de los obstáculos constitucionales para aplicar una pena de modo legítimo.

En efecto, detrás de la teoría del delito, existe un conjunto de garantías constitucionales que deben ser respetadas pues prevalecen como obstáculos antes de decidir la aplicación de una pena.

Nuestra Constitución Nacional prevé en la primera parte de su artículo 18: “*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*”.²⁹

De ese postulado se desprenden dos principios fundamentales; por un lado, el principio de culpabilidad: *nulla poena sine culpa*, es decir, nadie puede ser penado sin culpa previa. Por otro lado, emerge también el principio de legalidad: nadie puede ser procesado ni juzgado por causa o hecho anterior al hecho cometido *nulla poena, nullum crimen, sine praevia lege poenali*. No hay pena, no hay crimen, sin una ley penal previa.

Nadie puede ser castigado por los pensamientos, ni por elecciones personales de vida, ni por religión, tiene que existir un comportamiento exterior evitable, una acción, un acto exteriorizado. El artículo 19 de la Constitución Nacional contiene el principio de acto o de lesividad:

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.³⁰

Otro principio es el de proporcionalidad: la pena debe ser graduada conforme a la gravedad del ilícito.

²⁹Constitución Nacional, artículo 18

³⁰Constitución Nacional, artículo 19

En definitiva, la teoría del delito representa un concepto analítico mediante la cual es posible efectuar el análisis estratificado de cada uno de los elementos constitutivos de un delito para determinar el derecho aplicable al caso.

Ergo, a partir de la estratificación en distintos niveles o elementos que deriva de la aplicación de la teoría del delito, se debe analizar si la conducta reprochada puede ser encuadrada en la figura específica contenida de manera general y formal en la norma.

1.3.2. Identificación de los elementos constitutivos de la teoría del delito

En un principio se consideraba la existencia de una teoría del delito hepta atómica conformada por los siguientes siete elementos:

1. Conducta
2. Tipicidad
3. Antijuridicidad
4. Imputabilidad
5. Culpabilidad
6. Condiciones objetivas
7. Punibilidad

Esta teoría evoluciona hasta acomodar algunos elementos. El primero es la conducta, a la que se deja de considerar un elemento y comienza a ser ponderada como un concepto base, a partir de la cual va a ser tomada como base o punto de partida para analizar si se verifican los demás elementos. Al decir del Dr. Zaffaroni, se sostiene como el sustantivo sobre el cual se construyen todos los demás adjetivos.

Así quedan seis elementos y nace la concepción de teoría del delito hexa atómica. Luego se discute si es elemento la imputabilidad. Es elemento como un estrato más o es un presupuesto necesario para acreditar la culpabilidad: capacidad de entender y de querer una conducta delictiva. A partir de esto, podría no ser entonces un elemento del delito sino un elemento de la culpabilidad, es decir un sub elemento. Al quedar cinco elementos se llamará concepción penta atómica.

Luego se reestructura el elemento “condiciones objetivas”. Van a ser consideradas como elementos concretos, objetivos, tangibles o materiales que se requieren en una conducta delictiva para que se pueda aplicar alguna pena y no un elemento. Así se llega a la concepción tetra atómica.

Finalmente, respecto de la punibilidad, dado que tiene que ver con las penas, no va a ser considerado parte del delito como elemento sino una consecuencia del delito. Por tanto, también se quitará de la estratificación y se llamará teoría tri atómica porque solo englobará a tres elementos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Como se puede apreciar, no es posible analizar ningún elemento si no se parte del análisis de la conducta o acción o el “pragma³¹ conflictivo de hecho”, por lo que se considerarán como estratos los siguientes: (Zaffaroni, 1991, pág. 331 y ss.)

1. Acción o conducta o “pragma conflictivo de hecho”
2. Tipicidad o “pragma de derecho”
3. Antijuridicidad
4. Culpabilidad

Cuando de personas humanas se trata, se estudian los elementos comunes que debe tener su comportamiento para ser considerado un hecho punible.

Esos caracteres se erigen como el objeto de la teoría del hecho punible o, más puramente, de la Teoría del delito.

Por cuestiones metodológicas y de exposición la definición de cada uno se exhibirá al abordar el punto sub siguiente.

1.3.3. Teorías de la dogmática penal

1.3.3.1. Causalismo

³¹Pragma, viene de la palabra alemana *tatbestand* que significa supuesto de hecho, y admite dos acepciones: a) supuesto de hecho fáctico (acontecimiento particular y concreto que se da en la vida y en el mundo) y b) el supuesto de hecho legal (modelo general y abstracto que la ley crea para su señalización). El supuesto de hecho legal es la norma o tipo, la descripción hipotética de la conducta y el supuesto de hecho fáctico es la acción como tal que tiene ocurrencia en el mundo fáctico. la acción de matar y el tipo penal del homicidio. En italiano se dice *fattispecie*, y en castellano se denomina tipo, en el que se involucra lo general y lo abstracto.

Es una concepción clásica en la que predominan aspectos naturalísticos porque construye un sistema de derecho penal con base en las ciencias de la naturaleza.

Se elaboró en Alemania entre 1880 y 1930 y fueron sus representantes más destacados Von Liszt, Beling y Binding. Sus seguidores en Argentina son Soler y Núñez.

Para esta tesis se daba preeminencia al resultado, por lo que se la identificó como enfoque de análisis en el “desvalor del resultado”. Entendía por injusto la causación de un resultado prohibido. Sostenía Binding que *“las prohibiciones mandan no causar; en cambio, los mandatos ordenan lo contrario: que se cause”*.

El injusto se limitó al marco de los factores externos del hecho. La culpabilidad se edificó sobre la base de todos los elementos subjetivos que vinculaban al autor con el hecho punible.

La imputabilidad era el presupuesto de la culpabilidad, del mismo modo que el dolo y la culpa eran concebidos como formas de culpabilidad. De ahí que sea conocido como concepto psicológico de la culpabilidad.

1.3.3.2. Neokantismo

Hacia comienzos del siglo XX se produce un retorno al pensamiento de Kant. A los postulados del causalismo se incorporan principios filosóficos (valorativos y teleológicos), que forman la teoría neoclásica, integrada por los denominados neokantianos.

Con esta tesis, la acción deja de ser natural y se inspira en sentido normativo y si bien comienza a comprenderse la omisión no resulta del todo satisfecha la postura en ese sentido.

Fueron exponentes de esta visión Mezger y Goldschmit y en Argentina Jiménez de Asúa y Frías Caballero entre otros.

1.3.3.3. Finalismo

El sistema de la acción finalista fue fundado por Hans Welzel (1904-1979)¹ a la edad de 27 años, en Alemania alrededor de 1930 y perduró con supremacía hasta 1970, con gran impacto e influencia en el extranjero.

A diferencia del causalismo, no fundamenta el injusto penal en la causalidad, sino en la acción final del ser humano. Para esta tesis, el concepto de finalidad se refiere a la capacidad del ser humano para dirigir los cursos causales hacia un fin específico.

Sus seguidores ven el núcleo del injusto penal en la finalidad de la acción humana. Así un homicidio no lo comete quien causa la muerte de otra persona, sino quien dirige su acción hacia la producción de ese resultado.

Como el hombre siempre tiene el propósito de perseguir fines, Welzel perpetuaría la frase: *"la acción en el causalismo es ciega, en el finalismo es vidente"*.

Por ende, al finalismo le importaba centrarse en esa acción mala, con tendencia al menoscabo de bienes jurídicamente protegidos, demostrativa que la vida y o el bien ajeno, no le interesa. A esto Welzel lo denominó el "desvalor de la acción".

En consecuencia, el dolo, que para la teoría causalista era el elemento central de la culpabilidad, debe pasar a formar parte del núcleo del injusto y, desde entonces, fue inconcebible aceptar un concepto psicológico de la culpabilidad como en el causalismo.

En tanto, la culpabilidad era entendida como reprochabilidad, al denotar que un hecho era penalmente relevante, cuando se le podía reprochar al autor del mismo. Este es el conocido como concepto normativo o valorativo de la culpabilidad.

El representante destacado en la Argentina de esta tesis es el Dr. Zaffaroni.

1.3.3.4. Funcionalismo

También es conocida como teoría de la acción social. Sus representantes más destacados son pensadores como Jescheck, Wessels, Kaufmann Arthur, Roxin, Jakobs, entre otros.

Para esta posición sistémica, la acción será una conducta humana socialmente relevante dominada por la voluntad o que ésta puede dominar.

Su manifestación teórica más importante se expone en la década del 70 con el aporte de Claus Roxin a través de su obra "Política criminal y sistema del Derecho Penal". Allí plantea que las finalidades rectoras de un sistema penal sólo pueden ser de tipo político criminal, por

cuanto los elementos de la teoría del delito se hallan orientados hacia los fines del derecho penal.

Roxin cita a von Liszt al decir: *“El derecho penal es la infranqueable barrera de la política criminal”*. Justamente esa frase es la que discute y rebate pues se contrapone a su idea de penetración de la política criminal en el ámbito jurídico de la ciencia del derecho penal.

Expande las estructuras de la teoría del delito al sumar a la culpabilidad cuestiones de política criminal" y forma la categoría que llamará responsabilidad, en lugar de culpabilidad. Ello implica reestructurar la categoría responsabilidad desde el punto de vista de la teoría de los fines de la pena y también reciclar la teoría de la imputación objetiva.

Expresa Roxin: *“El derecho penal es más bien la forma en la que las finalidades político–criminales se transforman en módulos de vigencia jurídica”*.

Con el aporte de Roxin se enriquece el concepto de culpabilidad con finalidades preventivas. Sin embargo, al asumir una posición mucho más radical, Jakobs se encamina hacia el endurecimiento de penas, al entender que el derecho penal lo que hace es proteger la vigencia de la norma y no bienes jurídicos.

Roxin describe su posición de esta manera:

Causalismo y finalismo coinciden, a pesar de todas sus diferencias, en construir el sistema con base en datos derivados del *Ser* (la causalidad o la conducción de la acción). El sistema de la teoría del delito desarrollado por mí, transita por una vía muy diferente: se fundamenta en la función social, en el fin (la misión) del derecho penal y de la pena, y construye el sistema basándolo en las decisiones valorativas y político-criminales que se ubican detrás de estos fines. Para referimos a ella, podemos llamarla una construcción sistemática racional-final o funcional. Su idea fundamental es que la estructura del injusto se construye de acuerdo con la función que tiene encomendada el derecho penal; por el contrario, la culpabilidad (a la cual denomino “responsabilidad”), se edifica con base en el fin de la pena.

Por su parte Jakobs reseña su posición de la siguiente manera:

El mundo social no está ordenado de manera cognitiva, sobre la base de relaciones de causalidad, sino de modo normativo, sobre la base de competencias y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto... de allí que lo importante sea delimitar comportamientos

socialmente inadecuados o socialmente adecuados...por eso el riesgo social aceptado excluye el tipo". En esta inteligencia se advierte que al derecho penal no le interesa "un hombre muerto... o un vidrio roto" esto también podría pasar por una catástrofe o cualquier hecho de la naturaleza, sólo se fijará el derecho en conductas humanas que con sentido produzcan ese resultado que pudieron evitar. En la idea jakobsiana "las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la sociedad y el Estado.

El doctrinario argentino que sigue esta tesis es el Dr. Righi.

CAPÍTULO II

Naturaleza y evolución de las personas jurídicas como sujetos del derecho penal.

La evolución de las diversas modalidades delictivas que se conocen, más las relativamente recientes figuras complejas derivadas del accionar criminal en materia de delitos económicos, han influido para que nazca la persona jurídica como nuevo tipo de sujeto, capaz de incurrir en actos delictivos.

En tal sentido cabe preguntarse: ¿Qué naturaleza jurídica tiene ese ente ideal? Al respecto, existen muchas teorías, algunas, negativas o negatorias, porque niegan directamente todo tipo de existencia real de los entes morales; otras, positivas, porque admiten su existencia, aunque con diferentes matices, tal como se verá a continuación.

2.1. Teorías negativas

La mención de las teorías que niegan la existencia de la persona jurídica tiene un interés netamente histórico, debido a que la realidad de las personas jurídicas se encuentra hoy plenamente consagrada.

Para esta posición, se parte de la premisa de considerar, tanto en el derecho como en la vida física, que no hay más personas que los seres humanos. Entonces, niegan en absoluto la existencia de la persona jurídica. La única persona real es el hombre.

Para Ihering, el derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido y, por lo tanto, el sujeto de derecho es el ser dotado de aptitud para gozar o aprovechar las ventajas que el derecho supone. La persona jurídica, al no ser la destinataria de los derechos, no es sujeto de derecho. Los sujetos de derecho son siempre las personas físicas. La persona jurídica no es verdaderamente una persona. (Ihering, 1964, p. 181)

Se admite la subclasificación siguiente:

2.1.1. Teoría de los patrimonios de afectación:

Uno de sus referentes es Birnz quien negó no solo la existencia de la persona jurídica como sujeto de derecho, sino que el derecho deba recurrir al uso de una artificialidad. Para el,

las personas jurídicas no son otra cosa que patrimonios sin sujetos. Asimismo, el patrimonio tenía por destino servir a un fin.

En definitiva, lo que hay detrás de la persona jurídica es solo un conjunto de bienes, los que constituye su patrimonio y es eso lo que se afecta. Esos bienes se pueden destinar al logro de fines individuales (propios) o al cumplimiento de fines colectivos (terceros). En este último caso, la persona jurídica se reconoce en el patrimonio afectado al cumplimiento de sus fines colectivos.

2.1.2. Teoría de los derechos individuales:

Al no ser titular de derechos la persona jurídica y al considerar que los únicos titulares de derechos subjetivos son sus miembros, niega todo tipo de personalidad individual a la persona jurídica.

Los integrantes del ente son los únicos que gozan o sufren las ventajas o desventajas, respectivamente, de la actividad de la persona jurídica.

2.1.3. Teoría de la propiedad colectiva:

Planiol, acentúa también el aspecto patrimonial, y considera a la persona jurídica como una forma de propiedad colectiva, sin llegar a ser sujeto de derecho.

La persona jurídica es un sujeto tras el que se ocultan los verdaderos titulares del patrimonio. Es un sujeto aparente porque tiene un ropaje que se ve, pero cubre al verdadero dueño que es el individuo que la integra.

En consecuencia, la persona ideal es una propiedad colectiva, detrás de la cual se oculta la propiedad individual de sus miembros.

2.1.4. Teoría de Kelsen:

Las personas son construcciones del derecho objetivo a las cuales éste les atribuye un conjunto de derechos y obligaciones, sean físicas o jurídicas.

La persona, tanto física como jurídica, son para Kelsen tan sólo un ente espectral, *"una expresión unitaria personificadora para un haz de deberes y facultades jurídicas, es decir, para un complejo de normas"*.

Para Kelsen, tanto la persona física o natural como la persona jurídica o colectiva participan de la misma estructura formal en cuanto ambas personas resultan ser tan sólo, "la unidad de un conjunto de normas".

Los dos conceptos, el de persona física (humana) y el de persona jurídica, son para Kelsen tan sólo construcciones auxiliares de la ciencia jurídica, la personificación de un conjunto de normas jurídicas, de obligaciones y autorizaciones. Si alguna diferencia existe entre ambas ella radica, según Kelsen, en la división de funciones. Estas funciones se ponen de manifiesto en lo que Kelsen designa como orden jurídico total y orden jurídico parcial.

2.2. Teoría de la ficción jurídica

Según dice De Castro (1991)³² *"aunque la expresión "ficticia" suscita la idea de falsa, mentido o irreal, este sentido solo minoritariamente se ha atribuido a la persona jurídica"*.

Un antecedente de la teoría ficta se remonta al derecho canónico y se atribuye al canonista Sinibaldo De Fieschi (devenido luego Papa Inocencio IV) la idea de persona ficta. Su finalidad era que el castigo que se imponía a las ciudades o estados derrotados no afectase directamente a sus ciudadanos.

En 1789 se produce la Revolución Francesa y con ella se enarbolan las banderas de la libertad (*liberté*), igualdad (*égalité*) y la fraternidad (*fraternité*).

Sin embargo, se suprimen las personas de manos muertas³³, a las que se les confiscan sus bienes que pasan al Estado. A partir de entonces, la personalidad jurídica se convierte en un privilegio que se concede por la autoridad real a las asociaciones que esa misma autoridad considere dignas de obtenerla. Ergo, la persona jurídica es una construcción del Estado, una

³²De Castro y Bravo, F. (1991). *La persona jurídica*. Madrid. Ed. Civitas 2ª ed. Reimpresión, pág. 137.

³³ Las propiedades de "manos muertas" eran aquellas que, en virtud de las condiciones del legado o por las reglas de institución de su dominio, no se podían vender, permutar o transferir en forma alguna. Era habitual que tampoco pudieran estar gravadas por tributos, extraído de <http://diccionario.leyderecho.org/manos-muertas/>. El origen de esas propiedades está en la cesión o legado hereditario de un benefactor ya muerto (de ahí el nombre de "manos muertas") cuya voluntad prevalece.

creación artificial y ficticia de la ley. La autoridad crea y destruye a su arbitrio tales personas y así se justifican las confiscaciones de las corporaciones religiosas realizadas por la Revolución Francesa.

Sobre tal idea se asienta el pensamiento que desarrollaría luego Savigny, conforme lo esboza respetada doctrina.³⁴ Según la teoría de la ficción jurídica, el hombre es el único sujeto de derecho, por lo que la persona jurídica no tiene existencia real, sino que se trata de una ficción creada y utilizada por el Derecho para resolver la necesidad práctica de que las colectividades actúen en el tráfico jurídico.

Savigny sostiene que las personas jurídicas son seres ficticios y con capacidad artificial que pueden ser de dos clases: una con una existencia necesaria (las ciudades, el Estado, etc.) y otras, con una existencia posible (las corporaciones y las fundaciones) que requieren autorización del Estado para funcionar.

2.3. Teorías de la realidad

Gierke sostiene que el ordenamiento jurídico no crea un ente, sino que se limita a su simple reconocimiento. De ahí que su teoría es también conocida, indistintamente, bajo las denominaciones de orgánica, antropomórfica o de la realidad. (Bacigalupo, 1997, p. 50)

Tanto el hombre (persona humana) como el ente colectivo (integrado por personas humanas) pueden tener capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones. Desde esta perspectiva, no existe ningún tipo de obstáculo que impida llevar a cabo esta equiparación.

La conceptualización expuesta por Otto Von Gierke, establece:

La persona corporativa es una persona real formada por seres humanos reunidos y organizados para la consecución de fines que traspasan la esfera de los intereses individuales mediante una común y única fuerza de voluntad y de acción, que no es una simple suma de voluntades humanas, sino, por el contrario, una voluntad nueva y superior. Así, la persona

³⁴De Castro y Bravo, F. (1991) "La persona jurídica" Ed. Civitas 2ª ed. Reimpresión. Madrid. p.137.

jurídica encarna una individualidad propia, no accesoria de sus integrantes humanos, que manifiesta su voluntad colectiva o social a través de sus órganos.”³⁵

En esta corriente de pensamiento jurídico se les otorga identidad a las personas jurídicas, revistiéndolas de una individualidad que les permite ejercer plenamente sus derechos y actuar de manera autónoma en el beneficio propio y de sus intereses.

Este presupuesto teórico se manifiesta en otras dos opciones:

2.3.1. Teoría organicista:

Para esta teoría los entes ideales son verdaderas realidades, dotadas de voluntad propia. No son, por lo tanto, seres ficticios creados por el estado.

La persona jurídica es una persona efectiva y completa, como la persona natural individual. Al ser un conjunto de voluntades, su alma está en la voluntad común. Su cuerpo no es el de cada uno sino el del organismo como núcleo asociativo. Su comportamiento se manifiesta en las acciones y gestiones llevadas a cabo conforme la potestad y el mandato social, por lo cual son capaces de ser sujetos de Derecho.

Ergo, el ordenamiento jurídico no produce un reconocimiento constitutivo de su personalidad sino declarativo, y en esa declaración el reconocimiento de capacidad jurídica.

2.3.2. Teoría de la institución:

Ferrara es el responsable de esta teoría y, es tal vez, la más aceptada, por la doctrina actual, aunque con matices y salvedades. Según este doctrinario las personas jurídicas son otras asociaciones o instituciones formadas por los sujetos de derecho para la consecución de un fin. Como tales son reconocidas por el orden jurídico como sujetos de derechos independientes de sus mismos fundadores.

³⁵Bacigalupo, S. (1997). *La Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un estudio sobre el sujeto del derecho penal*. Tesis, presentada por la licenciada Silvina Bacigalupo Saggese, para la obtención del grado de Doctora bajo la dirección del Dr. D, Gonzalo Rodríguez Mourullóu, Catedrático de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, p. 50 y sstes.

En consecuencia, la ley crea o autoriza la creación de tales instituciones para el cumplimiento de fines específicos que son los que delimitan su capacidad, es decir, la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones.

La institución es definida como un organismo que tiene fines y medios superiores en poder y en duración a los sujetos que la integran. La realidad social, demuestra el interés que tienen las personas físicas en satisfacer sus necesidades. Por dicha circunstancia abandonan el aislamiento y se asocian de manera voluntaria.

2.4. Teoría receptada en nuestro Código Civil y Comercial

El nuevo C.C. y C.N. prevé la adopción de la teoría normativista, pues se concibe a la persona jurídica como *“un recurso técnico con el cual el ordenamiento jurídico inviste a ciertos grupos de personas o establecimientos que desean participar en el tráfico jurídico.”*³⁶

Como consecuencia de ello, la personalidad jurídica no es un atributo que el legislador reconozca como inherente y necesario a ciertos entes colectivos tal como sostienen los partidarios de las teorías realistas, sino que especialmente le confiere cuando advierte en dichos entes cierta utilidad social.

Como se verá luego, el nuevo Código Civil y Comercial en su art. 141° define como persona jurídica a *“todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones”*.

Esa característica la distingue sustancialmente de la persona humana, ya que ésta preexiste a la norma legal. Cualquier limitación a su capacidad constituirá una excepción. En cambio, sucede todo lo contrario con la persona jurídica, cuya aptitud le es conferida para adquirir derechos y contraer obligaciones y se encuentra limitada al cumplimiento de su objeto y los fines de su creación.

Asimismo, reconocida doctrina señala que esta “limitación”, referida a que la capacidad de la persona jurídica está enderezada a su objeto y a los fines de su creación, constituye el principio de “especialidad”, lo cual permite afirmar que la personalidad ostentada por las personas jurídicas es plena y, verdaderamente, puede realizar todo tipo de actos sin limitaciones

³⁶Código Civil y Comercial de la Nación, ley n° 26.994, comentario al art. 141 por Julio César Rivera.

de ninguna especie. En consecuencia, la actuación en el ámbito de su objeto y fines de la creación no es un tema que afecte la capacidad del ente, sino que hace la imputabilidad de los actos. (Vítolo, 2007, pág. 91)

En los Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial, se expresa que *"la personalidad es conferida por el legislador como un recurso técnico según variables circunstancias de conveniencia o necesidad que inspiran la política legislativa..."*.

La personalidad jurídica es la síntesis de las funciones jurídicas imputadas por la norma a un sujeto "ideal" construido, fingido, consistente en ese común ideal de imputación y no a sus integrantes u hombres que la realizan.

Respecto de las personas jurídicas el Código Civil y Comercial adopta una posición normativista porque se sustenta en Kelsen, para quién la persona jurídica es un concepto auxiliar al que el orden jurídico confiere deberes y derechos para que actúe en el mundo de la realidad integrado por las personas humanas como únicos sujetos de derecho.

En definitiva, la persona jurídica es un centro de imputación diferenciado de derechos y obligaciones.

2.5. Categorización conceptual de la persona jurídica

Nuestro Código Civil y Comercial establece en su artículo 141 la definición de persona jurídica: *"Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y a los fines de su creación"*.³⁷

El primer aspecto a señalar, es que la persona jurídica, a diferencia de lo que ocurría con el Código Civil de Vélez Sarsfield, posee ahora una definición puntual y específica. No es por oposición a lo que se consideraba persona física.

La última cuestión a resaltar es que cuando la definición se refiere a "todos los entes", no genera dudas ni confusión con los entes "humanos", pues estos últimos la personalidad jurídica

³⁷Código Civil y Comercial de la Nación, ley n° 26.994.

sí les es reconocida como preexistente y plena por el ordenamiento legal; cualquier limitación a su capacidad de derecho será solo una excepción.

Exactamente lo contrario ocurre con las personas jurídicas, a quienes la aptitud que se les confiere para adquirir derechos y contraer obligaciones está limitada al "cumplimiento de su objeto y los fines de su creación".³⁸

Las razones para que exista una categoría de sujeto denominada "persona jurídica" podrían ser resumidas en las siguientes:

1. Existe un interés colectivo diferente al interés propio.
2. Determinados emprendimientos trascienden la vida natural de las personas. Una persona jurídica puede tener una duración mínima de 20 años y prorrogar *sine die* su existencia.
3. Posee una personalidad propia, diferenciada, separada de la personalidad de los sujetos que la componen.
4. Determinadas actividades o proyectos requieren una inversión económica significativamente superior a la que puede afrontar una sola persona. El capital o esfuerzo económico a realizar se reparte entre muchos interesados.

El nuevo ordenamiento se mantiene en la doctrina clásica, al reconocer la fuerza del acuerdo de voluntades para la creación de la persona jurídica. Así, el art. 142 señala que: "La existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución. No necesita autorización legal para funcionar, excepto disposición legal en contrario. En los casos en que se requiere autorización estatal, la persona jurídica no puede funcionar antes de obtenerla". Los redactores del Anteproyecto de CCC manifiestan en los Fundamentos que la fuerza jurígena de la voluntad en la creación de las personas jurídicas privadas -dentro del marco de las formas admitidas- lleva a adoptar como principio que, excepto disposición en contrario, la personalidad jurídica nace con el acuerdo de voluntades.

³⁸Ibídem anterior

Existe una cuestión que resulta de interés esbozar relacionada con la distinción que la ley realiza respecto de la persona jurídica y sus socios o asociados, según el caso. El art. 143 del Código Civil y Comercial dispone:

La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial.

En función de ello, cuando se habla de persona jurídica se hace referencia a un ente distinto a los socios con capacidad jurídica plena para adquirir compromisos propios frente a los terceros y, por ello, determina un centro de imputación diferenciada diverso del patrimonio de los socios.

2.6. Teorías dogmáticas en torno a la responsabilidad penal de la persona jurídica

Sobre el tema solo se realizará un pequeño esbozo, aunque necesario, para comprender los lineamientos de una y otra postura. Son innumerables las discusiones y referencias doctrinarias que han abordado el análisis de los aforismos latinos: *societas delinquere non potest* o *societas delinquere et punire potest*.

Como se ha anticipado, en Argentina esa dualidad de opciones ha quedado relegada a una sola: *societas delinquere potest* y, como consecuencia derivada, también *societas punire potest*.

Para algunos, desde una perspectiva histórica, la responsabilidad colectiva data del código Hammurabi y de la Antigua Grecia, aunque no se llegó a reconocer en Roma. Estuvo vigente en España durante la Edad Media, así como en el derecho germánico, francés y canónico.

Para otros, el punto de partida son las dos grandes revoluciones del siglo XIX: la francesa y la norteamericana, las que marcaron la línea clásica de *societas delinquere non potest*. (Boldova Pasamar, 2014, p. 221)

2.6.1. *Societas delinquere non potest*

Representa a aquellas posturas más rígidas con relación a la imposibilidad de reconocer responsabilidad penal a las personas jurídicas. Están basadas en los fundamentos de la

dogmática penal tradicional y parten del principio de que las sociedades no tienen capacidad de delinquir.

Zaffaroni, Alagia y Slokar, (2003)³⁹, hacen base en la falta de acción y culpabilidad del ente de existencia ideal. Asimismo, se señala la incapacidad de la pena, como elemento psicológico, para cumplir con su finalidad frente a los entes ideales.

La capacidad penal de una sociedad implica la derogación de los principios que rigen la acción, la imputabilidad, la culpabilidad y la pena (Zaffaroni, 1988, p. 57). Dicha posición posee gran arraigo en la tradición jurídica de los países cuyos sistemas penales se basan en los principios del derecho continental europeo e incluso tuvo su correlato legal en el art. 43 del código civil modificado recientemente, en el que se disponía la incapacidad penal de las personas colectivas.

El principio *societas delinquere non potest* no sólo es sustancialmente justo, sino también sustancialmente adecuado a la realidad de las relaciones penales. Pues la sociedad es una persona distinta de la de los socios y su personalidad consiste en un mero centro imputativo, carente de todo sustrato psíquico, razón por la cual resulta indudable que por su naturaleza no es un ente idóneo ni para desplegar acciones que contengan elementos indispensables para dar base a un delito, ni para sentir la coacción de amenaza penal, ni para sufrir ella misma una pena personal, que no afecte a ningún tercero inocente. (Soler, 1988, p. 331)

Sancionar a la persona jurídica como culpable de un delito, sería violar el gran principio del derecho criminal que exige la identidad del delincuente y del condenado (Malamud Goti, 1981, p. 51).

2.6.2. *Societas delinquere et punire potest*

Desde finales del siglo pasado, con motivo del incremento de los delitos económicos y del compromiso global de los países hacia la responsabilidad y transparencia se ha inclinado la balanza hacia el principio de *societas delinquere et punire potest* (Abasto Vásquez, 2014, p.

³⁹Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A. (2003). *Derecho penal. Parte General* (2ª Ed.). Buenos Aires. Ediar, p. 177.

9). Esa es una respuesta que introduce diversos modelos de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas.

Por un lado, puede citarse el derecho alemán, que establece un sistema de sanciones administrativas o contravenciones. Por otro lado, con matices diferentes, se encuentran los modelos que atribuyen responsabilidad a las personas jurídicas a partir de la acción u omisión de sus miembros, órganos, directivos, administradores, representantes o dependientes, o incluso de quienes actuaron en nombre de la persona jurídica, tales como el denominado modelo de la “doble imputación”, que establece un sistema de sanciones autónomas para las personas físicas y para las personas jurídicas.

Para Righi (2000), en Europa, cuna de la tradición jurídica que acuñó el principio *societas delinquere non potest*, en la actualidad es creciente la tendencia hacia afirmar la vigencia del principio contrario.⁴⁰

Está claro que la evolución social del hombre y la materialización de su quehacer económico en la forma de empresa, como concepto económico complejo, le permite adoptar un ropaje conforme a alguno de los tipos legales previstos para erigirse como una persona jurídica, diferente de la de sus socios, lo cual da origen a una serie de posibilidades de actuación en el mercado de bienes y servicios y en el tráfico jurídico.

En ese sentido, sostienen Bacigalupo y Lizcano (2013)⁴¹, si esos entes colectivos participan en acciones punibles o cometen infracciones administrativas, deben ser englobados en la figura de delitos económicos.

Nace así el concepto de “criminalidad de la empresa” comprensivo de dos situaciones que se deben diferenciar: la cometida por quienes actúan dentro de la empresa, pero provocan efectos tanto dentro o fuera de ella y la cometida como actitud criminal de grupo.

En el primer caso, los elementos de la teoría del delito son fáciles de analizar y se aplican a las personas físicas (humanas) que los cometen; en el segundo caso, surgen no pocos

⁴⁰ Righi, E. (2000). *Los delitos económicos*. Buenos Aires. Ad-Hoc., p. 124.

⁴¹ Bacigalupo, S. y Lizcano, J (2013). *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción*. Ed. Programa Eurosical. Madrid, p. 45.

problemas para la imputación jurídico penal y la averiguación del verdadero responsable del delito.

De todas formas, producido un hecho delictivo, protagonizado por un ente colectivo, será necesario resolver, por lo menos, dos cuestiones: 1) la responsabilidad penal de sus integrantes y 2) la responsabilidad penal de la persona jurídica misma.

Habrá que evaluar, tal como propone una parte de la doctrina, si es posible trasladar - como alternativa más eficiente- la teoría del delito del derecho penal convencional al ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y crear un nuevo sistema teórico que sirva como marco adecuado para resolver los conflictos planteados por la actividad delictiva realizada por las personas jurídicas. (Baigún, 2000, p. 27)

2.7. Conclusión parcial

Para las teorías negativas el hombre es el único sujeto de derecho; luego no existe nada más. Para la teoría de la ficción, como el hombre es el único sujeto de derecho, es necesario crear una ficción, y esa ficción es crear un nuevo sujeto, esta vez colectivo, ideal. Para la teoría de la realidad no hace falta crear nada. La persona colectiva es equiparable a la persona individual

Deben señalarse algunas posibles consecuencias de elegir uno u otro presupuesto teórico:

1. Si la persona jurídica es una ficción, una creación de la ley, su existencia queda limitada al país donde ha sido constituida. En consecuencia, esa ficción no será extensible a otro país; la persona jurídica no podrá desarrollar ninguna actividad, salvo que también sea creada por ley, en ese otro país.
2. Si la persona jurídica adquiere una magnitud, importancia, protagonismo o interacción con el medio, tal como sucede en la actualidad, se producirá un desplazamiento de las personas físicas, por parte de las personas jurídicas.
3. Si la persona jurídica es una realidad jurídica, será admitida como tal en todas partes. Los atributos que Gierke supo ver para revestir a la persona jurídica, desarrollada y comprendida como sujeto de derecho, le otorgan una individualidad volitiva que

permite escindirla, de manera inconfundible, de la voluntad propia de quienes integran la colectividad.

A todas luces, la solución más apropiada parecería ser la que dimanara de la teoría de la realidad. Ello así, porque es el presupuesto teórico a partir del cual es posible establecer el grado de responsabilidad intrínseco a las personas jurídicas, por la comisión de determinados delitos en la práctica y la aplicación respectiva de la ley penal.

No obstante, tal como se analizó *supra*, no fue el modelo teórico seguido por los legisladores de Argentina al definir la persona jurídica, en el ordenamiento civil y comercial, como un ente al que es necesario conferirle aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones.

CAPÍTULO III

Evolución de los criterios de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas

El derecho penal se rige por el principio de tipicidad que no es otra cosa que la definición de tipos penales, previamente seleccionados por el legislador, con la intención de preservar o tutelar determinados bienes jurídicos. En respeto de las garantías constitucionales, si una conducta no está tipificada como reprochable mal podría ser calificada como delito.

Luego, en la suposición de que exista encuadre legal, como condición objetiva, interesará evaluar el comportamiento, la conducta, la acción (o su ausencia) de alguien que encuadra en el tipo penal previsto. Hasta ahora no cabía duda de que ese alguien debía ser una persona, constituida por cuerpo y espíritu; por ende, humana, capaz de reflexionar y entender lo que se pretende de sus actos.

De tal manera, ese alguien, persona humana, con su libre albedrío y mediante su voluntad manifestada sin presiones y con plena libertad e intención, es o será el autor material e intelectual de determinados actos comisivos u omisivos, en violación de las normas que deben respetarse.

Ergo, solo será cuestión de aplicar los elementos de la teoría del delito y si el hecho producido es típico, antijurídico, culpable y resulta imputable a ese alguien habrá finalmente delito configurado.

El problema con las personas jurídicas es que no son precisamente personas humanas. Son personas ideales, son una ficción o una representación colectiva distinta, con personalidad jurídica propia y distinta también de la de los integrantes que la componen.

Habrà que resolver cómo se interpreta su actuación. ¿Pueden actuar *per se*?; en tal caso, ¿cómo se manifiesta su voluntad?; ¿se trata de actuación propia o de actuación delegada?

En otras palabras, habrá que determinar si la voluntad manifestada es su propia voluntad o es la voluntad de otro que actúa por ella o es la voluntad de todos (persona ideal más personas humanas), conjunta o indistintamente.

El tema a dilucidar será si en nuestro sistema de imputación jurídico-penal es posible interpretar como actos susceptibles de encuadrarse en delitos cuando el que actúa, por ser un ente ideal, no puede ser autor de una conducta, sino a través de sus representantes humanos.

Entonces, ¿las personas jurídicas pueden ser realmente responsables? A este respecto existen dos modelos que pueden ayudar a responder esta cuestión.

3.1.Sistema de culpabilidad de la empresa o de responsabilidad propia

Puede recibir el nombre de criterio de imputación de la responsabilidad por defecto de organización, directa, originaria o infraccional.

Cuando los integrantes de las personas jurídicas cometen delitos y contravenciones, con motivo del cumplimiento de sus funciones, la entidad debe responder por culpa *in vigilando*. (Tiedemann, 1996, p. 115)

En otras palabras, lo que se les reprocha a los órganos no es en sí la comisión del delito, sino la consecuencia previa de no haber tomado todos los recaudos necesarios para evitarlo.

Se denomina sistema de culpabilidad por defecto de organización fundamentado en la cultura de cumplimiento. Requiere la creación de los elementos necesarios para justificar que es la persona jurídica la que comete el delito: acción, culpabilidad, etc.

En el sistema de imputación propio, el elemento esencial es el quebrantamiento de la cultura de cumplimiento como elemento del tipo y que una persona física haya cometido un delito en su nombre.

Este modelo goza de un mayor peso debido a la identificación y establecimiento como punto de partida, o como criterio de base para su posterior desarrollo, la afirmación de la existencia de una serie de deberes que la propia empresa debe llevar a cabo y cumplimentar de manera correcta.

De este modo, en caso de que la persona jurídica no atienda a esas obligaciones, se posibilitaría la imputación directa sobre la misma de cualquier tipo de sanción penal.

3.2 Modelo de atribución o de transferencia de la responsabilidad o vicarial

También se la conoce como criterio de imputación indirecta, derivada, secundaria o subsidiaria. Consiste simplemente en trasladar la conducta llevada a cabo por cualquiera de las personas humanas integrantes de una sociedad, al ámbito de la responsabilidad exclusiva de la persona jurídica. La entidad debe responder por culpa *in eligendo*.

A priori, parece aún más difícil imputar a una persona (física o jurídica) la culpa de otra persona. En relación a las personas naturales, es el principio constitucional de la culpabilidad el que prohíbe, fuera del mundo anglosajón, tal imputación. La culpa debe ser la propia culpa de la persona a condenar. (Tiedemann, 1996, p. 117)

La persona jurídica es la responsable de designar, contratar o asignar en los puestos de administradores o representantes. Por lo mismo, será responsable por los delitos que cometan aquellos.

Para que la imputación penal recaiga sobre la persona jurídica se deben verificar tres condiciones:

- Que exista una actuación culpable en cabeza del administrador o representante.
- Que se encuentre en ejercicio de su mandato.
- Que ejecute la acción disvaliosa con el fin de beneficiar a la persona jurídica.

3.3 Antecedentes jurisprudenciales

La jurisprudencia de nuestro país ha sido errática. En ocasiones, aunque el fondo de la cuestión a dilucidar versaba sobre otros aspectos, ha dejado traslucir la inclinación –por lo menos de una parte del tribunal sentenciador- hacia el principio romano *societas delinquere non potest*, tal como se verá en los casos “Fly Machine” y “Penna, Alfredo y otro”.

En otras circunstancias, especialmente en materia aduanera, la justicia se ha pronunciado con fallos en sentido contrario, al admitir que las personas jurídicas pueden ser responsables criminalmente en algunos casos, (“Loussinian, Eduardo y otra” y “Peugeot Citroën Argentina S.A.”), sin perjuicio de que se castigue a una persona humana, en plena aplicación del principio *societas delinquere e punire potest*.

3.3.1 Posiciones judiciales en contra de la responsabilidad penal empresaria

3.3.1.1 El Fallo “Fly Machine”

En la Ciudad de Córdoba, durante el año 2003, la empresa Fly Machine S.R.L. fue imputada penalmente por el delito de contrabando documentado, en grado de tentativa, previsto en los artículos 863 y 864 del Código Aduanero, por haber utilizado un importador con beneficios impositivos cuando, verdaderamente, la sociedad acusada era la única destinataria de la mercadería importada.

El ilícito detectado por la Dirección General de Aduanas (DGA), derivó en la sustanciación de una causa penal, incoada en contra de la empresa aludida por el Ministerio Público Fiscal de la Nación (MPF), al atribuirle responsabilidad penal, en los términos de los artículos 887 y 888 del Código Aduanero.⁴²

Al intervenir el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de Córdoba, dispuso declarar la nulidad del requerimiento de elevación a juicio de la fiscalía (MPF) y de la querrela (DGA) y de todos los actos procesales que tuvieran relación con la firma Fly Machine S.R.L. por considerar que, al tratarse de una persona ideal, no le era atribuible la capacidad de acción y, por lo tanto, la conducta jurídico-penal debía ser evaluada no desde un punto de vista normativo sino psicológico.

Los apoderados de la DGA apelaron la resolución judicial ante la Cámara Nacional de Casación Penal. Le tocó intervenir a la Sala I, la que el 28/11/2003 resolvió la ausencia de responsabilidad de la persona jurídica, de manera coincidente con lo actuado por los órganos judiciales precedentes. Entre sus argumentos más importantes se destaca el haber reconocido a los apelantes que las normas aduaneras, históricamente, habían aplicado penas a las personas jurídicas, bajo un criterio de responsabilización penal. Sin embargo, objetaba que tal responsabilización solo podría proceder como una

⁴²Código Aduanero: art. 887: Las personas de existencia visible o ideal son responsables en forma solidaria con sus dependientes por las penas pecuniarias que correspondieren a éstos por los delitos aduaneros que cometieren en ejercicio o con ocasión de sus funciones.

Art. 888. – Cuando una persona de existencia ideal fuere condenada por algún delito aduanero e intimada al pago de las penas pecuniarias que se le hubieren impuesto no fuera satisfecho su importe, sus directores, administradores y socios ilimitadamente responsables responderán patrimonialmente y en forma solidaria con aquella por el pago del importe de dichas penas, salvo que probaren que a la fecha de la comisión del hecho no desempeñaban dichas funciones o no revestían tal condición.

consecuencia o derivación del previo juzgamiento y condena a sus representantes y que sólo a partir de entonces y como consecuencia de su accionar, podría recaer sobre la persona jurídica la sanción penal prevista en el Código Aduanero, como una pena de carácter accesoria a la de prisión previamente impuesta. La Cámara consideró que *“la irresponsabilidad penal de los entes ideales encuentra sustento en el principio societas delinquere non potest, en la medida en que el delito es una manifestación humana que sólo puede ser atribuida a una persona física.”*⁴³

Contra esa última sentencia los apoderados de la Dirección General Aduanera interpusieron un recurso extraordinario ante la Corte de Justicia de la Nación (CJSN), la que lo declaró inadmisibile por mayoría, por falta de fundamentación.

Con en este fallo, la CSJN dejó firme el fallo de Casación y a pesar de no haber abordado el fondo de la cuestión, paradójicamente, el voto en disidencia del Dr. Zaffaroni, se convirtió en uno de los principales ejes sobre los que se ha fundamentado la imposibilidad de asignar responsabilidad penal a las personas jurídicas.

En efecto, en los fundamentos de su voto el Dr. Zaffaroni expresó:

Que más allá de lo que pueda establecerse en ciertas leyes de naturaleza penal, el requerimiento de conducta humana como presupuesto sistemático para la construcción del concepto de delito responde a una mínima exigencia de racionalidad republicana dentro del método dogmático jurídico- penal y su definición se halla condicionada por los contenidos que surgen de ciertos postulados de jerarquía constitucional, entre los cuales se destaca el *nullum crimen sine conducta*.

Continúa su fundamentación:

Que, en síntesis, la operatividad de la máxima constitucional *nulla injuria sine actione* impone la delimitación del concepto jurídico-penal de conducta, sobre la base de un hacer u omitir que reconocería como único sujeto activo al ser humano, respecto del cual puede reaccionar el Estado con las penas legalmente previstas, excluyendo por ende a las personas jurídicas de acuerdo con el principio *societas delinquere non potest*

⁴³CNCP, Sala I, causa 4951, “Fly Machine s/recurso de casación, 28/11/03

(o universitas delinquere nequit); el cual salva además los irrenunciables principios de culpabilidad y personalidad de la pena.

Que más allá de lo expresado en torno al concepto de acción, existen otras limitaciones que no hacen viable la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En efecto, una de ellas está configurada por la imposibilidad de realizar a su respecto el principio de culpabilidad dado que no resulta factible la alternativa de exigir al ente ideal un comportamiento diferente al injusto precisamente por su incapacidad de acción y de autodeterminación, negando así la base misma del juicio de reproche. En este sentido asiste razón al fallo apelado cuando afirma que la capacidad penal de una sociedad implica "la derogación de los principios que rigen la acción, la imputabilidad, la culpabilidad y la pena".⁴⁴

3.3.1.2 El Fallo “Penna, Alfredo y otro”

El 24/04/2006, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala I, resolvió la ausencia de capacidad de conducta y la imposibilidad de atribuir responsabilidad penal por inexistencia de delito a una persona jurídica (una asociación mutual).⁴⁵

Su fundamento fue que carecen de capacidad de conducta, en razón de que el concepto de delito, a partir de los presupuestos plasmados en el código de fondo, se basa en una acción humana individual.

Ello es conteste con los distintos supuestos contemplados en el art. 34 del Código Penal, los que están directamente referidos a conductas humanas. La salud mental, la inconsciencia o las alteraciones mentales morbosas no son susceptibles de ser vivenciadas por una persona que no sea humana. Por ende, este fallo recepta también y adopta de manera contundente el principio *societas delinquere non potest*.

En consecuencia, se rechaza la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. En el supuesto de comisión de un delito, dentro del ente ideal, la

⁴⁴ C.S.J.N., “Fly Machine S.R.L. s/recurso extraordinario”, fallos 329: 1974 (2006), juez Zaffaroni, en disidencia, consid.11.

⁴⁵ CNACC, Sala I, “Penna, Alfredo J. y otros”, causa n° 25.507, rta. el 24/4/2006.

responsabilidad penal sólo puede alcanzar a las personas humanas que actúan en su representación.

Si no existe indicio alguno que permita presumir que los responsables de las áreas de los bancos y entidades financieras hayan actuado con conocimiento de las maniobras imputadas a los responsables de la Asociación Mutual, corresponde homologar la resolución que dispuso desestimar por inexistencia de delito la denuncia de los damnificados.⁴⁶

3.3.2 Posiciones judiciales a favor de la responsabilidad penal empresaria

3.3.2.1 El Fallo “Loussinian, Eduardo y otra”

El 31 de octubre de 1989, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, condenó -por el delito de contrabando- a la firma "Eduardo Loussinian S.A." y también a su sucesora, "Sudamericana de Intercambio S.A", a las siguientes penas:

- pérdida de las concesiones, privilegios y prerrogativas de que gozare;
- retiro de la personería jurídica;
- decomiso irredimible de la mercadería cuestionada y
- pago de una multa equivalente a cinco veces el valor de la mercadería.

El origen de la causa fue la detección del doble uso de licencias arancelarias por parte de la empresa “Loussinian”, que le posibilitaron importar desde Israel, en distintas ocasiones, caucho natural libre de derechos, previo declarar licencias ya canceladas.

El Ministerio Público Fiscal y la querrela (Aduanas) adujeron en su acción penal que la responsabilidad penal de las personas de existencia ideal, cuando el hecho ha sido cometido por sus representantes en beneficio de aquella, resulta aceptada en materia de contrabando, toda vez que el ordenamiento legal vigente a la fecha de comisión del suceso, preveía sanciones específicas.

⁴⁶Eugenio R. Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Ediar, Bs. As., 1981, t. III, pág. 55

La Cámara entendió que la persona jurídica puede ser responsabilizada jurídicamente en determinados casos. Precisamente el contrabando era uno de los casos previstos. Por tal motivo, los jueces de la Sala I interpretaron:

...que la polémica teórico-doctrinaria en torno a si las personas jurídicas pueden ser responsabilizadas en causa criminal, ha sido superada en los hechos por la ley y la jurisprudencia, pues ambas han terminado por admitir que la persona jurídica puede padecer multas y otras sanciones por hechos de naturaleza penal, como consecuencia del accionar de sus órganos, lo que permite concluir que puede sancionarse con pena a la persona jurídica, aunque no se haya aplicado pena a una persona física, si se demuestra la existencia del ilícito y que el mismo fue llevado a cabo por uno o dos de los integrantes de ella, en ciertas condiciones y formas que permitan atribuírselo a la persona ideal.⁴⁷

3.3.2.2 El Fallo “Peugeot Citroën Argentina S.A.”

En el año 2000 la Sala III de la Cámara de Casación Penal había emitido en la causa “Peugeot Citroën Argentina S.A.” un pronunciamiento en sentido completamente contrario al dictado, en 2003 por la Sala I del mismo Tribunal, en la causa “Fly Machine S.R.L.”⁴⁸

El caso se había iniciado como consecuencia de una denuncia por contrabando contra una persona jurídica.

La empresa apeló y sostuvo en su defensa tres ejes significativos a tener en cuenta:

- 1) la insuficiencia normativa de fondo y procesal al sostener que la sociedad no podría satisfacer el requisito subjetivo del tipo penal imputado, pues la configuración del delito por parte de una persona jurídica requeriría una transformación del sistema de imputación de los delitos y un cambio de paradigma.
- 2) el mero argumento de la existencia de tales normas jurídicas no ha encontrado una recepción legislativa adecuada. Por ende, la posición

⁴⁷CNAPen. Econ., Sala I, “Loussinian, Eduardo y otra”, re. 375/89 rta. 13/12/1989.

⁴⁸CNCP, Sala III, “Peugeot Citroën Argentina S.A. s/ recurso de casación”, causa n° 2984, reg. 715, rta. el 16/11/2001.

de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico ha resultado insuficiente para someter a proceso penal a la empresa automotriz.

- 3) la imposición de una pena a una persona jurídica violaría el principio de personalidad de las penas, al entender además que tal tipo de sanción implicaría un castigo indirecto a sus integrantes con independencia de su participación, ajenidad e incluso oposición, generándose de esta manera una reacción penal en contra de inocentes.

De todas formas, pese a los argumentos de la defensa, la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, expresó:

...que nuestra legislación positiva en determinados casos y el régimen aduanero en particular han adoptado firmemente la postura de adjudicar responsabilidad penal a las personas jurídicas por los delitos que sus representantes, mandatarios, directores o demás personas con capacidad para obligarlas hubiesen cometido actuando en cuanto tales; y que la jurisprudencia que en consecuencia de los postulados legales ha emanado de los distintos tribunales de justicia en sus sucesivas integraciones en modo alguno ha cuestionado la validez o la adecuación constitucional de la solución establecida por el legislador.⁴⁹

3.4.Sistema emergente de la ley n° 27.401

3.4.1 Sistema mixto

En cuanto a los sistemas de atribución de la responsabilidad penal, la solución adoptada por los legisladores, se aparta de la aplicación estricta tanto del sistema objetivo o vicarial o de transferencia de responsabilidad como del fundamentado en el sistema de déficit de organización o de la culpabilidad de la empresa de la responsabilidad propia.

Este último fue el propuesto por el Poder Ejecutivo Nacional. Se ha optado, en cambio por un sistema mixto donde concurren componentes o factores de ambos sistemas de atribución de la responsabilidad penal.

Así, cuando el ilícito penal fuera realizado directa o indirectamente con su intervención, o en su nombre, interés o beneficio, la persona jurídica responderá exclusivamente.

⁴⁹CNCP, Sala III, “Peugeot Citroën Argentina S.A. s/ recurso de casación”, causa n° 2984, reg. 715, rta. el 16/11/2001.

Incluso responderá cuando quien hubiere actuado fuere un tercero que careciere de representación, cuando el ente hubiera ratificado la gestión o actuación del tercero, aunque fuere de manera tácita.

La persona jurídica quedará liberada de responsabilidad cuando quien cometiera el ilícito actuase en su propio beneficio, sin generar provecho alguno para la persona jurídica.

También la responsabilidad penal de la persona jurídica es impuesta de manera sucesiva en los casos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria, a la persona jurídica adquirente, sucesora o resultante.

Igualmente, subsiste la responsabilidad cuando, de manera aparente o encubierta, continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados o de la parte más relevante de todos ellos.

3.4.2. Importancia del programa de integridad o cumplimiento (*compliance*)

Una de las novedades más importantes de la nueva norma es la inclusión de los Programas de Integridad. Son conocidos también como programas de prevención penal para empresas.

Su finalidad apunta a una verdadera transformación cultural a nivel organizacional interno, a través del adecuado diseño e implementación de controles internos, códigos de conducta, programas de cumplimiento y reglas de actuación que coadyuven a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos.

La OCDE propicia la generalización del uso e implementación de estos programas toda vez que constituyen medidas de vigilancia y control idóneo para prevenir y evitar hechos de corrupción.

El Estado, por su escasez de recursos, medios y personas no puede prevenir dentro de las empresas. Pero si puede instar e incentivar a que las empresas instituyan los mecanismos para propiciar el desarrollo y observancia de una verdadera cultura de cumplimiento o *compliance*.

Una de las ventajas que reportará para las personas jurídicas la implementación de los programas de integridad es la posibilidad de participar en las licitaciones públicas de bienes y servicios.

Otra ventaja es que podrá eximirse de pena y responsabilidad administrativa, siempre y cuando cumpla con tres condiciones:

- Denuncie espontáneamente la comisión de un delito, advertido a su vez como consecuencia del programa de control interno;
- Tenga implementado un programa de integridad adecuado con anterioridad a la comisión del delito;
- Devuelva el beneficio obtenido como consecuencia del delito.

3.5. Conclusión parcial

Para que se pueda llevar a cabo el proceso de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, es necesario que el sujeto a quien se quiere establecer como responsable de la conducta delictiva, sea un sujeto capaz de recibir y de cumplimentar las diversas sanciones de tipo penal que puedan serle impuestas.

La doctrina, más allá de los matices de nombres, ha establecido dos modelos bien diferenciados: el de la imputación penal propia o directa y el de la imputación penal derivada o indirecta.

En cualquier caso, sobreviene la necesidad de evaluar si la persona jurídica debe ser dotada de voluntad y de acción, para llevar su capacidad al ámbito tanto civil como penal. Si fuera procedente ello, la persona jurídica se encontraría en obligación de reconocer la culpa del órgano como propia, y, aun así, existiría un remanente de culpa individual autónoma en cabeza de dicho órgano, por lo que determinar un marco de punición de la corporación, no excluye una simultánea punición del individuo culpable (entiéndase persona natural), titular de posición en el órgano.⁵⁰

⁵⁰Ibídem 41

La postura de Gierke, origina esta respuesta de Jakobs:

“Reconocer jurídicamente como culpa propia la culpa del órgano, entonces esta culpa es su propia culpa y ya no cabe hablar de un resto de culpa individual. O bien la culpabilidad es una culpabilidad de una parte integrante de la persona jurídica y, con ello, culpabilidad de la propia persona jurídica, o bien es culpabilidad de una persona natural, o bien lo es parcialmente de uno y parcialmente de otro” (Jakobs, 2003, p. 337)

Le asiste razón al profesor Jakobs en la crítica que formula toda vez que no puede hablarse de un remanente o resto de culpa, por el hecho cometido, dado que no podría dividirse una unidad de acción.

Por otro lado, se destaca el hecho de que, si bien se instaura la responsabilidad penal en cabeza de las personas jurídicas, éstas tienen la posibilidad de ser eximidas de penas y sanciones administrativas con solo adoptar y demostrar la puesta en práctica de un programa de integridad.

CAPÍTULO IV

Tratamiento de la cuestión en el derecho comparado

Lo que sucede en otros países en materia de legislación sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas es útil para conocer, comparar y evaluar la manera de resolver o de atender esta problemática.

Ante todo, se destaca la clasificación preliminar entre países que receptan el principio *societas delinquere non post* y los que adhieren al postulado de *societas delinquere et punire post*.

Luego, al efectuar el estudio de la normativa de cada país seleccionado, se llevará a cabo un análisis con un criterio tripartito⁵¹ de tópicos considerados relevantes, a los fines comparativos, a saber:

1. Tipo de responsabilidad de la persona jurídica:

Se informará si las personas jurídicas son penalmente responsables o pasibles de sanciones administrativas.

2. Tipo de sanciones que se imponen en cada país:

Permitirá conocer la manera que cada país regula su realidad punitiva a través de la aplicación de sanciones administrativas, accesorias o penas mayores.

3. Tipo de modelo para la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas:

En esta categoría de información se tendrá en cuenta si se trata del modelo de imputación de responsabilidad penal directa o propia o, en su defecto, del modelo de responsabilidad atribuida o indirecta.

⁵¹Robles Planas, R. (2.006) ¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos. *Revista InDret*. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/344_es.pdf

4.1. Países que receptan el principio *societas delinquere non potest*:

4.1.1. Alemania

Alemania se encuentra en un proceso de intensa discusión en procura de una reforma. Mientras existe una tendencia internacional a la introducción de la pena para asociaciones, en este país, aun rige el aforismo romano *societas delinquere non potest*.

La razón obedece a que consideran que este tipo de responsabilidad atenta contra el principio de culpabilidad, ya que las personas jurídicas siempre actúan mediante personas físicas.

Tipo de responsabilidad	Las personas jurídicas no tienen responsabilidad penal. Los delitos solo pueden ser cometidos por personas naturales.
Sanciones que aplica	La multa puede llegar hasta un millón de euros y puede aumentar si la empresa obtuvo beneficios por sobre dicho monto.
	Las órdenes de confiscación se aplican sobre los ingresos brutos, sin deducir gastos. Todo lo “ganado” mediante actos criminales puede ser confiscado.
	Otras posibles sanciones contemplan la inclusión de la empresa en “listas negras” de empresas, donde quedan impedidas de recibir ofertas de autoridades públicas o contratar con éstas.
	Las empresas quedan incluidas en un registro de empresas infractoras, salvo que la multa no supere los 200 euros. Este registro es accesible sólo para los poderes públicos y la propia entidad corporativa. Este registro debe ser suprimido luego de tres años si la multa es inferior a 300 euros y después de cinco años si la multa supera los 300 euros.
Modelo de atribución	Indirecta

4.1.2. Italia

Se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero con un corte híbrido, debido a que las personas jurídicas pueden ser sancionadas en procedimientos penales mediante sanciones que se denominan administrativas.

Tipo de responsabilidad	Las personas jurídicas tienen una responsabilidad <i>cuasi penal</i> . Pueden ser sancionadas con motivo de causas penales, pero las sanciones son administrativas.
Sanciones que aplica	Suspensión de sus actividades
	El sistema italiano, en lo que se ha denominado “fraude de etiquetas” mantiene la imposición de medidas sancionadoras a la persona jurídica con la particularidad de que éstas son acordadas por el Juez Penal.
Modelo de atribución	<p>Se aplica el principio de <i>culpabilidad</i> garantizado por el artículo 27 de la Constitución italiana, el cual entraría en conflicto con la responsabilidad <i>penal</i> de las entidades colectivas.</p> <p>La Constitución establece el principio de personalidad de la responsabilidad penal (“<i>personalità della responsabilità penale</i>”), según el cual “la responsabilidad penal es personal”. Lo dispuesto en este precepto se ha interpretado por la doctrina en el sentido de que nadie puede ser sancionado si no ha cometido un hecho <i>proprio</i>. Se trata de una responsabilidad <i>personal</i> y subjetiva que requiere dolo o culpa. La responsabilidad penal requiere que una persona haya cometido un “hecho propio”, es decir, un hecho que le es objetivamente imputable por un nexo de causalidad entre su conducta y el resultado que del mismo se deriva. Este principio excluye cualquier forma de responsabilidad penal “por el hecho de otra persona” (“<i>per fattoaltrui</i>”), esto es, por un hecho cometido por otros sujetos.</p>

La naturaleza *penal* o *cuasi-penal* de la responsabilidad se puede derivar de la estrecha relación entre el delito y la imputación de la responsabilidad a la entidad colectiva de las sanciones sumamente restrictivas para la entidad responsable, que incluyen entre otras, la suspensión de actividades.

Los que niegan la naturaleza *penal* o *cuasi-penal* de la responsabilidad de las entidades colectivas justifican su opinión, desde un punto de vista formal, en el hecho de que el Decreto Legislativo 231 del 2001 se refiere expresamente a la responsabilidad *administrativa* de las mismas entidades y, desde un punto de vista sustantivo, a la luz de los principios constitucionales, se invoca el conocido principio de *societas delinquere non potest*.

4.1.3. Colombia

La sanción de la Ley n° 1.778 en 2016 se produce en el marco del compromiso de combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales de la OCDE (Convención contra el Cohecho) y en el artículo 26 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. (Missas Gómez, 2016, p. 85)

Tipo de responsabilidad	Régimen de responsabilidad administrativa para las personas jurídicas que hayan incurrido en soborno transnacional y modifica el tipo penal de soborno transnacional.
Sanciones que aplica	Cancelación de nombre, enseña, marca, rótulo, dibujo, etiqueta, patente de invención o modelo industrial, comercial o agropecuario.
	Suspensión de nombre, enseña, marca, rótulo, dibujo, etiqueta, patente de invención o modelo industrial, comercial o agropecuario, de seis meses a cuatro años.
Modelo de atribución	La culpabilidad de empresa se determina por el criterio de defecto de organización en la dirección de la misma. Lo que se busca es que quienes detentan la representación del ente colectivo establezcan mecanismos de intervención, mediante los cuales se reduzcan las posibilidades de actualizar resultados típicos (en este caso dolosos o culposos) y facilitar –en caso de que ello suceda– la posibilidad de establecer responsabilidad en quien detente la representación de dicha organización.

4.1.4. Brasil

En los términos de la Ley n° 13.846, de 01 de agosto de 2013, el derecho brasileño ha restringido la responsabilidad de las personas jurídicas beneficiadas por actos de corrupción al ámbito administrativo y civil.

Existe un proyecto de Ley del Senado de Brasil que propone un nuevo Código Penal brasileño que amplía las posibilidades de responsabilización penal de la persona jurídica para alcanzar los casos de corrupción y todos los casos de crímenes contra la administración pública.

Tipo de responsabilidad	Régimen de responsabilidad penal para personas jurídicas que atenten contra el medio ambiente. Para el resto, solo Régimen de responsabilidad administrativa y solo penal para las personas humanas que integren personas jurídicas que hayan incurrido en actos de corrupción.
Sanciones que aplica	Multas
	Intervención
	Disolución
	Liquidación
Modelo de atribución	La culpabilidad de empresa se determina de manera indirecta.

Ante casos concretos ya ocurridos, se puede observar que muchos operadores del derecho aún se muestran demasiado aferrados a los paradigmas tradicionales de la dogmática penal clásica para admitirla.

4.2. Países que receptan el principio *societas delinquere et punire potest*:

4.2.1. Estados Unidos

La ley FCPA⁵² es una norma promulgada por el Congreso de los Estados Unidos en 1977 después de que globalmente se revelaran una serie de actos de corrupción en el contexto del escándalo de Watergate, con el cual se terminaría con la presidencia de Richard Nixon.

Si la empresa demuestra el eficiente funcionamiento de su programa preventivo, al momento de cometido el ilícito, y coopera decididamente con las autoridades en dilucidar los hechos, podrá beneficiarse con la atenuación o exención de la sanción, caso contrario, se le impondrán las penas más elevadas.

⁵²Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de Estados Unidos. (FCPA-Foreign Corrupt Practices Act)

<p>Tipo de responsabilidad</p>	<p>Régimen de responsabilidad penal para personas físicas o jurídicas que cometan actos de corrupción, dentro y fuera de Estados Unidos por personas naturales o jurídicas que posean vínculos directos con USA⁵³. Las entidades corporativas tienen responsabilidad penal, pero sólo por delitos de responsabilidad objetiva. Responsabilidad penal a las entidades corporativas por los crímenes cometidos por sus agentes y empleados.</p>
<p>Sanciones que aplica</p>	<p>Multas Indemnizaciones Servicios a la comunidad Vigilancia a la empresa Prohibición de participar en determinadas actividades comerciales Programas de cumplimiento especiales que el juez estime necesarios para reparar el daño causado o para evitar amenazas de daño futuro Confiscación de bienes.</p> <p>Exige de los entes colectivos la participación activa en la lucha contra la criminalidad empresarial a través de la implementación interna de medidas de control y prevención.</p>
<p>Modelo de atribución</p>	<p>La culpabilidad de empresa se determina por el criterio de imputación propia.</p>

La Ley Sarbanes-Oxley, conocida también como SarOx o SOA (por sus siglas en inglés Sarbanes Oxley Act), es la ley que regula las funciones financieras contables y de auditoría y penaliza en una forma severa, el crimen corporativo y de cuello blanco.

Debido a los múltiples fraudes, la corrupción administrativa, los conflictos de interés, la negligencia y la mala práctica de algunos profesionales y ejecutivos que se abstienen de aplicar los códigos de ética, sucumbieron ante el atractivo de ganar dinero fácil y a través de empresas y corporaciones engañaron a socios, empleados y grupos de interés, entre ellos sus clientes y proveedores.⁵⁴

4.2.2. Reino Unido

⁵³Caso Odebrecht

⁵⁴Enron, Arthur Andersen LLP v. US, 544 US 696. 2005. Estados Unidos.

El modelo básico de atribución de responsabilidad penal empresarial (*vicarious liability*), que se originó en los tribunales ingleses, en el siglo XV, pudo avanzar hasta la aproximación de sanciones a las personas jurídicas, como se puede ver en el siglo XIX, por infracciones de *strict liability*.⁵⁵

El día 30 de septiembre de 2017 entró en vigor en Reino Unido la *Criminal Finances Act 2017* que introduce, entre otras novedades, un nuevo tipo penal consistente en la falta de prevención por parte de la persona jurídica (“*relevantbody*”).

Para que se configure el delito es necesario que uno de sus miembros favorezca la evasión fiscal de un tercero, tanto a nivel nacional como extranjero. Su objetivo es facilitar la atribución de responsabilidad penal a las compañías por los actos delictivos de personas que actúan en su nombre.

Tipo de responsabilidad	Régimen de responsabilidad penal para personas jurídicas que se aplica salvo que se disponga lo contrario, recogido en la esfera legislativa desde 1925. ⁵⁶
Sanciones que aplica	<p>Multas</p> <p>Indemnizaciones</p> <p>Servicios a la comunidad</p> <p>Vigilancia a la empresa</p> <p>Prohibición de participar en determinadas actividades comerciales</p> <p>Programas de cumplimiento especiales que el juez estime necesarios para reparar el daño causado o para evitar amenazas de daño futuro</p> <p>Confiscación de bienes.</p> <p>También exige de los entes colectivos la participación activa en la lucha contra la criminalidad empresarial a través de la implementación interna de medidas de control y prevención.</p>
Modelo de atribución	La culpabilidad de empresa se determina por el criterio atribución directa.

En lo que se refiere a la descripción típica, la comisión delictiva se divide en tres fases: 1) consiste en la propia evasión fiscal por parte del tercero, ya sea persona física o jurídica; 2)

⁵⁵House of Lords, Criminal liability of corporations, 1915. Reino Unido.

⁵⁶ Criminal Justice Act del Reino Unido.

se concreta en la facilitación de dicha evasión fiscal por un sujeto que actúe en nombre o representación de la organización (empleados, agentes, etc.) y 3) esa organización debe haber fracasado en prevenir la participación de sus miembros en las conductas delictivas realizadas por el tercero, y ello por no haber implementado procedimientos razonables para su evitación.⁵⁷

4.2.3. Francia

El Código Penal francés ignoraba hasta el año 1994 la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La responsabilidad penal era sólo personal. El nuevo Código Penal, que entró en vigor el 1 de marzo de 1994, consagra la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Sin embargo, esa responsabilidad penal no es exclusiva de las personas jurídicas; se combina con la responsabilidad de las personas físicas y se rige por el principio de legalidad, solamente para los casos contemplados en la ley e incluye como titulares a todos los entes privados.

Tipo de responsabilidad	Régimen de responsabilidad penal para personas jurídicas. ⁵⁸ Las personas jurídicas también son responsables de las infracciones cometidas por sus órganos o representantes.
Sanciones que aplica	Pena de multa (si bien con un máximo del quíntuplo de lo previsto para las personas físicas por la ley que castigue la infracción, art. 131-38 CP francés) Pérdida de beneficios fiscales Aplicación de ganancias a fines sociales Prohibición de contratar con empresas públicas. Colocar a la entidad bajo vigilancia judicial Prohibición de que hagan llamamiento público al ahorro Prohibición de emitir cheques Comiso de la cosa con la que se haya cometido la infracción La publicación de la resolución sancionadora adoptada. Obligación de tener implementado un programa de Compliance para prevenir los delitos de corrupción y de tráfico de influencias para las

⁵⁷ <https://www2.deloitte.com/es/es/pages/legal/articles/una-nueva-responsabilidad-para-las-personas-juridicas.html>

⁵⁸ Código Penal de Francia, art. 121-2

	empresas con más de 500 trabajadores (o pertenecer a un grupo de empresas cuya matriz tenga su sede en Francia y cuya plantilla incluya al menos 500 empleados) o que tengan una facturación superior a 100 millones de euros.
Modelo de atribución	La culpabilidad de empresa se determina por el criterio atribución directa y, en su caso, de manera indirecta. En Francia no se puede imputar a una persona jurídica por los hechos ilícitos cometidos por los subordinados.

El tipo de responsabilidad instaurado por el Código Penal francés se conoce como sistema reflejo y se aplica a partir de una sentencia del 12 de julio de 1995, dictada por el Tribunal Correccional de Verdún, que conoce de un caso de homicidio involuntario ligado a la violación de prescripciones contenidas en el Código de Trabajo en materia de seguridad de los asalariados.

El Tribunal deriva la responsabilidad de la persona jurídica de la acción de su dirigente, con inclusión de su psicología: en esencia, el director del establecimiento reconoció que no estaba al corriente del funcionamiento técnico de la empresa, que ignoraba el método utilizado en la limpieza y que estas faltas originaron el fallecimiento de un obrero.

El Tribunal estableció la regla de que la persona jurídica incurre en responsabilidad desde el momento en que sus órganos han cometido el elemento material y el elemento subjetivo de una infracción. Al establecer la responsabilidad penal del Sr. Level, se condena también a la cooperativa por exigencias de prevención.⁵⁹

La aprobación de la Ley popularmente conocida como “Sapin II” el pasado mes de diciembre/2017 ha establecido la obligación de tener implementado un programa de *compliance* que contribuya a prevenir los delitos de corrupción y de tráfico de influencias para todas las empresas que reúnan estas dos características:

1. Contar con más de 500 trabajadores (o pertenecer a un grupo de empresas cuya matriz tenga su sede en Francia y cuya plantilla incluya al menos 500 empleados).
2. Tener una facturación superior a 100 millones de euros.

⁵⁹ Tribunal correccional de Verdún, 12 de julio de 1995, J.C.P. 1996-11, 22.639. Francia.

4.2.4. España

Se pueden distinguir tres etapas: hasta 1995 las sociedades no eran consideradas sujetos susceptibles de delinquir, en el sentido de recibir sanciones. Regía el principio *societas delinquere non potest*.

Desde 1995 el Código Penal español recepta el aforismo *societas delinquere potest* al introducir en su artículo 129⁶⁰ la posibilidad de que las *societas* (empresas, sociedades, asociaciones y fundaciones) puedan recibir sanciones.

No obstante, se trataba de penas administrativas a las que se denominaban “consecuencias accesorias” consistentes en:

- Clausura temporal o definitiva del establecimiento;
- Disolución;
- Suspensión por un plazo no superior a 5 años;
- Prohibición de realizar las actividades que propiciaron la comisión o favorecimiento de delito;
- Intervención de la empresa por un plazo máximo de 5 años, para salvaguardar los intereses de los trabajadores y acreedores.

En el año 2010, una nueva reforma⁶¹ al plexo normativo penal introduce sanciones características de la lucha contra la delincuencia económica, y agrega a las contempladas en 1995, las sanciones de:

- Multa
- Pérdida de beneficios fiscales
- Aplicación de ganancias a fines sociales
- Publicación de la sentencia
- Prohibición de contratar con empresas públicas.

De manera coincidente con prestigiosos doctrinarios penalistas, la reforma de 2010 introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con independencia de la

⁶⁰Ley Orgánica n° 10/95.

⁶¹Ley Orgánica n° 5/2010.

responsabilidad de las personas físicas integrantes de aquellas, en línea con otros códigos europeos. (Agudo Fernández, Vallejo y Perrino Pérez, 2016, p. 22)

Tipo de responsabilidad	Régimen de responsabilidad penal para personas jurídicas.
Sanciones que aplica	Multa Pérdida de beneficios fiscales Aplicación de ganancias a fines sociales Publicación de la sentencia Prohibición de contratar con empresas públicas. Clausura temporal o definitiva del establecimiento; Disolución; Suspensión por un plazo no superior a 5 años; Prohibición de realizar las actividades que propiciaron la comisión o favorecimiento de delito; Intervención de la empresa por un plazo máximo de 5 años, para salvaguardar los intereses de los trabajadores y acreedores.
Modelo de atribución	La culpabilidad de empresa se determina por el criterio atribución directa.

4.2.5. Chile

Chile fue el primer país de Latinoamérica en sancionar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La modificación legislativa dispuesta por la Ley 20.393 de 2009, fue una consecuencia también derivada del marco de las exigencias hechas por la Organización para la cooperación del desarrollo económico OCDE, a los fines de que dicho país pueda ingresar a esa organización.

Señala Hernández igualmente que:

Si bien con anterioridad el ordenamiento chileno había previsto esporádicamente sanciones en las que, en cuanto impuestas por tribunales penales y con efecto directo sobre las personas jurídicas, podían verse genuinas penas contra las mismas, es la primera vez que esto se hace de un modo tan abierto y explícito, de la mano, además, del establecimiento de un verdadero sistema de responsabilidad penal propio de tales entidades, con explicitación de los presupuestos específicos de la misma y de las circunstancias que la modifican, con penas y reglas de

determinación también específicas y con las adaptaciones procesales básicas para su aplicación práctica. (Hernández, 2010, p. 220)

El modelo de Chile ha optado por aplicar el criterio de imputación de la responsabilidad derivada. A través de esta elección, se hace recaer sobre la persona jurídica la responsabilidad penal de una persona natural, siempre y cuando exista una conexión o vínculo entre una y otra. Esto es, que el actuar de la persona natural se da en el marco de sus actividades o funciones dentro de la corporación. (Hernández, 2010, p. 16).

Tipo de responsabilidad	Régimen de responsabilidad penal para personas jurídicas.
Sanciones que aplica	Multa Pérdida de beneficios fiscales Aplicación de ganancias a fines sociales Publicación de la sentencia Prohibición de contratar con empresas públicas. Disolución; Suspensión por un plazo no superior a 5 años; Intervención de la empresa por un plazo máximo de 5 años, para salvaguardar los intereses de los trabajadores y acreedores.
Modelo de atribución	La culpabilidad de empresa se determina por el criterio atribución indirecta o derivada.

4.2.6. Perú

El 21 de abril del 2016 se publicó la Ley n° 30.424, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional.⁶²

A su vez, el Decreto Legislativo n° 1.352, amplió la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, para delitos de cohecho transnacional, doméstico, lavado de activos y financiación del terrorismo, vigente desde el 1 de enero de 2018, y que modifica los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 11, 12, 13, 14, 16, 17 y 18 de la Ley 30.424.

Tipo de responsabilidad	Régimen de responsabilidad penal para personas jurídicas (aunque en el texto legal se menciona “responsabilidad administrativa”) y régimen
-------------------------	--

⁶² Código Penal de Perú, artículo 397-A°.

	de responsabilidad penal para las personas físicas que las integran, de manera independiente.
Sanciones que aplica	Multas Inhabilitaciones Cancelación de licencias Clausura de sus locales o establecimientos Intervención de la persona jurídica que resulte responsable por un plazo máximo de dos años. Disolución de la persona jurídica
Modelo de atribución	La culpabilidad de empresa se determina por el criterio atribución indirecta o derivada.

El nuevo sistema de sanciones aplicables a las personas jurídicas lo establece el artículo 5 y está conformado por:

- Multas
- Inhabilitaciones
- Cancelación de licencias
- Clausura de sus locales o establecimientos
- Disolución de la persona jurídica

También prevé en el art. 6 las medidas administrativas complementarias como la disposición de la intervención de la persona jurídica que resulte responsable hasta por el periodo de dos años.

El artículo 17.1 se refiere a los *compliance programs*, normativas internas creadoras de una cultura de fidelidad al derecho, que pueden ser causas de eximentes de responsabilidad, tal como prevé la normativa.

4.3. Conclusión parcial

En la actualidad, existe una amplia gama de sanciones que pueden ser impuestas a las empresas. Desde penas de multa, en países como Francia, Reino Unido, Estados Unidos, hasta sanciones administrativas, en Alemania y Brasil. España aplica penas accesorias y también penales e Italia las denominadas como sanciones cuasi-penales.

Ese abanico de posibilidades punitivas revela la necesidad de efectuar un trabajo profundo de integración que permita armonizar los criterios, a los fines de evitar asimetrías o medidas desproporcionadas entre los distintos países; con más razón sería necesario emprender ese camino entre los países que habitualmente tienen intercambios comerciales o los une un bloque económico.

Más aún, si se consideran las figuras penales y las sanciones correspondientes, se trata de institutos muy similares. Por lo tanto, no es tanto el reconocimiento exigible de una nueva y emergente realidad, sino de la necesidad de establecer la manera concreta de hacerle frente.

EE.UU., España, Francia, Italia y Reino Unido, persiguen judicialmente a las personas jurídicas respecto de sus actos delictivos. Por su parte, en aquellos países donde no hay responsabilidad penal propiamente para las personas jurídicas, habría una responsabilidad cuasi-penal o responsabilidad penal-administrativa (Alemania e Italia).

La mayoría de las legislaciones analizadas que contemplan la responsabilidad penal de las personas jurídicas, suelen exigir que la entidad corporativa implemente sistemas y controles adecuados para prevenir delitos, cuyo cumplimiento o incumplimiento podría derivar en exención o atenuación de responsabilidad penal de la empresa o agravamiento, respectivamente.

Las sanciones más frecuentemente aplicadas o comunes son las multas y la prohibición de participar en las licitaciones de compras públicas.

Por último, en Francia y en Reino Unido es posible condenar a la persona jurídica junto a sus representantes o empleados, por los mismos hechos.

CAPÍTULO V

Teoría del delito y personas jurídicas

Hasta la sanción de la ley n° 27.401, lo usual era discurrir sobre la teoría del delito en orden a las personas humanas. A partir de la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, es necesario abordar cómo se manifiestan o despliegan los distintos elementos de la teoría del delito en torno a estos entes ideales.

En palabras de Esteban Righi⁶³, la teoría del delito tiene por objeto formular reglas generales que, sin afectar las particularidades de cada caso, sirvan para imputar cualquier hecho punible a determinadas personas a las que se atribuye responsabilidad en su comisión.

Se trata entonces de utilizar reglas, en cualquier hecho punible, con la finalidad de saber si es imputable la acción criminosa a las personas a las que se les atribuya responsabilidad penal.

Para la doctrina que considera la imposibilidad de asignar responsabilidad penal a las personas jurídicas, la razón es que dichos entes no son capaces de acción ni de culpabilidad. Por ende, la teoría del delito, al basarse en el comportamiento de un ser humano, rechaza ese tipo de responsabilidad para las personas no humanas.

Los argumentos contrarios a la responsabilización penal de la persona jurídica que podrían presentar mayor consistencia encuentran fundamento en la imposibilidad de aplicación de la teoría del delito a la persona jurídica.

¿Por qué? Porque la teoría del delito ha sido totalmente concebida para ser utilizada o aplicada con relación a la conducta realizada por una persona humana y, por eso, no puede ser aplicada con relación a la actividad de la persona jurídica.

La teoría del delito, como modelo analítico o estratificado, efectúa la caracterización del delito a partir del reconocimiento de la subjetividad jurídico-penal, aspecto netamente asociado con el concepto de ser humano. Por lo tanto, se argumenta que la concepción de la persona

⁶³Righi, E. (2007). *Derecho penal, parte general*. Buenos Aires. Ed. Lexis Nexis, pág. 93.

jurídica como una ficción es incompatible con el reconocimiento de la subjetividad jurídico-penal necesaria para la caracterización del delito en un todo de acuerdo con la teoría del delito.

En definitiva, para esta parte de la doctrina, ciertamente, la persona jurídica no tiene comportamiento, no manifestará o no desarrollará una conducta. Esas son instancias reservadas solamente para la persona física. Esta es la que se expresa por medio de sus comportamientos.

Para otro sector de la doctrina, sin embargo, sobre la base de la teoría de la realidad objetiva, que le reconoce a la persona jurídica real capacidad de voluntad y acción, sí es posible sustentar la aplicación de la teoría del delito a la persona jurídica, y reconocer, *a priori*, su capacidad de acción.

El fundamento estriba en que para responsabilizar criminalmente una persona jurídica no es necesario hacer cualquier alteración en la dogmática penal de la teoría del delito. (Galvão da Rocha, 2017, pág. 3)

Klaus Tiedemann (1996)⁶⁴, sostiene que si el derecho reconoce en la persona jurídica a un ente poseedor de personalidad jurídica que la habilita a ser titular de derechos y obligaciones, no hay obstáculos al reconocimiento de que la persona jurídica pueda ser autora de crimen. Considera que es posible que no se pueda hablar de tipificar el comportamiento de la persona jurídica, con los moldes habituales de la teoría del delito.

Para Baigún⁶⁵, no habría que efectuar adecuaciones o adaptaciones al modelo existente, sustentado en la acción de la persona humana, sino crear un nuevo sistema teórico, al que denomina sistema *ad hoc*, sustentado en la acción institucional, que tiene una naturaleza cualitativamente diferente.

En consecuencia, para este excelente doctrinario, cuando en un hecho delictivo participa una persona jurídica, habría que reconocer la existencia de un sistema de atribución de la responsabilidad penal mixto, con dos vías de imputación: por un lado, una vía que se dirige a las personas físicas que integran la persona jurídica cuya responsabilidad se determina al

⁶⁴Tiedemann, K. (1996). Responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Anuario Derecho Penal*, pág. 129

⁶⁵Baigún, D. (2000). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un Nuevo Modelo Teórico)*. Buenos Aires. Ed. Depalma, págs. 27 y 28.

aplicar la teoría del delito tradicional, y por otro, una vía dirigida a la persona jurídica como unidad independiente cuya responsabilidad se determina por medio de ese sistema nuevo.

En ese modelo nuevo, al que Baigún denomina “una estrategia distinta de imputación” no prescinde de las categorías o estratos existentes: acción, tipicidad, antijuridicidad. La acción –que será la acción institucional- deberá ser adecuada al tipo legal previsto (tipicidad) y la antijuridicidad –como contradicción entre el comportamiento del ente y el ordenamiento jurídico- no sufriría cambios, aunque sus componentes subjetivos, en la consideración del dolo como en las causas de justificación deberían ser modificados.

Esta nueva teoría del delito se estructuraría sobre la base de tres pasos:

1. Efectuar una subsunción de la acción institucional a un tipo;
2. Realizar el juicio de antijuridicidad;
3. Atribuir pena con fundamento en la necesidad de neutralizar los riesgos o daños provocados por dichas acciones institucionales

Más allá de las distintas posiciones doctrinarias, el intérprete -en materia penal- deberá seguir una lógica secuencial a los fines de determinar la existencia o no de un delito y como actividad derivada, su punición. Para ello, como primer paso, deberá determinar si existe una conducta, ya sea esta activa, pasiva o de comisión por omisión.

Si tal conducta se verifica, el segundo paso será evaluar la existencia de tipicidad luego de confrontar el presupuesto de hecho (conducta) con el presupuesto de derecho (tipo legal). El tercer paso lo constituirá el análisis de la antijuridicidad, pues una conducta típica podría no ser antijurídica y también un hecho antijurídico podría no ser típico. La tipicidad es un indicio de la antijuridicidad que, si se confirma por ausencia de una causa de justificación, dará lugar al análisis de uno de los elementos más importantes: la culpabilidad.

Si existe conducta y la misma es típica, antijurídica y culpable se estará ante la existencia de un delito y como tal habrá que evaluar su punibilidad. Será punible si no se ha producido la extinción o suspensión de la acción penal o si no existe una excusa absolutoria.

Ese íter determinativo de la existencia de un delito es el que la teoría del delito enseña como modelo de análisis estratificado, que hasta la sanción de la ley de responsabilidad penal empresaria, solo se utilizaba para las personas humanas.

Así las cosas, debido a que la pretensión de este trabajo es evaluar si es necesario replantear los elementos de la teoría del delito, será necesario evaluar los interrogantes que justifican la duda suscitada a partir de la posibilidad de aplicación de la teoría del delito a las personas jurídicas, con sus actuales elementos, o bien con algunas adaptaciones o, directamente, no aplicarla por incompatibilidad de situaciones o circunstancias.

Como punto de partida, las preguntas a cuyas respuestas se debería arribar para evaluar la necesidad de reformular cada elemento de la teoría del delito son las siguientes:

1. ¿Pueden las personas jurídicas llevar a cabo acciones o conductas *per se*?
2. ¿Existen personas humanas en el seno de las personas jurídicas que pueden llevar a cabo acciones o conductas en representación de estas últimas?
3. ¿Las conductas o acciones llevadas a cabo por las personas jurídicas o por las personas humanas pueden ser encuadradas en algún tipo penal?
4. ¿Las conductas o acciones típicas, tanto las de las personas jurídicas como las de las personas humanas que las conforman, pueden tener valoración como lícitas o antijurídicas?
5. ¿Existen causas de justificación que excluyan la antijuridicidad en ambos casos?
6. ¿Quién es responsable de las acciones o conductas de las personas jurídicas? ¿Es responsable solamente la persona jurídica? ¿Son responsables solamente las personas humanas que actúan en su gobierno, administración o representación? ¿Son responsables ambos, personas jurídicas y personas humanas?
7. ¿Las conductas o acciones típicas, antijurídicas y culpables tanto de las personas jurídicas como de las personas humanas que las conforman, son punibles?

En función de lo expuesto, en los puntos que siguen se evaluarán los distintos estratos de la teoría del delito para lo cual se partirá no solo de la definición general de cada elemento,

sino de la definición que cada pensamiento sistémico ha elaborado o desarrollado respecto de ellos.

Se complementará el análisis con la introducción del pensamiento doctrinario más representativo a los fines de considerar cómo se manifestaría cada elemento en torno a la asignación de responsabilidad penal de la persona jurídica.

Finalmente se realizará una evaluación sobre la procedencia, necesidad de reformulación o inaplicabilidad, según corresponda o se considere más pertinente.

5.1 Análisis de la acción:

A priori, cuando se habla de acción se hace referencia a un concepto implícito: la voluntad. Alguien hace o no hace lo que debe hacer. Alguien cumple las normas o alguien no las cumple. Ese alguien, en materia penal, siempre fue asociado a una persona con libertad, intención y discernimiento; esa persona solo podía ser la persona física, como único agente del hecho. (Núñez, 1999, p. 113)

Conteste con ello, Núñez distingue entre la naturaleza ontológica de acción y su naturaleza jurídica. Encuadrado en el primer plano (ontológico), afirma que *“el hecho es la conducta humana manifestada como actividad (acción) o inactividad (omisión).”* Así, continúa el maestro, *“la acción consiste en hacer y la omisión implica no hacer.”*

En tanto, desde el punto de vista jurídico, *“la acción significa la violación de una norma que prohíbe realizar el hecho, mientras que la omisión implica la violación de la norma que manda realizarlo.”*

En sentido amplio, para el derecho penal, la acción es el comportamiento exterior voluntario que causa un resultado. (Núñez, 1999, p. 124)

Según Núñez, en esa definición entran como elementos:

- 1) voluntad del autor;
- 2) su comportamiento exterior;
- 3) el resultado (cuando el tipo delictivo así lo requiere) y

4) una relación de causalidad entre el comportamiento y el resultado.

Resulta interesante exponer la definición de acción para cada enfoque sistémico de la dogmática tradicional:

Acción para el Causalismo	Acción para el Neokantismo	Acción para el Finalismo	Acción para el Funcionalismo
Von Liszt, Beling y Binding. Argentina: Soler y Núñez	Mezger, Radbruch y Goldschmit Argentina: Jiménez de Asúa y Frías Caballero	H. Welzel y R. Maurach Argentina: Zaffaroni	Jescheck, Wessels, Kaufmann Arthur, Roxin, Jakobs Argentina: Righi
Es el movimiento corporal que produce una modificación en el mundo exterior. Acción es conducta voluntaria hacia el mundo exterior; más exactamente: modificación, es decir, causación o no evitación de una modificación (de un resultado) del mundo exterior mediante una conducta voluntaria. Por definición quedan excluidos los delitos de omisión.	Es el comportamiento o conducta humano voluntario, manifestado en el mundo exterior, que se puede valorizar de determinada manera. También quedan excluidos los delitos de omisión.	La acción es ejercicio de actividad final, que comprende dos fases: Primera fase: en la esfera del pensamiento: 1) la anticipación mental del fin perseguido; 2) la selección de medios adecuados y 3) la consideración de los efectos concomitantes a los medios elegidos. Segunda fase: en el mundo real: De acuerdo con lo elaborado en la esfera del pensamiento, el autor lleva a cabo su acción en el mundo real. Es la conducta humana, regida por la voluntad orientada a un determinado resultado, concepto que abarca tanto el hacer corporal como el no hacer, y sirve de base al delito de comisión y al de omisión.	Funcionalismo moderado (Roxin): la "acción es exteriorización de la personalidad". Funcionalismo radical o sociológico (Jakobs): la acción es "la causación de un resultado evitable" o en otras palabras, acción es "la realización individual y evitable del resultado" y omisión es "la no evitación evitable del resultado".

El causalismo tenía una visión naturalista del mundo exterior. Cual microscopio observador de ese mundo, cualquier cambio que se produjera en él, sería revelador de la existencia de un accionar que cambia o altera ese mundo.

Específicamente, puede apreciarse que para el causalismo o positivismo jurídico (Von Liszt y Beling), la acción es el movimiento corporal causado por un acto de voluntad. Si se habla de corporal se hace alusión al cuerpo (persona de carne y hueso) como fase externa

objetiva de la acción. Si se habla de voluntad se habla de un aspecto intelectual, como fase interna subjetiva de la acción, capaz de dominar ese cuerpo.

Por ese motivo, Von Liszt, enuncia el concepto de causalidad en la acción o conducta humana, a la que describe como:

La realización de una mutación en el mundo exterior atribuible a la voluntad humana. A esta mutación llamamos resultado. Su realización es atribuible a la voluntad humana cuando resulta del movimiento corporal de un hombre, querido o lo que es lo mismo arbitrario.

A ese concepto de acción lo divide en dos partes: por un lado, el movimiento corporal y por otro, el resultado, y ambos se unen por la relación causa-objeto (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2003, p. 384)

Ergo, la acción es un movimiento corporal voluntario. Esta posición responde eficientemente para encuadrar el accionar positivo, pero ¿qué sucede cuando el movimiento es involuntario? No hay un dominio de la voluntad sobre el cuerpo y, por ende, el accionar negativo o el no accionar no están contemplados como posibilidad de acción. Por ello, la concepción causalista no brinda respuestas o explicación a los comportamientos omisivos.

El neokantismo, si bien conserva la visión de las ciencias naturalistas del causalismo, donde el conocimiento es una captación metodológica del objeto, incorpora las ciencias espirituales, que se regulan por el principio de normatividad (lógica, estética y ética) y redefine el concepto de ciencia. Con ello, se adentra en el estudio del comportamiento humano y a partir de allí, el conocimiento pasa a ser una creación del objeto; en otras palabras, el valor crea el objeto y ya no habrá derivación del “ser” al “deber ser”, sino todo lo contrario. Será el “deber ser” (valor) el que determine al “ser” (objeto). Por ello se dice que el neokantismo habilitó la construcción de la acción por el tipo.

Con el neokantismo se produce el desplazamiento de la acción como límite a la construcción legal (tipo) al concebir una especie de voluntad jurídica (acción neokantiana) distinta a la natural (acción causalista). Así, dice Jakobs, la acción como sustrato fundante remitió a favor de una acción realizadora del tipo. (Jakobs, 1997, p. 158)

En consecuencia, si la acción se concibe o construye según los tipos, se posibilita incluir datos que no son tales y, en este contexto, acción o conducta es lo que normativamente los tipos dicen que es. (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2003, p. 390)

En el finalismo, Welzel (1987)⁶⁶ define a la acción como “*la conducta voluntaria que consiste en un movimiento del organismo destinado a producir cierto cambio, o la posibilidad, en el exterior del mundo, de vulnerar una norma prohibitiva que está dirigida a un fin u objetivo*”. De esta definición se destacan tres aspectos:

1) la conducta debe ser voluntaria. Si fuera involuntaria (es decir, no motivada por el sujeto sino por un hecho extraño a él), la acción quedaría excluida del campo delictivo;

2) la conducta debe exteriorizarse fuera del sujeto, hacia el mundo exterior, en el mundo material. Si ocurriera en su ámbito interno, sin manifestarse o exteriorizarse, tampoco habría acción desde el punto de vista penal; y

3) no se requiere la consumación del cambio en el exterior del mundo, basta la posibilidad, con lo cual se habilita la consideración de actividad delictiva en los delitos frustrados o en la tentativa.

En el caso del funcionalismo, se deberá distinguir entre la posición moderada de Roxin y la radical de Jakobs.

Claus Roxin sostiene que “*la acción es exteriorización de la personalidad*” y que los actos de las personas jurídicas no son acciones jurídico penalmente relevantes y “*dado que les falta una sustancia psíquico-espiritual no pueden manifestarse a sí mismas. Sólo órganos humanos pueden actuar con eficacia para ellas, pero entonces hay que penar a aquéllos y no a la persona jurídica*”.⁶⁷

Para Jakobs, la acción es la causación de un resultado evitable o la realización individual y evitable del resultado y omisión es la no evitación evitable del resultado. Con ese gran concepto, promueve tres situaciones:

⁶⁶Welzel, H. (1987). *Derecho penal alemán. Parte general*, 3ª ed. (trad. de la 12ª ed. alemana). Chile Santiago. Editorial Jurídica Chile, pág. 53.

⁶⁷Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid. Ed. Civitas S.A., p. 245).

- 1) alcanza a la acción y a la omisión;
- 2) equipara la acción a la inevitabilidad y, por último,
- 3) incluye al dolo y a la culpa.

A partir de allí, define a la acción como diferencia entre un hacer o no hacer u omitir (Jakobs, 1997, p. 173)

De lo expuesto *supra*, se desprende -con seguridad- que para el causalismo, el neokantismo, el finalismo y el funcionalismo moderado de Roxin, el actor central de la acción es un ser humano racional, que voluntariamente puede mover su cuerpo y modificar el mundo exterior (causalismo) o que puede moverlo y modificar el mundo exterior, luego de efectuar una valoración jurídica de su acción (neokantismo) o que puede pensar lo que va a hacer, elegir los medios para hacerlo, calcular o imaginar los resultados posibles y luego llevar a cabo o no la acción en el mundo exterior (finalismo) o que puede exteriorizar su personalidad como manifestación de la instancia psíquico-espiritual del hombre (funcionalismo moderado).

De esa manera, para esas cuatro posiciones sistémicas, las personas jurídicas, al no ser humanas, no podrían pensar, manifestar voluntad, ponerse en movimiento y actuar con libre albedrío. Por tanto, no podrían ser abordadas como sujetos susceptibles de llevar a cabo conductas punibles.

Sin embargo, Jakobs (funcionalismo radical) sostiene que “*ser persona significa tener que representar un papel. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad.*”⁶⁸

En sus palabras se puede visualizar el alcance de su pensamiento:

Persona es algo distinto de un ser humano, un individuo humano; este es el resultado de procesos naturales, aquella un producto social, de lo contrario nunca podría haber habido esclavos y no podrían existir las personas jurídicas.⁶⁹

⁶⁸Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*. Madrid, Ed. Civitas, pág. 50.

⁶⁹Jakobs, G. (2003). *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Con la traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid. Ed. Civitas Ediciones S.L., pág. 21.

Luego, la posición funcionalista, en la expresión radical de Jakobs, admite la posibilidad de que la acción sea una actividad atribuible a un sujeto diferente del ser humano, a una persona y como tal a una persona jurídica.

Entonces, a la luz de estas posiciones, ¿Qué prevé el derecho positivo argentino en esta materia? ¿Pueden las personas jurídicas llevar a cabo acciones o conductas *per se*?

Dalmacio Vélez Sarsfield⁷⁰, en su nota al original art. 43 del Código Civil, señaló:

"... El derecho criminal considera al hombre natural, es decir, a un ser libre e inteligente. La persona jurídica está privada de este carácter, no siendo sino un ser abstracto, al cual no puede alcanzar el derecho criminal. La realidad de su existencia se funda sobre las determinaciones de un cierto número de representantes, que, en virtud de una ficción, son considerados como sus determinaciones propias. Semejante representación, que excluye la voluntad propiamente dicha, puede tener sus efectos en el derecho civil, pero jamás en el criminal (...) Los delitos que pueden imputarse a las personas jurídicas han de ser siempre cometidos por sus miembros o por sus jefes, es decir, por personas naturales, importando poco que el interés de la corporación haya servido de motivo o fin del delito (...) Castigar a la persona jurídica, como culpable de un delito, sería violar el gran principio del derecho criminal que exige la identidad del delincuente y del condenado. Los que creen que los delitos pueden ser imputables a las personas jurídicas, les atribuyen una capacidad de poder que realmente no tienen. La capacidad no excede del objeto de su institución, que es el de hacerle participar del derecho a los bienes. Para esto, la capacidad de los contratos es indispensable".

De esa manera, la teoría de la ficción, elaborada por Savigny y receptada por Freitas, era plasmada en el Código Civil de Vélez Sarsfield.

Como se anticipó en el Capítulo II de este trabajo, para dicha teoría, el hombre es el único sujeto de derecho, la persona jurídica no tiene existencia real, sólo se trata de una ficción creada y utilizada por el Derecho para resolver la necesidad práctica de que las colectividades actúen en el tráfico jurídico.

⁷⁰ Nació el 18 de febrero de 1800 en Amboy, Córdoba, y falleció en Buenos Aires el 30 de noviembre de 1875. Fue abogado, docente, periodista y diputado nacional. Ejerció el derecho durante cincuenta años. Su obra jurídica más importante fue la codificación del derecho privado argentino, con vigencia desde 1871. Extraído de www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artvelezsarsfield/at_download/file.

Para Sebastián Soler⁷¹

... La incapacidad penal de las personas colectivas establecida por el art. 43 CCiv., no solamente constituye la sanción de un principio sustancialmente justo, sino también sustancialmente adecuado a la realidad de las relaciones penales: *societas delinquere non potest*. Toda vez que la sociedad es una persona distinta de la de los socios y su personalidad consiste en un mero centro imputativo, carente de todo sustrato psíquico, resulta indudable que por su naturaleza no es un ente idóneo ni para desplegar acciones que contengan los elementos indispensables para dar base a un delito, ni para sentir la coacción de la amenaza penal, ni para sufrir ella misma una penal personal, que no afecte a ningún tercero inocente. Con tanta ingenuidad jurídica como torpeza política, algunos autores al verificar que es de hecho posible imponer cierto tipo de sanciones de carácter penal a personas colectivas, han entrado a postular ese tipo de legislación como un progreso. En la legislación nacional esa corriente ha logrado admisión franca en la ley 12906, en la cual, además de las penas comunes aplicables a los autores de los hechos, se castiga a las sociedades con fuertes penas de multa y con la disolución. Desde luego, no se ha medido la gravísima injusticia que representa la imposición de una pena que indefectiblemente irá a recaer sobre todos los asociados, comprendidos los que se opusieron a los actos ejecutados por los órganos y los accionistas que votaron por otras personas para dirigir la sociedad.

En similar postura se enrola la opinión del tratadista nacido en Madrid y fallecido en Buenos Aires, Luis Jiménez de Asúa, al señalar:

"... con la definición del delito se exige lo antijurídico y lo culpable. Como lo antijurídico es eminentemente objetivo, no cabe duda que pueden realizar actos jurídicos. Pero cuando llegamos a la culpabilidad, cuando tratamos de definir lo que es el dolo, vemos que la noción de éste no puede resumirse en una fórmula demasiado sencilla y tenemos que buscar sus elementos. No es posible afirmar que una persona ha realizado un acto con dolo si en él no concurren dos grupos de elementos esenciales: el intelectual y el afectivo (...) Pues bien, yo invito a que se defina el dolo de la persona social, con la seguridad de que fracasará de la manera más ruidosa quien intente tan imposible empeño (...) He aquí por qué yo he afirmado que no siendo posible hablar de dolo -que es el elemento característico de la culpabilidad- en la persona social, ésta no puede ser penalmente responsable." ⁷²

⁷¹Soler, S. (1988). *Derecho penal argentino*. Tomo 1. Buenos Aires. Tipográfica Editora Argentina, p. 330.

⁷²Citado por Moncayo, N. (1985). *Delitos Cambiarios y Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires, Depalma, págs. 43 y 44.

Jiménez de Asúa no tiene en cuenta el estrato de análisis de la teoría del delito, en el sentido de encasillar el dolo o su ausencia en la tipicidad o en la antijuridicidad. El centro de su análisis está estrechamente ceñido a la exigencia, como elemento integrativo de toda conducta punible, de un accionar doloso o culposo del imputado, más allá de que se encuentre en el estrato de la tipicidad, de la antijuridicidad o de la culpabilidad.

Según Núñez, con fundamento en la Constitución Nacional, nuestro derecho positivo se enrola dentro de la concepción liberal y estructura el elenco de delitos a partir del concepto de hecho, donde quedan excluidas las ideas, las creencias, los pensamientos, entre otros conceptos que no se definen como hechos. (Núñez, 1999, p. 17)

Por tal motivo, los destinatarios de la represión penal -sostiene Núñez-, son los hombres a quienes se los castiga por sus hechos. Pero esa concepción es plenamente válida cuando se refiere a los delitos convencionales, es decir, aquellos cometidos por hombres.

Afirma Zaffaroni que *“para cualquier teoría de la acción cuya construcción no respete límites ónticos, la cuestión acerca de la posibilidad de ejercicio de poder punitivo sobre personas jurídicas es materia de pura decisión legal”*. Bajo esa perspectiva se podría sostener que *“la acción -o los sujetos- del derecho penal se construyen funcionalmente”* y, por ende, *“se equipara la constitución y los órganos de la persona jurídica con la toma de decisiones humanas”*. Ergo, cuando la persona jurídica decide conforme a sus estatutos se podría admitir que realiza una acción y que hay una culpabilidad por la decisión.⁷³

Sin embargo, sostiene que *“el delito es una manifestación individual humana”* y niega, por lo tanto, capacidad de conductas a las personas jurídicas. Agrega que, con sólo repasar el listado del art. 34 del Código Penal, con relación a la acción humana, es inadmisibles atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, lo que evidencia la plena vigencia de la fórmula *societas delinquere non potest*.⁷⁴

En realidad, la idea de dotar de capacidad delictiva a las personas jurídicas deriva de la perspectiva positivista criminológica y de las teorías tributarias de la llamada defensa social, a las que se sumó el dirigismo estatal, las necesidades del derecho económico, la defensa de la

⁷³Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A. (2003). *Derecho penal. Parte General* (2ª Ed.). Buenos Aires. Ed. Ediar, págs. 426 y 427.

⁷⁴Zaffaroni, E.R. (1988). *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Tomo III. Buenos Aires. Ed. Ediar, pág. 57.

ecología y de los consumidores y, fundamentalmente, los criterios de defensa social para la lucha contra el crimen organizado como el narcotráfico, el lavado de dinero, las mafias organizadas y la corrupción pública. (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2003, p. 428)

No obstante, la posición de considerar como destinatarios de la represión penal solo a los hombres se torna insuficiente para aquellos delitos nuevos, como los ecológicos, los tributarios, los cambiarios, los de competencia desleal, los relacionados con el cohecho jurisdiccional o transnacional, o la corrupción en general, denominados no convencionales y que son cometidos mayormente por una estructura colectiva que excede la figura individual del hombre, a través de las denominadas personas ideales.

Señala Cesano⁷⁵ que las formas de criminalidad que tienen un mayor desarrollo en el ámbito de las corporaciones (como lo son el delito económico y el ambiental) se destacan por el parcelamiento de la actividad delictiva, que comprende diversas conductas que, aisladamente consideradas, resultan irrelevantes desde el punto de vista de la tipicidad. Ello posibilita que los sujetos intervinientes puedan, incluso, ignorar el significado criminal de su aporte, el que sólo sería conocido por los ideólogos, alejados convenientemente de la consumación delictual.

En sentido equivalente, Silva Sánchez plantea la existencia de un derecho penal vinculado con delitos ecológicos, empresariales y tecnológicos, al que considera un derecho penal de dos velocidades. (Sánchez, 2009, p. 44)

1. con una velocidad, se salvaguardan bienes jurídicos elementales (la vida, la libertad física), con derechos y garantías inflexibles o rígidas, cuya afectación o menoscabo provocará la imposición de penas que oscilan entre simples multas y las privativas de la libertad;
2. con la otra velocidad, se salvaguardan el resto de los bienes jurídicos, y se flexibilizan las garantías del imputado, se incorporan criterios administrativos vinculados con proporcionalidad, necesidad y reparación, y en la que por principio estarían excluidas las penas privativas de libertad.

⁷⁵Cesano, J.D. (1998). *En torno a la responsabilidad penal de la persona jurídica*. Buenos Aires. Alveroni Ediciones, pág. 56.

Estas dos últimas posiciones –obviamente no son las únicas- no son un avance producto de la modernidad. Ya en 1888, Gierke, al desarrollar la teoría de la realidad (contraria a la de la ficción de Savigny), adjudicaba responsabilidad penal a las personas morales.

Su fundamento estribaba en que las personas jurídicas tienen una existencia propia, que es legalmente diferente de la de sus miembros. Sostenía que las personas jurídicas también tienen derechos y obligaciones diferentes de los derechos y obligaciones de sus miembros.

Entonces, si una persona jurídica puede obligarse a cumplir ciertos actos, para llevar a cabo su objeto social no es menos cierto que exista la posibilidad de que incumpla tal obligación. De manera más gravosa, no hay ninguna razón que impida pensar que las personas de existencia ideal puedan incumplir una norma legal (cometer delito) y ser responsabilizadas penalmente por ello.

En sentido contrario a las opiniones de Vélez Sarsfield, Soler, Jiménez de Asúa, Núñez y Zaffaroni, entre otros, Enrique Aftalión opina que el principal problema sería tratar de resolver si es justo o injusto imponer sanciones penales a las personas jurídicas.

Considera que el hombre individualmente considerado, es un ser aislado, con evidente debilidad física y económica. Para compensar ello, la técnica jurídica ha ideado instrumentos que le permitieron al hombre asociarse con sus semejantes y afrontar nuevos desafíos, de una manera que permitieron la evolución jurídica y económica de la humanidad a través de la creación de las personas jurídicas. Por ello, en la creencia de que las personas jurídicas deben responder jurídico penalmente por sus actuaciones, ha dicho Aftalión:

... la personería jurídica, aparte de satisfacer las necesidades económicas que constituyeron la razón fundamental de su creación, se mostró pronto como la más perfecta, barata y discreta encarnación de la vieja institución de los testafierros.

... la institución de la responsabilidad penal de las corporaciones no está de contramano en el devenir contemporáneo, y que es justicia su aceptación en todos aquellos casos en que son valederas las reflexiones precedentes.

El ente al que se imputan las acciones no es al agente humano que las realizó; aunque los errores y falsedades son obra humana, la sociedad es la que debe responder civilmente, por lo menos, hasta la concurrencia de su enriquecimiento...

...Si la actual estructura del delito impide por su elemento culpabilidad que algunos acepten la posibilidad de las personas jurídicas como sujetos activos de delito, por qué no pensarse en una estructuración delictual *sui generis* que se amolde a las particularidades de los entes colectivos; ya que es imposible seguir pensando que una teoría determinada nos haga desconocer una realidad criminológica, cual es la de que las personas ideales realizan conductas dañinas a la sociedad.⁷⁶

Por su parte, Baigún, interpreta a la acción como el eje de su sistema *ad hoc*, en el cual la persona jurídica no es una ficción sino una realidad. Como tal, es la expresión institucional de una verdadera empresa o explotación económica. Al ser una entidad de esta característica, su sistema estaría integrado por tres unidades reales a las que Baigún denomina:

- regulación normativa;
- regulación organizacional e
- interés económico

Para Baigún, con fundamento en esos caracteres, la acción que realiza una persona jurídica tiene una naturaleza cualitativamente distinta de la que puede ejecutar una persona física. Para diferenciarla y aclarar esa distinción la llamará “acción institucional”. (Baigún, 2000, p. 27)

Esa acción institucional será el resultado de la interacción entre la regulación normativa, la organizacional y el interés económico, los que concurren para conformar una nueva unidad o elemento, aun cuando sea el propio ser humano el que actúa tanto en la ejecución como en la elaboración de la decisión institucional.

Claramente, existe la posibilidad de que, en el ejercicio de su objeto social, las personas jurídicas sean capaces de llevar a cabo su actividad en forma normal, legal, ajustada a derecho o, contrariamente, opten por infringir las normas jurídicas a que están sometidas.

Entonces, si la persona jurídica es una entidad diferenciada de sus miembros, ¿puede provocar resultados o llevar a cabo comportamientos disvaliosos que puedan serle atribuida a ella como tal en vez de a sus representantes? Es decir, si la persona jurídica desarrolla

⁷⁶Molina Arrubla, C. (1984). La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El Costo de la Tradición en el Estudio del Derecho Penal, pág 130, citando a Aftalión, E. (1969) Las Personas Jurídicas y el Derecho Penal, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Buenos Aires, Argentina, No. 4, Octubre-Diciembre, pág 487.

actividades o comportamientos disvaliosos ¿se pueden considerar tales actividades como acciones, en el sentido jurídico-penal?

¿Existen personas humanas en el seno de las personas jurídicas que pueden llevar a cabo acciones o conductas en representación de estas últimas?

Por definición legal ⁷⁷ habrá sociedad:

... si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas. La sociedad unipersonal sólo se podrá constituir como sociedad anónima. La sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal.

Asimismo, cuando la ley 19.550, regula la responsabilidad de los socios establece que *“responden frente a los terceros como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales...”*⁷⁸. Igualmente prevé en su artículo 58 que *“el administrador o el representante que de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social.”*

No es el libre albedrío del ser humano, persona física o ser espiritual. Es la decisión colectiva, unánime o mayoritaria, adoptada en el seno de un órgano deliberativo o volitivo y ejecutada por un conjunto de personas o una sola, que actúan o actúa en representación de una persona jurídica distinta de aquellas, incluso aunque personalmente no esté de acuerdo.

Como se dijo, si se acepta que las personas jurídicas necesitan el reconocimiento de su existencia a partir del ordenamiento legal y son titulares de un patrimonio (a diferencia de las personas físicas que pueden ser titulares de otro tipo de bienes), materialmente también pueden ser objeto de ciertas sanciones tales como la pena de multa, clausura, decomiso, caducidad de beneficios, inhabilitación y cese forzoso de su existencia.

⁷⁷Ley n° 19.550 de Sociedades Comerciales, art. 1°, sustituido por punto 2.2 del Anexo II de la [Ley N° 26.994](#) B.O. 08/10/2014 con vigencia desde el 1° de agosto de 2015, texto según art. 1° de la [Ley N° 27.077](#) B.O. 19/12/2014

⁷⁸Ley n° 19.550 de Sociedades Comerciales, art. 24°

Se volverá a retomar al eminente tratadista argentino, Dr. David Baigún, cuando al referirse al elemento cognitivo del dolo, señala:

La acción institucional, como producto, no genera la voluntad social dolosa a partir de la acumulación o suma de los conocimientos individuales, ni tampoco requiere que cada miembro del órgano aporte necesariamente su conocimiento; el producto de la decisión, en su proceso de elaboración, puede recurrir a una o varias individualidades, escoger una u otra de sus manifestaciones, pero el resultado se obtiene en un nivel diferente; lo denominamos información construida. (Baigún, 2000, p. 80)

Schünemann⁷⁹, sostiene que son dos las manifestaciones de la criminalidad empresarial: por un lado, la criminalidad de la empresa y por otro, la criminalidad en la empresa. La primera, cual fuerza centrífuga hacia afuera, abarca la criminalidad surgida en su seno, que se proyecta al exterior a partir de la empresa y afecta intereses y bienes de terceros ajenos a ella; la segunda, como fuerza centrípeta hacia adentro, a partir de la cual provoca efectos que se despliegan en contra de la empresa o de los miembros de la misma.

Cuando las personas humanas llevan a cabo acciones dentro de una empresa y actúan para la empresa, sus acciones individuales deben ser consideradas como acciones de la empresa. Para arribar a ese resultado es necesario imputar las acciones a la empresa o entender que es el propio ente colectivo el que actúa a través de sus órganos constitutivos.

Es necesario precisar cuándo esa acción, en sentido jurídico penal, es la de una persona humana que actúa autónomamente, con consecuencias hacia ella solamente y cuándo esa acción de la persona humana se transfiere o atribuye solamente a la persona jurídica o a ambas personas.

Como se verá más adelante, por el principio de personalidad de las penas -que preceptúa que el derecho penal solo debe castigar las acciones propias de cada persona- sería improcedente imputar la acción de una persona humana a una persona jurídica.

⁷⁹Schünemann, B. (1988). Cuestiones básicas de dogmática Jurídico - Penal y de Política Criminal acerca de la criminalidad de la empresa, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, II, pág. 531.

Sin embargo, en el ámbito de la coautoría, muchos de los ordenamientos jurídicos admiten la imputación del acto de un autor a otro, siempre que los autores hayan decidido realizar en común el acto en cuestión. (Tiedemann, 1996, p. 114)

La responsabilidad penal se les atribuye por los delitos que hubieren realizado, en forma directa o indirecta, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio.

El segundo párrafo del art. 2º, de la ley 27.401, prevé que *“también son responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita.*

Una de las principales novedades que devienen de la nueva norma es la extensión de responsabilidad penal a la sociedad por hechos ilícitos cometidos por terceros, cuando esa relación fuese ratificada por la empresa ya sea de manera explícita o tácita.

Lo controvertido podría resultar el alcance de la expresión “tácita” toda vez que podría haber situaciones donde el tercero, por ejemplo, un proveedor de la empresa, cometa un ilícito, el pago de sobornos a un funcionario público, sin que la empresa conozca esa situación y continúe las operaciones con ese proveedor. Esa continuación ¿es una especie de ratificación tácita? La indefinición, ambigüedad, vaguedad o alcance impreciso podría afectar alguna garantía constitucional que debe preservarse.

De todas formas, vale reiterar la afirmación de Zaffaroni: *“para cualquier teoría de la acción cuya construcción no respete límites ópticos, la cuestión acerca de la posibilidad de ejercicio de poder punitivo sobre personas jurídicas es materia de pura decisión legal.”*⁸⁰

Esa decisión legal finalmente ha llegado y con ella la certeza de que es posible sancionar a las personas jurídicas, pese a todas las posiciones doctrinarias que puedan oponerse. Ahora, ¿es posible utilizar las nociones del derecho penal clásico y su teoría del delito, en este caso el sustantivo acción o conducta, como presupuesto de hecho para responsabilizar directamente la persona jurídica?

⁸⁰Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A. (2003). *Derecho penal. Parte General* (2ª Ed.). Buenos Aires. Ed. Ediar, págs. 426 y 427.

Si la acción de la teoría del delito solo es concebida como una acción humana, la acción de las personas jurídicas deberá ser analizada bajo otro formato de imputación. Si se comparte el criterio de defensa social y que, al fin y al cabo, la actividad de una persona jurídica es una acción institucional puesta en movimiento como producto de una voluntad social que producirá una modificación o una no modificación en el exterior del mundo, la acción antropocéntricamente considerada de la teoría del delito deberá ampliarse o adaptarse para contemplar una acción que exceda el comportamiento individual de una persona humana y se pueda entender como un concepto social de acción.

La adaptación propuesta podrá partir del concepto de “acción institucional” de Baigún o el “comportamiento exterior evitable” de Bacigalupo, en lugar de acción individual sin que esta adaptación deba implicar la construcción de una nueva teoría del delito.

Ergo, la persona jurídica puede realizar una conducta (actividad institucional) y habrá que analizar si esa conducta es típica o atípica.

5.2. Análisis de la tipicidad

Se debe distinguir entre tipo penal y tipicidad. Tipo penal es la descripción abstracta de la conducta prohibida por la norma que efectúa el legislador. Mientras que tipicidad es el resultado de un juicio u operación mental llevada a cabo por el intérprete o el juez, que permite determinar que la conducta objeto de examen coincide con la descripción abstracta contenida en la ley penal. (Lascano, 2005, pág. 261)

El tipo penal no es el hecho punible sino uno de sus elementos. Constituye la característica jurídica del hecho punible que representa la base fáctica alrededor de la cual giran la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad. (Núñez, 1999, p. 139)

La tipicidad es solo un indicio de la antijuridicidad del hecho, pues la presunción que aquella implica es excluida cuando concurre una casusa de justificación.

Asimismo, la falta de adecuación del hecho concreto o conducta disvaliosa a la descripción abstracta contenida en el tipo penal provoca la falta de tipo o atipicidad de la conducta del sujeto, con lo cual no hay delito, sin perjuicio de la existencia de ilicitud y sus consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil resarcitoria. (Lascano, 2005, pág. 282)

Los elementos del tipo pueden ser objetivos o subjetivos. Son elementos objetivos del tipo los hechos, cosas, personas, relaciones, etc. de naturaleza material objetiva. Son elementos subjetivos del tipo aquellos que aluden a una situación anímica del autor del delito, cualquiera sea su naturaleza: un saber, una intención, un motivo, un sentimiento o un estado afectivo. No obstante, estos elementos deben ser probados. (Núñez, 1999, págs. 139 y 140)

Mayormente, no existen problemas en torno al análisis del elemento objetivo. Pero con relación al subjetivo, la tipicidad comprende el estudio tanto del dolo como de su ausencia (lo que se denomina error de tipo).

El tipo penal es la descripción de un acto omisivo o activo como delito establecido en el presupuesto jurídico de una ley penal. Los tipos penales están compilados en la parte especial de un Código Penal. El tipo penal es el concepto legal. Es la descripción de las acciones que son punibles, y que se las compila en un código. (Bacigalupo Zapater, 1999, p. 212)

Para las diferentes posiciones sistémicas estos son los conceptos de tipicidad:

Tipicidad para el Causalismo	Tipicidad para el Neokantismo	Tipicidad para el Finalismo	Tipicidad para el Funcionalismo
Von Liszt, Beling y Binding. Argentina: Soler y Núñez	Mezger, Radbruch y Goldschmit Argentina: Jiménez de Asúa y Frías Caballero	H. Welzel y R. Maurach Argentina: Zaffaroni	Jescheck, Wessels, Kaufmann Arthur, Roxin, Jakobs Argentina: Righi
Es la acción penalmente relevante solo sobre aspectos objetivos.	Existen elementos normativos (juicios de valor) y subjetivos del tipo. El dolo y la culpa ya no son formas de culpabilidad, sino uno sus elementos. Se mantiene la relación causal para unir la conducta del sujeto con el resultado. La tipicidad pasa a ser razón y existencia de la antijuridicidad.	El tipo es concebido como un tipo de acción o de omisión. Es un tipo complejo con elementos objetivos, normativos y subjetivos. También traslada el dolo y la culpa desde la culpabilidad hacia el tipo. La culpa sigue definida como una inobservancia al cuidado debido que se refleja en el resultado lesivo del bien jurídico.	El tipo sigue dividido en objetivo y subjetivo, y se mantiene la división en tipos dolosos de comisión y tipos imprudentes. Se valora en este estado la acción del sujeto desde el punto de vista de la necesidad abstracta de pena y su fin.

Para el causalismo el dolo y la culpa no son formas del tipo sino formas de la culpabilidad. Es decir, si no existe dolo, se mantiene la existencia del hecho típico y antijurídico. No hay valoración del hecho realizado. Es una tipicidad netamente objetiva. Será

necesario que la acción pueda conectarse causalmente con el supuesto de hecho previsto en la norma.

En el neokantismo, al adquirir importancia la idea de valor, es necesario valorar el hecho: si se ha infringido una norma habrá desvalor de resultado.

En el finalismo se habla de tipo subjetivo (como desvalor de acción) y de tipo objetivo (como desvalor de resultado). Dentro del tipo subjetivo considera el tipo doloso como intención y el tipo imprudente como infracción del deber. Para esta posición no hay dos formas de culpabilidad sino dos formas de tipicidad. El tipo es un mero indicio de la antijuridicidad. El desvalor de resultado solo importa a partir del desvalor de acción.

Para el funcionalismo, la tipicidad tendrá una parte objetiva, cual es la imputación objetiva, o sea, el riesgo jurídicamente desaprobado (conducta que realiza el riesgo y que quiere evitar la norma) y una parte subjetiva, con análisis del dolo (conocimiento del hecho) y de la imprudencia (falta de diligencia), donde también es importante lo que piense la sociedad como imputación del demérito.

El elemento tipicidad, bajo las concepciones del causalismo y del neokantismo, es aplicable sin ninguna objeción al análisis de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Con respecto al contenido otorgado a este elemento por los finalistas y los funcionalistas surgirán las complicaciones derivadas de la consideración del elemento subjetivo del tipo legal.

El Dr. Zaffaroni⁸¹ explica:

El análisis de la tipicidad (o sea, de la adecuación de la acción al tipo) no puede ser puramente descriptivo, sino que debe ser también (y esencialmente) valorativo. Como parte sustancial de la tarea valorativa incumbe al teórico precisar en cada caso si no se trata de un embutido arbitrario de poder punitivo, de una rareza en el entendimiento del tipo, de una novedad insólita o inaudita, o del aprovechamiento de las contradicciones del legislador, como también es su tarea rigidizar el tipo tanto como sea posible. Con todo, aun cuando una conducta produzca un conflicto, ello sin más no permitiría habilitar el poder punitivo, pues todavía restaría establecer si la intervención

⁸¹Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A. (2003). *Derecho penal. Parte General* (2ª Ed.). Buenos Aires. Ed. Ediar, p. 378

humana voluntaria era dirigida finalmente a la afectación del bien jurídico o, cuanto menos, sin observarse reglas de cuidado.

Enfocado el análisis en el marco regulatorio correspondiente de la ley n° 27.401, ¿las conductas o acciones llevadas a cabo por las personas jurídicas o por las personas humanas pueden ser encuadradas en algún tipo penal?

Al respecto, es necesario atenerse al texto legal, a sus propias palabras, las que deben ser tomadas sin violación de su letra o de su espíritu.

El tipo legal contempla los sujetos y los hechos que serán constitutivos del delito. Los sujetos están definidos en el art. 1° como “*las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal.*”

El art. 148° del nuevo Código Civil y Comercial (CCyCN) define el alcance de la mención “personas jurídicas privadas” al enumerarlas expresamente:

- Las sociedades;
- Las asociaciones civiles;
- Las simples asociaciones;
- Las fundaciones;
- Las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas;
- Las mutuales;
- Las cooperativas;
- El consorcio de propiedad horizontal;
- Toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.

Por otro lado, el art. 1° de la norma establece los delitos respecto de los cuales esas personas jurídicas son responsables penalmente, a saber:

- a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, previstos por los artículos 258 y 258 bis del Código Penal;
- b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previstas por el artículo 265 del Código Penal;

- c) Concusión, prevista por el artículo 268 del Código Penal;
- d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previsto 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.

Los primeros cuatro incisos se refieren a hechos claramente vinculados con actos de corrupción. El delito de balances e informes falsos encuadra dentro de los tipificados como fraude al comercio y la industria, pero las personas jurídicas serán penalmente responsables cuando esos hechos fueran realizados para el ocultamiento de la comisión de cohechos y sobornos internacionales.

Este elenco de tipos legales se complementa con los previstos en leyes especiales que contemplan la responsabilidad penal de la persona jurídica para los delitos de desabastecimiento (ley 20.680), aduaneros (ley 22.415), cambiarios (ley 19.359), tributarios (ley 24.769), contra la libre competencia (ley 25.156), en el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (ley 24.241) y finalmente en el propio Código Penal en el título llamado delitos contra el orden económico y financiero, con la modificación efectuada por la ley 26.683 de lavado de activos.

Lo trascendente de la ley, es que con su vigencia se criminaliza a las personas jurídicas nacionales por la comisión del soborno local y transnacional, y también se castiga la falsedad o falta de veracidad de sus registraciones contables, en los casos que la misma sirva para ocultar la comisión de tales ilícitos.

Sin perjuicio de ello, no se ha logrado sistematizar en una sola norma el conjunto de situaciones vinculadas con la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es de esperar que tal situación se modifique en breve con la reforma al Código Penal a partir de la convocatoria a prestigiosos juristas del medio que efectuara el Poder Ejecutivo.

En tal sentido, como lo prevé el decreto de constitución de la Comisión de Reforma al Código Penal, se pretende lograr *“una adecuada sistematización y ordenamiento de toda la normativa penal, abordando las modificaciones necesarias enunciadas, con el fin último de*

consolidar la institucionalización, la seguridad jurídica y la plena vigencia de los derechos y las garantías individuales.”⁸²

La nueva norma describe también un caso de posible atipicidad. En efecto, el último párrafo del art. 2º de la ley establece que *“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 aquella”*. Similar disposición tenía el proyecto del Poder Ejecutivo Nacional, así como el de la cámara baja.

Esa exención legal apunta a preservar los casos donde la persona jurídica podría ser damnificada o víctima del ilícito. La condición es que con el obrar disvalioso de la persona humana, la persona jurídica no haya obtenido ningún beneficio ni provecho.

La falta de sanción a la empresa genera dos efectos: en primer lugar, la incentiva a revelar y cooperar con la justicia para denunciar lo que ocurra en materia delictiva dentro de su organización; en segundo lugar, neutraliza el doble castigo de penalizar a sus propietarios e interesados, quienes ya sufrieron las consecuencias dañosas por los actos del empleado infiel o deshonesto.

Los más importante, se reitera es que de la parte final del art. 2º se desprende una de las dos posibilidades de encuadrar la conducta como atípica por falta de uno de sus elementos objetivos, es decir, la obtención de un beneficio.

La otra posibilidad de atipicidad, por ausencia del elemento objetivo, surge del art. 4º cuando prevé, como una de las causales de extinción de la acción penal, a la amnistía.

Tal como se verá en el punto siguiente, relacionado con el análisis de la antijuridicidad, al ser una potestad del Congreso de la Nación regulada por la Constitución no puede omitirse mediante una ley especial. Ello explica la existencia de continuas moratorias o blanqueos fiscales que, en el afán recaudatorio, han eximido al Estado de perseguir a quienes (personas humanas o jurídicas) se adhieran.

⁸²Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 103, B.O. 13/02/17 extraído de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/270000-274999/271799/norma.htm>

Cabe la pregunta, ¿En estos casos, la amnistía opera como exclusión de la antijuridicidad, al convertir un hecho típico, antijurídico y culpable en no punible o lo transforma en atípico, ni siquiera sería delito? Más allá de las posibles interpretaciones y del debate que pudiera emerger sobre la cuestión, se considera a esta altura, que la amnistía solo podría operar como extinción de la acción penal.

Por último, para algunos⁸³, existiría otra alternativa de atipicidad, esta vez vinculada con el elemento subjetivo, que deviene de lo dispuesto en el art. 9° cuando se establece:

Exención de pena. Quedará eximida de pena y responsabilidad administrativa la persona jurídica, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias:

- a) Espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna;
- b) Hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito;
- c) Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido.

La duda en cuanto a si los programas de cumplimiento vendrían a actuar como eximentes de responsabilidad o como atenuante de la pena se resuelve con una interpretación pura y simple de la letra de la norma: la misma comienza el artículo con la mención “exención de pena”. Por tal motivo, será abordada como excusa absolutoria en el análisis de la punibilidad.

En realidad, en el proyecto de ley remitido originalmente por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación se preveía, como factor de atribución de la responsabilidad penal, el “déficit o culpa de la organización”, y se ubicaba esa circunstancia en la estructura del tipo penal.

De esa forma, si la persona jurídica cumplía el deber de vigilancia no incurría en el déficit de organización. Pero lo más importante es que la empresa no solo no debía probar el cumplimiento del deber de vigilancia, sino que el órgano acusador debía demostrar esa falta de

⁸³Anllo, L. y Cornejo Costas, E. (2018). Exigencias e interrogantes en contratos de participación pública privada en *Ámbito Financiero*, Buenos Aires. Disponible en: <http://www.ambito.com/911821-exigencias-e-interrogantes-en-contratos-de-participacion-publica-privada>

vigilancia. En consecuencia, la conducta no probada no daría lugar a la configuración de delito, sería atípica.

La nueva ley, no contempla ese supuesto como parte integrante del tipo penal sino como un supuesto que hace admisible la exención de la pena y la responsabilidad administrativa. En este caso, la conducta sería típica, antijurídica, culpable y punible, pero si la empresa demuestra que ha cumplido con su deber de vigilancia, se eximirá de pena.

En el proyecto original solo habría delito ante la falta de vigilancia y siempre que fuera probada por quien acusa. En la nueva ley, la existencia o falta de vigilancia de la sociedad no es una circunstancia que se evalúa en el íter previo a determinar la existencia de delito sino después de haberse configurado el mismo.

Se considera un error ese cambio por contradecir el objetivo de incentivar la implementación y adopción de un mecanismo adecuado de vigilancia a través de un programa de cumplimiento.

En el caso de que la persona jurídica acredite el cumplimiento de las tres condiciones transcriptas *supra* sería eximida de pena; en tanto, de cumplir parcialmente las condiciones, podría ser beneficiada con una atenuación de la pena.

Pero en ninguna circunstancia se podría concluir que el cumplimiento deriva en la inexistencia de un delito, con lo cual habría atipicidad, o que se trate de una causa de justificación, con lo cual sería excluida su conducta de la antijuridicidad. Debe ser claramente una conducta típica, antijurídica, culpable y punible, y en ese caso, el cumplimiento concomitante de las tres condiciones actuaría como una excusa absolutoria.

Con relación al elemento objetivo del tipo no quedan dudas de la aplicación válida del análisis de tipicidad de la dogmática tradicional. Si existe un hecho (llámese acción, acción social, actividad institucional, comportamiento exterior evitable, etc.) constitutivo del presupuesto de hecho y el mismo se encuentra encuadrado en el presupuesto de derecho (tipo legal previsto), se manifestará la tipicidad en su faz objetiva. Se cumplirá el tipo.

Con relación al elemento subjetivo del tipo, ¿Cómo se manifiestan las circunstancias o elementos anímicos del autor del delito cuando se trata de una persona jurídica? ¿Cuándo actúa

con dolo o con culpa una empresa si no es un ser humano que pueda exteriorizar sus intenciones?

Al respecto, Baigún sostiene que la acción de una persona jurídica -a la que denomina “actividad institucional”- es un producto desprovisto de las notas de subjetividad de las personas físicas. Entonces, su adecuación al tipo, debiera ajustarse a pautas distintas ya que – para ajustar la “acción institucional” al tipo penal- la subjetividad como elemento de la psique humana, sólo predicable de una acción del hombre, obligaría a realizar una interpretación diversa del conocimiento y voluntad requeridos por el dolo y a prescindir de los llamados elementos subjetivos especiales.

Así pues, el dolo, en ese modelo de Baigún, al que llama sistema *ad hoc*, no es el dolo del ser humano sino un concepto cualitativamente diferente, acorde con la naturaleza de la acción institucional, al que denomina “voluntad social dolosa.” (Baigún, 2000, p. 79)

En consecuencia, las conductas o acciones llevadas a cabo por las personas jurídicas o por las personas humanas pueden ser encuadradas en alguno de los tipos penales previstos en la parte especial del Código Penal, para las personas humanas y en las leyes especiales específicas vigentes y en la ley 27.401 para las personas jurídicas.

5.3 Análisis de la antijuridicidad

Es la calidad del hecho que determina su oposición al derecho. No basta con que un hecho sea típico para que sea antijurídico. Si fuera típico y antijurídico, se habilita el siguiente estrato de análisis, es decir, la culpabilidad. Pero puede ser típico y no ser antijurídico, porque podría existir una causa de justificación que excluye la antijuridicidad. (Núñez, 1999, pág. 153)

Las causas de justificación son permisos concebidos para cometer un hecho penalmente típico, en determinadas circunstancias. Se manifiestan cuando existen conflictos entre dos bienes jurídicos. Lo que resuelve la causa de justificación es la salvaguarda del bien más preponderante para el derecho positivo.

La posición con respecto a la antijuridicidad por parte de cada pensamiento sistémico es la siguiente:

Antijuridicidad para el Causalismo	Antijuridicidad para el Neokantismo	Antijuridicidad para el Finalismo	Antijuridicidad para el Funcionalismo
Von Liszt, Beling y Binding. Argentina: Soler y Núñez	Mezger, Radbruch y Goldschmit Argentina: Jiménez de Asúa y Frías Caballero	H. Welzel y R. Maurach Argentina: Zaffaroni	Jescheck, Wessels, Kaufmann Arthur, Roxin, Jakobs Argentina: Righi
Es la contradicción de la conducta con el plexo Normativo. Dolo (dolo malo: elemento volitivo – querer- y conocer que lo realizado es antijurídico – saber-) y culpa eran formas de culpabilidad (fines del siglo xix). La culpabilidad en sí era vista como una relación subjetiva entre el hecho y su autor. La culpa era definida como una infracción al deber de diligencia. Se considera en definitiva a la culpa como una forma menos grave de la culpabilidad.	Al juicio de desvalor objetivo de carácter formal, se le agrega un juicio de desvalor material. La antijuridicidad consistirá en la reprobación jurídica que recae sobre el acto formalmente contrario a derecho, que produce "un daño social (contenido material). Las causas de justificación fueron llamadas elementos negativos del tipo. Se impuso una concepción material de antijuridicidad, entendida como violación al bien jurídico (análisis de lesividad).	Distingue por un lado el aspecto formal (contrario a la norma) y el material (lesión o puesta en peligro del bien jurídico). La antijuridicidad es concebida como una contradicción entre la realización del tipo y las exigencias del derecho. Sólo es antijurídica la acción cuando es la obra de un autor determinado (injusto personal). Lo antijurídico era entendido en sentido formal como acción típica no amparada por una causa de justificación. Imputabilidad (era vista como un presupuesto de la culpabilidad)	No se habla de antijuridicidad sino de Injusto. El tipo contiene la acción, y el injusto contiene a la acción y al tipo: sólo las acciones típicas pueden constituir un injusto penal. La antijuridicidad no es una categoría especial del derecho penal sino de todo el ordenamiento jurídico y desde él provienen todas las causas de justificación. Desde el punto de vista político criminal en el injusto se solucionan colisiones de intereses de forma relevante para la punibilidad y sirve de punto de conexión con las medidas de seguridad.

Para el causalismo la antijuridicidad es objetiva; solo importa la contrariedad del aspecto externo del hecho (elemento objetivo) con el derecho (orden jurídico).

Para el neokantismo la antijuridicidad es un juicio de desvalor sobre el hecho. Es la infracción de la norma de valoración del hecho objetivo (desvalor de resultado).

En el finalismo la antijuridicidad es entendida en sentido formal, como acción típica no amparada por una causa de justificación.

Para el funcionalismo, la antijuridicidad es el injusto. No es una categoría especial del derecho penal sino de todo el ordenamiento jurídico. Es la ausencia de causas de justificación

En lo concerniente a las personas jurídicas, la antijuridicidad es la contradicción entre el comportamiento del ente y el ordenamiento jurídico. Se dijo que no todo comportamiento típico es antijurídico.

Para algunos⁸⁴, cualquiera sea el concepto de antijuridicidad, ya sea como mera contradicción entre el hecho y la norma (formal) o como contradicción que lesiona un bien jurídico (material), “*resulta imposible que la persona jurídica adquiera capacidad de acción. Por tanto, (...), es inasumible que pueda reprocharse, en sentido propio, la antijuridicidad de un hecho cuya realización es imposible*”.

Claramente esa postura es demostrativa de que la persona jurídica es vista como un medio o instrumento para la acción criminal y no como un sujeto propio de ella.

De todas formas, la ley 27.401 contiene los supuestos donde la actividad de las personas jurídicas sería típicamente un delito.

Corresponde ahora determinar si ante la existencia de una conducta típica y antijurídica de una persona jurídica existen causales de exclusión de la antijuridicidad en virtud de la necesidad de salvaguardar bienes jurídicos propios o ajenos de mayor valor al lesionado por ella.

Hasta la sanción de la ley n° 27.401, en general, las causas de justificación se encontraban reguladas en el Código Penal, en los siguientes artículos:

- Art. 34, inc. 3: estado de necesidad;
- Art. 34, inc. 4: cumplimiento de la ley y ejercicio legítimo de un derecho, autoridad o cargo;
- Art. 34, inc. 5: obediencia debida;
- Art. 34, inc. 6: legítima defensa de la propia persona o derechos propios;
- Art. 34, inc. 7: legítima defensa de la persona de un tercero o sus derechos;
- Art. 86, párrafo 2°, inc. 1°: autorizaciones legales;
- Art. 86, párrafo 2°, inc. 2°: aborto eugenésico;
- Art. 111, inc. 1°: en caso de injuria, si el hecho atribuido a la persona ofendida, hubiere dado lugar a un proceso penal;

⁸⁴Pérez Arias, J. (2011). *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Madrid. Ed. Dykinson, pág. 109

- Art. 152: la violación de domicilio, cuando quién incurra en tal acto lo haga para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, o si lo hiciere para cumplir un deber de humanidad o prestar auxilio a la justicia.

Puede apreciarse que todas las causales de exclusión de la antijuridicidad expuestas se corresponden con situaciones donde el sujeto cuya causa encuentra justificación es la persona humana, como centro de afectación.

El art. 4° de la ley 27.401 establece dos modalidades de terminación del proceso: 1) la amnistía que trata sobre la antijuridicidad de la conducta y es un instituto facultativo del Congreso Nacional y 2) la prescripción que actúa sobre la acción por el paso del tiempo.

La consecuencia de lo expuesto es que, a las conductas o acciones de las personas humanas que sean típicamente antijurídicas, se les podrá aplicar el filtro que excluye la antijuridicidad, a través de las causas de justificación contempladas en el Código Penal. Mientras que, cuando las conductas o acciones de las personas jurídicas sean típicamente antijurídicas, todavía podrán sortear la existencia de delito, mediante la aplicación de las causas de justificación previstas en la Ley 27.401.

En conclusión, el elemento antijuridicidad de la teoría del delito es plenamente aplicable a las personas jurídicas, con el alcance y limitación específicos dispuesto por la norma.

5.4. Análisis de la culpabilidad

Desde el punto de vista jurídico penal la palabra culpabilidad remite a dos significados:

- 1) Como garantía individual consagrada implícitamente en el artículo 19 de la Constitución Nacional al establecer que *“ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”*

Este principio presupone que el hombre goza del libre albedrío y de la conciencia que le permiten elegir valorativamente entre delinquir y no delinquir.

- 2) Como categoría o elemento del delito. En este caso, la culpabilidad *“es la actitud anímica jurídicamente reprochable del autor respecto de la consumación de un hecho penalmente típico y antijurídico”*. (Núñez, 1999, pág. 181)

La definición de culpabilidad ha sido abordada desde distintas posturas. Curiosamente, a pesar de que no sean totalmente iguales, poseen algunas coincidencias en los puntos más generales.

Culpabilidad para el Causalismo	Culpabilidad para el Neokantismo	Culpabilidad para el Finalismo	Culpabilidad para el Funcionalismo
Von Liszt, Beling y Binding. Argentina: Soler y Núñez	Mezger, Radbruch y Goldschmit Argentina: Jiménez de Asúa y Frías Caballero	H. Welzel y R. Maurach Argentina: Zaffaroni	Jescheck, Wessels, Kaufmann Arthur, Roxin, Jakobs Argentina: Righi
Relación anímica o psicológica del autor con el hecho.	Se adopta un concepto normativo. Alguien será culpable de algo, si su conducta se la puede reprochar. Su estructura es: <ul style="list-style-type: none"> • Imputabilidad • Conocimiento de la antijuridicidad (el dolo o la culpa). • No exigibilidad de otra conducta, (si al sujeto, de acuerdo a sus condiciones personales y circunstancias que lo rodean, el derecho le puede exigir una conducta distinta a la que realizó). El dolo y la culpa no son formas de culpabilidad sino elementos de ella.	La culpabilidad se erige como un concepto cuasinormativo. Se mantiene el juicio de reproche, es decir, la posibilidad del autor de actuar de otra forma. Se mantienen la imputabilidad y las circunstancias concomitantes.	Prevención general positiva o integradora. Ser infiel a la norma. Realización del injusto a pesar de la capacidad de reacción normativa (Roxin) Es ser infiel al derecho. (Jakobs) Culpable será el que, pudiendo, no obra conforme a derecho.

Una de las posturas (causalismo) considera a la culpabilidad, desde el aspecto psicológico, como una simple relación mental o psíquica existente entre la conducta desplegada y el autor que la despliega. En este caso, el dolo y la culpa son componentes del estrato de la culpabilidad y no de la tipicidad. Por obvias razones, la postura psicológica no es aplicable a las personas jurídicas dado que carecen de un intelecto en el que se desarrolle la materia psicológica o psíquica.

Una segunda postura, proviene del neokantismo, es llamada psicológica-normativa. Mantiene el elemento psicológico, pero agrega una visión normativa: alguien será culpable si su conducta es reprochable. A partir de esta valoración, era posible hacerle un juicio de reproche al autor, por haber cometido una conducta típica y antijurídica cuando le era posible actuar de otro modo. No obstante, al no abandonar la relación subjetiva de la persona con el

hecho, en el dolo y la culpa, los que están presentes, tampoco es una postura aplicable a las personas jurídicas.

El finalismo plantea una postura cuasinormativa, al descartar el vínculo mental (dolo y culpa) entre el autor como sujeto ejecutante y la acción como conducta reprochable. Traslada el dolo a la acción y la culpa se convierte en el juicio de reprochabilidad. Esto es, la culpabilidad es un juicio de valor ético y moral que se le hace al autor, quien pudiendo actuar de otra manera, a partir de su libre autodeterminación (libre albedrío) decide realizar una conducta típica y antijurídica.

En este caso, el autor decide actuar de manera contraria al derecho y lesionar de manera consciente los bienes jurídicos protegidos. Bajo esta postura tampoco se podrá decir que una persona jurídica es responsable penalmente. En primer lugar, porque ya es imposible demostrar el libre albedrío de una persona humana, cuanto más lo será para una persona jurídica, no humana. En segundo lugar, no sería posible encuadrar el juicio ético y moral a una persona que no tiene conciencia.

En tal sentido resultan pertinentes las palabras de Jakobs⁸⁵ cuando sostuvo que no es posible aplicar punibilidad a las asociaciones de personas pues carecen de autoconciencia que les permita tomar posición respecto de la norma.

La cuarta postura deriva del funcionalismo. Como modelo teórico considera que en lugar de juicio de reproche (culpabilidad) debe haber una actividad de prevención general positiva o integradora. Culpable será quien elige no obrar conforme a derecho, cuando dispone de todas las opciones para hacerlo.

Con esta posición, la culpabilidad empresarial puede ser entendida desde una concepción social, en la que existen un conjunto de bienes jurídicos socialmente tutelables y es de interés evitar su lesión.

Tal como señala Agostinetti en Lascano (2005)⁸⁶, a través de la admisión de culpabilidad de la pena, el derecho penal le reconoce al delincuente la categoría de persona, como ser capaz

⁸⁵Jakobs, G. (2002). *¿Punibilidad de las personas jurídicas?* en Seminario de Filosofía y Derecho Contemporáneo. El funcionalismo en el derecho penal: Libro homenaje al profesor Günter Jakobs. Vol. 1. (Cord. Monetalegre Lynett, E.) Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, págs..327-347.

⁸⁶Lascano, C. J. (h) (2005). *Derecho penal. Parte General. Libro de Estudio*. Córdoba. Advocatus, pág. 476

de conducirse racionalmente y cuya responsabilidad jurídica no descansa solo en la naturaleza lesiva de su comportamiento (a la que llama responsabilidad por el resultado), sino en su actitud espiritual de portarse de esa manera (responsabilidad por la culpabilidad).

En opinión de Núñez (1999)⁸⁷, el artículo 34 del Código Penal libera de pena al autor que en el momento del hecho, al cometerlo, no ha comprendido su criminalidad, o no ha podido dirigir sus acciones o no ha gozado de libertad de decisión.

ARTICULO 34.- No son punibles:

1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso;

2º. El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente;

Para Creus⁸⁸, la acción, sólo puede ser conducta y en cuanto tal, conducta de un autor, lo cual indica que es inútil ponerse a meditar en la punibilidad de las personas jurídicas, que jamás pueden aparecer como un autor que asume conductas.

Righi⁸⁹, considera que la punición de las personas jurídicas viene impuesta por consideraciones de política criminal. Asegura que la impunidad que se revela dentro de los delitos económicos se debe a la creciente imposibilidad de individualizar al autor cuando el delito es cometido en el seno de una empresa, sumada la falta de correspondencia entre aquel que ejecutó la infracción y quien resulta beneficiado por la maniobra delictiva.

⁸⁷Núñez, R. C. (1999). Manual de derecho penal. Parte general. Editora Córdoba, pág.177.

⁸⁸Creus, C. (1999). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires. Ed. Astrea, pág. 158.

⁸⁹Righi, E. (2000). *Los delitos económicos*. Buenos Aires. Ed. Ad-Hoc., págs. 125.

Con relación al elemento volitivo, Baigún entiende:

Para detectar la voluntad social, nada hay más certero que la propia decisión; sea por votación o por acuerdo, si el órgano resuelve la realización de la lesión al bien jurídico, se cumple la condición para que, previo o coincidente con el conocimiento institucional, podamos hablar de voluntad social dolosa.⁹⁰

En cuanto al factor de atribución, la ley sancionada se apartó del proyecto originalmente remitido por el Poder Ejecutivo, que había previsto el sistema basado en el “déficit o culpa de la organización”.

La culpabilidad, como elemento más importante de la teoría del delito, debe ser adaptada y reformulada porque es necesario que deje de lado el aspecto psicológico como configuración de la responsabilidad penal e incorpore fundamentos basados en las necesidades de la política criminal.

El concepto de culpabilidad propio de las personas jurídicas, debería ser aquel que nazca desde el enfoque social y normativo de persona, comprensivo tanto de la persona humana como de la persona jurídica. La realidad fáctica y legal indica que ambas son sujetos de derecho.

No se trata de una simple suma de sus miembros. Dentro del ordenamiento jurídico se les da la posibilidad de interactuar dentro de todo el sistema económico, no solo entre ellas, sino también entre estas y personas físicas, lo cual hace que su interés para evitar lesionar intereses protegidos se base completamente en un proceso de interacción social.

La persona, *lato sensu*, es un sujeto sobre el que recaen obligaciones jurídicas, normativas y sociales. Por ende, también es capaz de cometer acciones con relevancia penal. En consecuencia, el juicio de valor debe recaer sobre la conducta de una persona social plenamente capaz.

Para poder atribuir responsabilidad a la persona jurídica, la culpabilidad deberá basarse en un defecto de organización. Ya sea que se manifieste como incapacidad de organización o por falta de contención adecuada de los riesgos generados en el marco de su actividad.

⁹⁰Baigún, D. (2000). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires. Ed. Depalma, pág. 83.

El juicio de reprochabilidad social tendrá como partes, por un lado, a una persona jurídica que debe exhibir capacidad para actuar conforme a derecho y cumplir con el deber de cuidado y, por otro lado, a una sociedad (comunidad) que le reprochará a la persona jurídica que, teniendo la capacidad de organizarse con la finalidad de no lesionar sus bienes jurídicos, no solo no se organizó, sino que incrementó los riesgos de provocar lesión a los bienes jurídicos de la comunidad en la que se desenvuelve.

Completado este análisis, si la persona jurídica incurre en una acción típica, antijurídica y culpable activará el resorte de la punibilidad, salvo que existan causales de extinción de la acción penal o excusas absolutorias.

5.5. Análisis de la Punibilidad

La existencia de un delito, es decir de una acción o hecho penalmente típico, antijurídico y culpable, habilita la punibilidad o potestad represiva del Estado para castigar dicho delito, la que se manifiesta a través del ejercicio de la acción penal. (Núñez, 1999, pág. 201)

No obstante, para que sea procedente el castigo previsto legalmente, será necesario que se cumplan dos condiciones:

- Que la acción penal en procura de aplicarle la pena al autor del hecho subsista y,
- Que la punibilidad no quede excluida por la concurrencia de alguna excusa absolutoria de responsabilidad.

En el primer caso, se produce el aniquilamiento o extinción de la potestad de perseguir el delito. Las causas podrían ser de carácter personal, de carácter objetiva o mixtas.

Son ejemplos de extinción de la acción penal por causas de carácter personal:

- La muerte del imputado (aunque no beneficia a los otros autores del delito ni perjudica a los herederos del muerto);
- La prescripción (extinción de la pretensión represiva por el mero transcurso del tiempo);

- La oblación voluntaria (para los casos reprimidos únicamente con multa, mediante el pago del importe máximo o mínimo de la multa, según se haya iniciado o no el juicio y de la reparación de los daños causados-art. 64 Código Penal).⁹¹
- La suspensión del juicio a prueba (para los delitos de acción pública con penas no superiores a 3 años). Se suspende el juicio entre uno y tres años, según la gravedad del delito, y dentro de ese plazo el imputado no debe cometer delitos, debe reparar los daños en la medida que hubiere ofrecido y aceptara el damnificado y debe cumplir las reglas de conducta que se le imponga.

Como ejemplo de extinción de la acción penal por causa de carácter objetiva se menciona:

- La amnistía (efecto objetivo porque es un acto político emanado del Congreso Nacional que establece el olvido de la infracción punible)

Finalmente, extingue la acción penal por causas de carácter mixta:

- La renuncia del agraviado (en el caso de delitos de acción privada);

En el segundo caso, las excusas absolutorias no operan como causas de extinción de la acción penal sino como circunstancias eximentes de responsabilidad a pesar de la existencia de un hecho típico, antijurídico y culpable. Conforme reseña Buteler, pueden agruparse en dos clases (Lascano, 2005, pág. 642):

- Las que operan mediante la exclusión de la penalidad:

⁹¹ Código Penal: Art. 64.- La acción penal por delito reprimido con multa se extinguirá en cualquier estado de la instrucción y mientras no se haya iniciado el juicio, por el pago voluntario del mínimo de la multa correspondiente y la reparación de los daños causados por el delito.

Si se hubiese iniciado el juicio deberá pagarse el máximo de la multa correspondiente, además de repararse los daños causados por el delito.

En ambos casos el imputado deberá abandonar en favor del estado, los objetos que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena.

El modo de extinción de la acción penal previsto en este artículo podrá ser admitido por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de la resolución que hubiese declarado la extinción de la acción penal en la causa anterior.

- En atención a la calidad del autor o circunstancias relacionadas con su persona:
 - Impunidad de la mujer embarazada por la tentativa de su aborto⁹²;
 - Impunidad de los familiares en casos de delitos contra la propiedad ⁹³;
- En función de las particulares circunstancias en que el autor comete el delito:
 - Impunidad de las injurias cometidas por los litigantes, apoderados o defensores en sus escritos ante tribunales, no dados a publicidad. ⁹⁴
- Las que operan mediante la cancelación de una penalidad.
 - Referidas a una actividad del autor posterior al comienzo o consumación del delito;
 - Desistimiento voluntario de la tentativa;⁹⁵
 - Retracción pública previa o concomitante a la contestación de la querrela en los delitos contra el honor;⁹⁶
 - Dependientes de la actividad de terceros:
 - Exención de penas en las injurias recíprocas.⁹⁷

⁹²Código Penal: Art. 88. - Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible.

⁹³Código Penal: Art. 185. - Están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren:

1. Los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en la línea recta;
2. El consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro;
3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos.

La excepción establecida en el párrafo anterior, no es aplicable a los extraños que participen del delito.

⁹⁴ Código Penal: Art. 115. - Las injurias proferidas por los litigantes, apoderados o defensores, en los escritos, discursos o informes producidos ante los tribunales y no dados a publicidad, quedarán sujetas únicamente a las correcciones disciplinarias correspondientes.

⁹⁵Código Penal: Art. 43.- El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito.

⁹⁶Código Penal: Art. 117. - El acusado de injuria o calumnia quedará exento de pena si se retractare públicamente, antes de contestar la querrela o en el acto de hacerlo. La retractación no importará para el acusado la aceptación de su culpabilidad.

⁹⁷Código Penal: Art. 116. - Cuando las injurias fueren recíprocas, el tribunal podrá, según las circunstancias, declarar exentas de pena a las dos partes o a alguna de ellas.

Aplicado lo expuesto a la persona jurídica, cuando ella cometa un hecho típico, antijurídico y culpable, corresponde analizar lo que sucederá tanto con relación a la posibilidad de extinción de la acción penal como con respecto a la posible existencia de excusas absolutorias.

Respecto de la acción penal, el artículo 4° de la ley 27.401 prevé dos situaciones importantes:

1. Que la extinción de la acción penal contra las personas humanas autoras o partícipes del hecho delictivo no afectará la vigencia de la acción penal contra la persona jurídica. (Ley 27.401, art. 4°, segundo párrafo)

Tal como explicara en puntos precedentes, el precepto transcrito consagra la responsabilidad penal empresaria mixta o doble, en cabeza tanto de las personas jurídicas como de las personas humanas.

2. Que la acción penal contra la persona jurídica sólo se extinguirá por las causales enumeradas en los incisos 2 y 3 del artículo 59 del Código Penal, es decir, por amnistía o por prescripción. (Ley 27.401, art. 4°, primer párrafo)

Quedan descartadas, en consecuencia, como causales de extinción de la acción penal, en el caso de personas jurídicas, la muerte, la renuncia, la oblación voluntaria, y la suspensión del juicio a prueba.

La extinción de la punibilidad se producirá por prescripción a los seis (6) años de la comisión del delito. (Ley 27.401, art. 5°).

Se establece una excepción a los principios generales del Código Penal por cuanto el plazo de 6 años es único, para cualquier delito de la ley (art. 5°).

En cambio, en función de lo dispuesto en el art. 62 del Código Penal, las personas humanas tendrán como plazo de prescripción el equivalente a la máxima pena del delito de que se trate.

Se debe mencionar que la nueva norma contempla la posibilidad de suspensión de la acción penal, cuando establece que la persona jurídica, hasta la citación a juicio, podrá celebrar

un acuerdo de colaboración eficaz con el Ministerio Público Fiscal, siempre y cuando se obtenga la aprobación por parte del juez interviniente.

En ese caso, necesariamente el acuerdo, debe ser precedido del cumplimiento de tres condiciones, sin perjuicio de otras que el juez pueda fijar:

- Pagar una multa igual a la mitad del mínimo previsto legalmente;
- La restitución de los bienes o ganancias derivadas del delito;
- El abandono a favor del estado de los bienes que resultarían decomisados si recayese condena posterior.

Con relación a la existencia de excusas absolutorias se consideran compatibles con circunstancias eximentes de responsabilidad, a pesar de la existencia de un hecho típico, antijurídico y culpable, las que dimanen de los artículos 2° y 9° de la ley 27.401.

En efecto, por un lado, se establece que 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. (Ley 27.401, art. 2°)

Por otro lado, el art. 9 de la ley de marras, prevé la exención de pena y de responsabilidad administrativa para la persona jurídica, cuando acredite de manera concurrente el cumplimiento de cuatro condiciones o requisitos:

1. Que haya denunciado espontáneamente un delito de los previstos en la norma;
2. Que ese delito haya sido detectado como consecuencia de una actividad propia de investigación interna;
3. Que haya implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de la ley 27.401, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito;
4. Que haya devuelto el beneficio indebido obtenido.

Del análisis de esas condiciones es necesario contemplar las siguientes circunstancias: ¿Qué debe entenderse por denuncia espontánea? En principio, si la denuncia proviene de un tercero o de un organismo y no de la propia empresa sería improcedente la consideración de existencia de espontaneidad. Sin embargo, no está claro lo que sucedería si un tercero o un particular damnificado aporta información que luego la empresa utiliza para realizar la denuncia.

Asimismo, ¿Qué debe entenderse por un sistema de control y supervisión adecuado? ¿Cuándo no sería adecuado? ¿Sobre la base de qué protocolo, modelo, formato o guía podría decirse que se cumplió adecuadamente o de manera inadecuada?

El artículo 22 citado en el punto 2 precedente, se refiere a los Programas de Integridad que podrán implementar las personas jurídicas y que deberán consistir en un conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos previstos en la ley.

En tanto, el artículo 23 establece que el contenido de dicho Programa de Integridad, deberá prever los siguientes elementos:

1. Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley;
2. Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público;
3. La realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados.

Adicionalmente podrán contener los siguientes elementos:

- Análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad;
- Apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia;
- Canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos;
- Una política de protección de denunciantes contra represalias;
- Un sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados e imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética o conducta;
- Procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios, incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios, al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial;
- La debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones, para la verificación de irregularidades, de hechos ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas;
- El monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa de integridad;
- Un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del Programa de Integridad;
- El cumplimiento de las exigencias reglamentarias que sobre estos programas dicten las respectivas autoridades del poder de policía nacional, provincial, municipal o comunal que rija la actividad de la persona jurídica.

Por último, ¿Qué debe entenderse por beneficio indebido obtenido? ¿Es el beneficio económico, cuantitativamente medible? ¿Es también un beneficio de posición, preferencia, cualitativo, difícil de medir?

Es posible discutir si la eximición de responsabilidad prevista por el art. 9 constituye en realidad, más que una excusa absolutoria, una no configuración de delito, lo que convertiría en atípico el hecho.

De todas formas, resultará clave o determinante que una persona jurídica adopte -en forma anticipada- un Programa de Integridad para reducir el riesgo propio de la actividad.

Asimismo, merced a dicho programa y otros procedimientos de control y/o investigación propia, que pueda detectar la comisión de un ilícito y, en su caso, formular la denuncia consecuente y llevar a cabo las acciones de reparación correspondientes (devolución del beneficio indebido).

5.5.1. Sanciones

En el pasado primitivo, la culpa de un sujeto del clan o tribu hacia recaer la culpabilidad y luego pena a todo el clan o tribu, definida esa consecuencia como responsabilidad colectiva. (Lascano, 2005, p. 123)

El deber de toda persona es abstenerse de delinquir. Cuando delinque viola el deber de no cometer delito y ofende a la sociedad en la que se desenvuelve. La pena vendría a ser el mal consistente en la pérdida de bienes como retribución por el mal causado debido al delito cometido. (Núñez, 1999, p. 277).

Antiguamente, la pena de muerte era lisa y llanamente la pérdida del bien “vida” como castigo corporal máximo. También existían los castigos corporales. La evolución del sistema penal ha llevado, en general, a la sustitución de aquella por la figura de penas privativas de libertad. (Lascano, 2005, p. 122)

En el siglo XIX existía una posición mayoritaria contraria a la posibilidad de responsabilidad penal de la persona jurídica como sujeto pasible de una pena. Una de las razones invocadas era que, al no ser personas de carne y hueso, no podían recibir penas.

Aunque parezca evidente que tal razonamiento ha quedado desactualizado, no es pacífica ni tan aceptada la posición de imponer penas a las personas jurídicas. Los argumentos en contra se apoyan en la necesidad de evitar el *bis in ídem*, es decir, que un mismo hecho sea sancionado dos veces.

Parte de la doctrina tradicional sostiene que, de aceptarse la responsabilidad penal colectiva, la pena a la persona jurídica importaría también penar a sus componentes, personas humanas, con lo cual se afectaría el principio penal “*non bis in ídem*”.

Otra razón para la oposición de aplicación de penas a una persona jurídica es la discusión acerca de cómo se ejerce el criterio de función retributiva de la pena o la posibilidad de enmienda.

Tal como cita Bacigalupo, el concepto normativo de culpabilidad es sinónimo de juicio de reproche ético frente al autor, por no haber obrado conforme a derecho. Se argumenta que ese reproche solo lo puede realizar una persona humana, como juicio estrictamente personal, y no es aplicable a un sujeto sin capacidades emocionales. (Bacigalupo, 1997, p. 148)

Verdaderamente, la única sanción que no se puede aplicar a una persona jurídica es aquella que impacta sobre el estado de libertad, es decir la pena privativa o restrictiva de la libertad, las que sí, naturalmente, sólo podrán sufrir las personas humanas.

En oposición a ese pensamiento conservador, importante doctrina sostiene, por un lado, que la aplicación de pena a la persona jurídica no resulta contradictoria con los argumentos y las finalidades que persiguen las diversas teorías de la pena; por otro lado, tampoco resulta ser un juicio aceptable la supuesta violación del principio de prohibición de doble juzgamiento, non bis in ídem, ya que la persona jurídica es sancionada de modo autónomo a sus integrantes. (Righi, 2000, págs. 134 y 135)

Para una tercera posición, ecléctica si se quiere, no se discute que la pena pueda tener una función de intimidación o motivación negativa e incluso de exclusión de algún derecho o la afectación de su patrimonio.

Se acepta mayoritariamente la función de limitación de la libertad económica de las personas jurídicas cuando hacen uso indebido de su libertad social para actuar. Ergo, existirán penas que afectan derechos patrimoniales y son aplicables tanto a las personas jurídicas como a las personas humanas que las integran (acumulación de las sanciones).

En la ley 27.401, el art. 7° regula el régimen de penas a las que serán sometidas las personas jurídicas que cometan los delitos descriptos como presupuesto de hecho legal, a saber:

- 1) Multa de dos (2) a cinco (5) veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener;
- 2) Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años;

- 3) Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años;
- 4) Disolución y liquidación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad;
- 5) Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere;
- 6) Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

A dicho listado se debe agregar la aplicación de la figura del decomiso (art. 10°) en virtud del cual las cosas que hubieren servido para cometer el delito o que sean su producto o provecho serán apropiadas por el Estado *lato sensu*, luego de recaer condena.

Se puede apreciar que las penas pueden causar efectos pecuniarios (multas), administrativos (suspensión parcial o total y disolución o liquidación de la personería), económicos (imposibilidad de realizar contrataciones con el Estado y pérdida o suspensión de beneficios) y sociales (publicación de un extracto de la sentencia condenatoria).

Debe destacarse que el proyecto original establecía sanción de multa del 1 al 10% de los ingresos brutos del periodo fiscal anterior. Tal pretensión se dejó de lado en el debate parlamentario, y se introdujo el cálculo de la multa de dos a cinco veces el monto del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener.

Asimismo, el juez podrá autorizar el pago fraccionado, durante un periodo de hasta cinco años cuando su exigencia en un único pago pudiera colocar en peligro la supervivencia de la empresa.

5.5.2. Atenuantes

Existen criterios de atenuación de las penas establecidas en el art. 7 que tienen en cuenta aspectos vinculados con la concientización y el compromiso empresario en pos de evitar la comisión de los delitos de corrupción en general.

Así, conforme al art. 8° de la ley, serán atenuantes que los jueces tendrán en cuenta:

1. El cumplimiento de reglas y procedimientos internos;

2. La cantidad y jerarquía de los funcionarios, empleados y colaboradores involucrados en el delito;
3. El cumplimiento de tareas de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes;
4. La extensión del daño causado;
5. El monto de dinero involucrado en la comisión del delito;
6. El tamaño, naturaleza y capacidad económica de la persona jurídica;
7. La existencia de denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna;
8. El comportamiento posterior;
9. La disposición para mitigar o reparar el daño;
10. La ausencia de reincidencia (entendida ésta cuando la persona jurídica sea sancionada por un delito cometido dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha en que quedara firme una sentencia condenatoria anterior)

Se prevé también en el art. 8°, que cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, o de una obra, o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por los incisos 2) (suspensión parcial o total de las actividades) y 4) (disolución y liquidación de la personería) del art. 7° de la ley 27.401.

El juez podrá disponer el pago de la multa en forma fraccionada durante un período de hasta cinco (5) años cuando su cuantía y cumplimiento en un único pago pusiere en peligro la supervivencia de la persona jurídica o el mantenimiento de los puestos de trabajo.

Por último, se considera que no corresponde incluir como atenuante la eximición de pena y responsabilidad administrativa dispuesta para las personas jurídicas cuando cumplan las condiciones para ello, tal como se abordara en los puntos anteriores.

Tal eximición otorgaría al presupuesto de hecho fáctico la característica de atípico, o bien o excluiría de la valoración de antijuridicidad o bien de la punibilidad. En cualquier caso, no habría pena y por ende no cabría la posibilidad de evaluar esa circunstancia como atenuante.

5.5.3. Agravantes

Sobre la base de las pautas establecidas en el art. 8º, es posible sostener a contrario sensu, las siguientes posibilidades de agravantes:

Aspectos que tienen en cuenta las particularidades del hecho delictivo:

1. La cantidad y jerarquía de los funcionarios, empleados y colaboradores involucrados en el delito;
2. La extensión del daño causado;
3. El monto de dinero involucrado en la comisión del delito;
4. El tamaño, naturaleza y capacidad económica de la persona jurídica;

Aspectos que consideran la conducta de la empresa, antes y después del delito cometido:

1. El incumplimiento de reglas y procedimientos internos;
2. El incumplimiento de tareas de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes;
3. La inexistencia de denuncia espontánea;
4. La ausencia de comportamiento preventivo y/o correctivo, anterior y/o posterior;
5. La falta de reparación o mitigación del daño;
6. La reincidencia (cuando la persona jurídica haya cometido delito dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha en que quedara firme una sentencia condenatoria anterior)

5.5.4. Aplicación del principio de personalidad de las penas

El principio de personalidad de las penas prevé que solo se pueda castigar a alguien por un hecho propio cometido. *A contrario sensu*, impide castigar a alguien por un hecho ajeno. Deriva del principio de culpabilidad porque impide que un sujeto pueda sufrir las consecuencias penales de la culpabilidad de otro.

En un estado de derecho respetuoso de las garantías de los ciudadanos, el principio de personalidad de las penas no permite responsabilizar a una persona por delitos ajenos, y a su vez se corresponde con la necesidad de destruir la presunción de inocencia, mediante pruebas concretas que demuestren la realización material del hecho imputado.

En esta materia, el 2 de septiembre de 1968, se produce un hecho jurídico de alto impacto. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en oportunidad de dictar fallo en la causa “Parafina del Plata”⁹⁸ sostuvo:

Las sanciones previstas en los arts. 43, 44 y 45⁹⁹, no serán de aplicación en los casos en que ocurra el fallecimiento del infractor, aun cuando la resolución respectiva haya quedado firme y pasada en autoridad de cosa juzgada; con lo que se consagra el criterio de la personalidad de la pena, que: en su esencia, responde al principio fundamental de que sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir, aquel a quien la acción punible le pueda ser atribuida tanto objetivamente como subjetivamente. La sola comprobación de la situación objetiva en que se halle el infractor no alcanza para tener por configurado el delito.

Las normas punitivas de la ley n° 11.683 consagran el principio de personalidad de la pena. Dicho principio responde de manera contundente al concepto fundamental de que solo puede ser reprimido quien sea culpable. La acción punible no solo debe ser atribuida de manera objetiva sino también subjetivamente.

En Argentina, antes de la reforma constitucional de 1994, el principio de personalidad de las penas, estaba receptado en el art. 119 de la Constitución Nacional, al tipificar el delito de traición a la patria y establecer que “*la pena no podrá trascender directamente de la persona del delincuente*”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 5.3, también preceptúa que “*la pena no puede trascender de la persona del delincuente*”.

Luego, en 1994, con la incorporación al art. 75, inciso 22 de los Tratados Internacionales, se amplió el abanico de garantías en torno a la pena al consagrar de manera expresa y general el principio de que la pena no puede trascender de la persona del delincuente. (Núñez, 1999, pág. 280)

Dicho ello, cabe precisar el alcance de la expresión “persona del delincuente”. ¿Es una referencia a la persona humana o es un concepto amplio de persona, comprensiva de la persona

⁹⁸C.S.J.N., “Parafina del Plata”, fallos 271:297, 02/09/68.

⁹⁹Se hace referencia a la ley 11.683, modificada por la ley 16.656.

humana delincuente pero también de la persona jurídica delincuente? Se entiende que delincuente es un adjetivo que define a aquel que delinque.¹⁰⁰

Con esa aclaración corresponde considerar si la aplicación de penas a una persona jurídica importa afectar el principio de personalidad de las penas toda vez que el sufrimiento de la pena en cabeza de la sociedad, por ejemplo, una multa, podría significar un detrimento patrimonial para los socios de la persona jurídica.

El principio de la personalidad de las penas prohíbe que la pena se imponga a una persona que no ha participado en el delito. Pero no prohíbe ni podrá impedir que esa pena tenga efectos sobre los colaboradores o los familiares del condenado. El delincuente podrá ser condenado y podrá pasar el resto de su vida en la cárcel. Esa circunstancia le impedirá trabajar, ejercer el comercio o producir bienes y servicios; a su vez, la falta de ingresos le impedirá satisfacer las necesidades de su núcleo familiar u honrar las posibles deudas devengadas con proveedores o acreedores. Sin embargo, su familia, los proveedores y acreedores no podrán interpretar que esas consecuencias sobrevinientes importan también un castigo o aplicación de penas para ellos con lo cual se violaría el principio de personalidad de las penas.

Se advierte que la comisión de delitos por parte de la persona jurídica generaría las siguientes posibilidades de sanción:

- Directa y solo para la persona jurídica:

En este caso, con la premisa de que los socios, representantes o integrantes del órgano de representación sean absolutamente inocentes, la sanción a la persona jurídica recaerá penalmente sobre ella.

Es necesario aclarar que la sanción a la persona jurídica, afectará indirectamente a los socios, sin provocar una afectación de tipo personal directa sino una consecuencia derivada de su participación colectiva y en la medida de la responsabilidad patrimonial que han asumido en su carácter de socios o accionistas de una sociedad.

¹⁰⁰Según el Diccionario de la Real Academia Española, 2018.

Pero esta consecuencia indirecta es la misma que podría derivarse de verse afectado su interés personal al dividendo por una mala gestión, un mal negocio o una sentencia condenatoria dictada en sede civil o comercial. En este caso no existe afectación del principio de personalidad de las penas.

Al respecto, opina la doctrina:

... el argumento de que reconocerles capacidad penal [a las personas jurídicas] afecta el principio de personalidad, so pretexto de que la sanción alcanza a inocentes, es decir, a socios que no tuvieron intervención en la comisión del hecho (...) no (...) tiene en cuenta que la pena recae sobre la sociedad, la que sí tiene reconocida capacidad penal es una persona distinta de los individuos, que la componen, de la misma forma como operan las sanciones civiles o administrativas. (Righi, 2007, p. 259).

Debe destacarse que el principio de la personalidad de las penas prohíbe que las penas pronunciadas únicamente contra las personas jurídicas puedan ser ejecutadas sobre el patrimonio propio de sus miembros.

- Directa y solo para las personas humanas en su calidad de administradores, representantes o integrantes de los órganos de decisión de la sociedad, dependientes o terceros:

Es derivada de la situación que se mencionara en puntos precedentes como “criminalidad en la empresa”.

Las maniobras, operaciones o conductas, contrarias a derecho, realizadas por los empleados, supervisores, encargados, administradores, etc. incluso terceros, que no sean atribuibles a la empresa en virtud del defecto de organización ni le haya reportado un beneficio a su favor, no serán imputables a la persona jurídica sino en forma exclusiva a las personas humanas que las llevaran a cabo.

- Directa tanto para la persona jurídica como para las personas humanas en su calidad de administradores, representantes o integrantes de los órganos de decisión de la sociedad:

Será la derivada de la “criminalidad de la empresa”. Es consecuencia de la falta del deber de cuidado o defectos de organización, cuya manifestación es la no implementación de programas de integridad y herramientas adecuadas o su implementación inadecuada, para evitar la ocurrencia de maniobras delictivas por parte de los dependientes de la empresa. Rige el principio de independencia de las acciones.

Es indiscutible que las consecuencias económicas que indefectiblemente traiga aparejada la condena a la sociedad, provocarán un evidente perjuicio a los miembros o terceros que hayan resultado ajenos a las maniobras ilícitas. Sin embargo, ese es un impacto de las sanciones en general y es imposible evitar los efectos colaterales no deseados.

En suma, cuanto más personal sea la ejecución de la pena, más estricta será la aplicación del principio de la personalidad de las penas. Ello ocurre en aquellas condenas de ejecución personal, como las penas privativas de la libertad. Pero carecen del mismo rigor en relación a penas pecuniarias, donde recaen de modo indirecto sobre los socios y de modo directo sobre el patrimonio de la empresa.

5.6 Conclusión parcial

Los que respondían negativamente a la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas, argumentaban que la persona jurídica no puede ser sujeto activo de delito, por no poseer capacidad de acción.

Ese razonamiento, sin embargo, es meramente dogmático y como tal, desde la sanción de la ley 27.401 no admite discusión. Es necesario apartarse del celo y la rigidez que ello supone y considerar que las personas son generadoras de decisiones a través de sus órganos. Pueden desplegar su actividad por mandato social. Sus representantes, administradores y empleados se encuentran obligados a cumplir esas decisiones.

Desde un punto de vista antropocéntrico, no cabe duda de que la persona jurídica no puede llevar a cabo acciones o conductas.

Desde el punto de vista social, no cabe duda de que el hombre vive en comunidad y cuando se asocia no deja de ser hombre, pero da a luz nuevas formas de participar en la sociedad.

Esa sociedad será la beneficiada o la perjudicada por las conductas del hombre y por la conducta de los hombres asociados y organizados colectivamente para un fin determinado.

Por lo tanto, a esa sociedad le interesarán las acciones de cada uno de los hombres y las acciones de todas las personas jurídicas que convivan en ese espacio de múltiples derechos y obligaciones y de innumerables bienes jurídicos a tutelar.

En consecuencia, para diferenciar la acción de una persona jurídica de la acción en cabeza de la persona humana, será necesario adoptar una posición significativamente más abierta, superior e integradora y salir, a los efectos del análisis, de la posición tradicional basada en el accionar exclusivo de la persona humana.

Ya sea que se redefina o precise como “acción social”, “acción colectiva” o “acción institucional”, o “comportamiento exterior evitable” es una acción cuyo nacimiento, desarrollo y ejecución le pertenece como potestad a una persona jurídica, distinta de la de sus miembros, sin perjuicio de que estos participen o las ejecuten en forma individual.

Los elementos de tipicidad y de antijuridicidad, tal como se expuso a lo largo del trabajo, no constituyen estratos que merezcan reformulación alguna, salvo las consideraciones propias derivadas del ordenamiento vigente.

Con respecto a la culpabilidad, será necesario adaptar este elemento para que contemple la culpabilidad de la empresa a partir de una secuencia de análisis distinta de la aplicable para las personas humanas, a saber:

1. La acción típica debe ser cometida materialmente por una persona humana que se desenvuelva en nivel superior o jerárquico, o con un rol de dirección, o con capacidad y habilitación para llevar a cabo tareas de administración, supervisión, control y vigilancia y que, además:
 - a. Se encuentra dentro de la empresa;

- b. Se halle vinculada formal o informalmente;
 - c. Actúe bajo la autorización expresa o tácita de la persona jurídica;
 - d. Desarrolle alguno de los presupuestos de derecho tipificados como delitos en la parte especial del Código Penal, en las leyes específicas y en la ley 27.401.
2. La acción típica debe ser cometida materialmente por una persona humana que ostente un nivel dependiente u operativo dependiente y que, además:
- a. Se encuentra dentro de la empresa;
 - b. Se halle vinculada formal o informalmente con la persona jurídica;
 - c. Actúe bajo la autorización expresa o tácita de la persona jurídica y/o se encuentre subordinada, supervisada, controlada o vigilada por cualquiera de las personas descriptas en el punto 1) anterior;
 - d. Desarrolle alguno de los presupuestos de derecho tipificados como delitos en la parte especial del Código Penal, en las leyes específicas y en la ley 27.401.
 - e. Que cometan alguno de los delitos mencionados, o fuera de la persona jurídica (terceros con reconocimiento expreso o tácito de la propia empresa).
3. La acción típica debe ser cometida materialmente por una persona humana considerada un tercero para la empresa por su carácter de proveedor, cliente, profesional asesor, técnico o funcionario y que, además:
- a. Se encuentre fuera de la empresa;
 - b. Se halle vinculado formal o informalmente con la persona jurídica;
 - c. Actúe bajo la autorización expresa o tácita de la persona jurídica;

- d. Desarrolle alguno de los presupuestos de derecho tipificados como delitos en la parte especial del Código Penal, en las leyes específicas y en la ley 27.401.
4. La acción típica y antijurídica que provoca la lesión al bien jurídico debe haberse cometido con la intención de que la persona jurídica obtenga un beneficio o pueda obtenerlo.
 5. La acción típica y antijurídica debe haberse cometido en virtud de:
 - a. Una organización interna deficiente;
 - b. Ausencia de programa de integridad o por ser inadecuado el que tenga implementado;
 - c. Ausencia de evaluación de riesgos o subestimación del accionar peligroso o inadecuada relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza;

Los cinco requisitos deben manifestarse para que proceda el juicio de reproche a la sociedad por el actuar de sus miembros o de terceros (actos efectuados en su representación).

Pero, en ausencia de personas humanas que puedan ser imputadas por los delitos tipificados, por el principio de independencia de las acciones, el juicio de reproche contra la persona jurídica procederá por cumplir con el quinto de los requisitos expuestos en virtud de su actuación con defecto de organización (actos propios de la empresa).

En todos los casos, la culpabilidad sobre la persona jurídica es de carácter social y junto a los demás elementos (acción institucional, típica y antijurídica) permitirá atribuirles responsabilidad penal a los entes colectivos y a partir de allí, aplicar las sanciones legalmente previstas.

Verdaderamente, es notable el efecto del cumplimiento del Programa de Integridad sobre la determinación de la pena.

Su adecuado cumplimiento puede determinar la eximición de pena y de responsabilidad administrativa.

Su incumplimiento la aplicación lisa y llana de las penas pecuniarias (multas), sanciones administrativas (suspensión, liquidación, disolución), consecuencias económicas (no participación en concursos y licitaciones y pérdida de beneficios) y efectos sociales (publicación de la condena).

Respecto de la posibilidad de atenuantes o agravantes la ley 27.401 enuncia una gran cantidad de posibilidades, a juicio de los magistrados intervinientes, lo que revela una amplia discrecionalidad en tal sentido.

Luego de lo expuesto, a modo de síntesis del análisis propuesto en este Capítulo se tendría el siguiente cuadro comparativo:

TEORÍA DEL DELITO		
ESTRATO O ELEMENTO	PERSONA HUMANA	PERSONA JURÍDICA
ACCIÓN	Acción ontológica	Acción institucional o comportamiento exterior evitable
	Acción normativa	
TIPICIDAD	Tipo objetivo: Presupuestos de derecho en parte especial del Código Penal, en leyes especiales y en ley 27.401	Tipo objetivo: Presupuestos de derecho en parte en leyes especiales y en ley 27.401
	Tipo subjetivo: dolo y culpa	Tipo subjetivo: dolo y culpa
ANTI JURIDICIDAD	En sentido formal	En sentido formal
	En sentido material	En sentido material
	CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN:	
	<i>Código Penal</i>	<i>Ley 27.401</i>
	Art. 34, inc. 3: estado de necesidad.	Art. 4: Amnistía
	Art. 34, inc. 4: cumplimiento de la ley y ejercicio legítimo de un derecho, autoridad o cargo.	Art.4: Prescripción
	Art. 34, inc. 5: obediencia debida	

	Art. 34, inc. 6: legítima defensa de la propia persona o derechos propios	
	Art. 34, inc. 7: legítima defensa de la persona de un tercero o sus derechos.	
	Art. 86, párrafo 2°, inc. 1°: autorizaciones legales	
	Art. 86, párrafo 2°, inc. 2°: aborto eugenésico	
	Art. 111, inc. 1°: en caso de injuria, si el hecho atribuido a la persona ofendida, hubiere dado lugar a un proceso penal.	
	Art. 152: la violación de domicilio, para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, o para cumplir un deber de humanidad o prestar auxilio a la justicia.	
CULPABILIDAD	Injusto personal cuasinormativo	Injusto social
	Reprochabilidad	Prevención general positiva o integradora
	Imputabilidad	Voluntad social dolosa
	No son punibles:	
	Art. 34, 1°. El que no haya podido en el momento del hecho, por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.	

	<p>Art. 34, 1°. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.</p>	
	<p>Art. 34, inc.2: El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente.</p>	
	Circunstancias concomitantes	Circunstancias concomitantes
PUNIBILIDAD	Penas privativas o limitativas de la libertad, sanciones administrativas y pecuniarias.	Sanciones pecuniarias (multas), sanciones administrativas, sanciones fiscales, sanciones económicas
EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL	Muerte del imputado	-----
	Prescripción	Prescripción
	Amnistía	Amnistía
	Oblación voluntaria	-----
	Suspensión del juicio a prueba	Acuerdo de colaboración eficaz
	Renuncia del agraviado	-----
EXCUSAS ABSOLUTORIAS	Desistimiento voluntario de la tentativa	Autodenuncia
	Retractación pública previa o concomitante a la contestación de la querrela en los delitos contra el honor	Detección del delito por investigación interna propia
	Exención de penas en las injurias recíprocas	Implementación de programas de cumplimiento
	Desistimiento voluntario de la tentativa	Devolución del beneficio indebido obtenido.

CONCLUSIONES

Una gran curiosidad provoca saber cómo pensarían en el siglo XXI aquellos teóricos del pasado que negaban la existencia de la persona jurídica. La sucesión de acontecimientos históricos, la inestabilidad política, la volatilidad de la economía, la globalización de las necesidades, la asimetría de recursos disponibles y la complejidad del mundo moderno no son las variables que predominaban cuando las teorías negativas que sostienen al hombre como único sujeto de derecho, competían con las teorías de la ficción o la de la realidad, en orden a explicar los comportamientos colectivos a partir de un sujeto jurídico ficticio o ideal o de una persona colectiva equiparable a la persona individual.

A partir de esos modelos teóricos, los caminos elegidos por el mundo jurídico han marcado el escenario con huellas diferentes, con seguidores y detractores para una u otra posición.

Lo que es indiscutible es que las personas jurídicas han adquirido una magnitud, importancia, protagonismo e interacción con el medio, que produjo el desplazamiento de las personas físicas, como único centro de interés del derecho penal.

En Argentina, a la persona jurídica, en el ordenamiento civil y comercial, se la define como un ente al que es necesario conferirle aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Conferida esa aptitud, es posible llevar a cabo el proceso de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, a partir de la utilización de dos modelos bien diferenciados: el de la imputación penal propia o directa y el de la imputación penal derivada o indirecta. Argentina ha optado por un modelo mixto donde se sanciona a la persona jurídica o a la persona humana o a ambas.

En un mundo globalizado, caracterizado por la búsqueda de la integración y el levantamiento de las barreras que den pase libre a una mejor comunicación entre los Estados, se mantiene una significativa asimetría en torno a considerar penalmente responsables a las personas jurídicas.

Poco menos del 20% de todas las naciones del mundo han avanzado en esta materia. La mayoría se concentra en Europa y América del Norte. Es necesario armonizar los modelos de persecución y los criterios de imputación y unificar, tal vez, el abanico de posibilidades punitivas, a los fines de evitar asimetrías o medidas desproporcionadas entre los distintos países, principalmente entre aquellos que habitualmente tienen intercambios comerciales o los une un bloque económico.

En lo concerniente al nuevo marco normativo, un aspecto positivo es que se ha ampliado el universo de sujetos penalmente responsables. El más importante es la persona jurídica que, como nuevo sujeto de Derecho Penal, deberá extremar los recaudos organizacionales para demostrar o justificar que observa y hace observar las normas de cumplimiento.

Otro aspecto relevante es la introducción del principio de independencia de las acciones, en virtud del cual, la persona jurídica es penalmente responsable aun cuando no se logre identificar o imputar a la persona humana y mientras las circunstancias del caso permitan determinar que el delito se ha cometido con la tolerancia de los órganos de la persona jurídica.

Además, son penalmente responsables los integrantes de los órganos societarios, los administradores y representantes, los supervisores y dependientes de aquellos y también los terceros, siempre que la persona jurídica obtenga un beneficio derivado de la actividad delictiva y hubiera ratificado la gestión, aunque sea de manera tácita.

Es bienvenida la solución que aporta la ley 27.401 con relación al sistema de imputación de responsabilidad contra los entes ideales, a diferencia de la falta resolución expresa en tal sentido en los casos de la ley penal tributaria y la de prevención del delito de lavado de activos (art. 304 del Código Penal), que ostentaba dudas acerca de atribuir responsabilidad penal solo a las personas jurídicas por el hecho propio o si se trataba de una responsabilidad transferida, lo que haría necesario, a los fines de la procedencia de la sanción correspondiente a la persona jurídica, la determinación previa de la existencia del delito y de la responsabilidad de las personas humanas que lo acometieron.

También a partir de la nueva ley, se han ampliado los casos perseguibles con más delitos contemplados como tipos legales. Sin embargo, es necesario ampliar el espectro de delitos que pueden cometer las personas jurídicas tales como los vinculados con el medio ambiente, los delitos informáticos, los delitos de narcotráfico, etc. En tal sentido, sería propicio sistematizar

toda la cuestión penal vinculada con las personas jurídicas en el marco de la reforma al Código Penal de manera que se puedan contemplar los cambios necesarios en la parte general y concentrar todos los delitos en la parte especial, incluidos los omitidos en todo el plexo normativo vigente.

En este sentido, serán actores principales la Oficina Anticorrupción y el Ministerio Público Fiscal. En el primer caso para el dictado de las guías y lineamientos que permitan evaluar las pautas de prevención a través de programas de cumplimiento, códigos de ética y otras metodologías que necesariamente deberán aplicar las empresas para verse beneficiadas con la eximición de penas y responsabilidad administrativa. En el segundo caso, para dar certeza en cuanto a los criterios de imputación y limitar la discrecionalidad de los jueces al momento de interpretar o aplicar los criterios normativos.

La herramienta del programa de cumplimiento es como una gran red de contención necesaria para evitar, detectar y corregir la manifestación ilícita de un accionar que acarreará consecuencias penales para la persona jurídica relajada en esta materia.

Utilizar los programas de cumplimiento será asumir una tarea preventiva que debe tender a evitar la comisión de delitos, en el mejor de los casos, o a disminuir el riesgo de ocurrencia de los mismos. Mientras menor sea el riesgo de existencia de delitos o mayor la garantía de inexistencia de incumplimientos, mayor será la libertad empresarial.

El compliance instaurado por la ley 27.401 tiene aristas que es conveniente no soslayar. En primer lugar, es oportuno decir que no garantizará nunca la ausencia de actividad delictiva. Pero sí debe convertir en hostil el entorno y el escenario interno habitual de operaciones de la empresa, hacia quienes vean la oportunidad de desarrollo de cualquier actividad criminal. Deberá actuar en tal caso como paraguas protector, como barrera de choque o como escudo defensivo.

En segundo lugar, de resultados de esa prevención efectiva y del cumplimiento de las pautas adecuadas, dependerá la eximición de pena y de responsabilidad administrativa o la aplicación de atenuantes. La ausencia de dicho programa o la no utilización ocasionará la puesta en funcionamiento de todo el andamiaje del sistema penal enfocado a determinar la responsabilidad de la persona jurídica y de las personas humanas que la integran, por el hecho

propio y por el hecho ajeno, como abastecedoras, facilitadoras o ejecutoras de conductas criminosas típicas.

En tercer lugar, sería un grave error que el Estado se apoye solamente en la tarea de prevención mediante los programas de cumplimiento que puedan aplicar las personas jurídicas. No se discute que el Estado deba incentivar los programas de compliance para lograr el autocontrol de las empresas. Además, desde una posición utilitarista, es una forma de paliar o contrarrestar su propia limitación de recursos. De allí que se debe articular una mayor y más coordinada actuación de los organismos dedicados o especializados en el control de las organizaciones empresarias o prever la articulación de convenios con Federaciones, Consejos o Colegios Profesionales, Cámaras, Organizaciones No Gubernamentales, Universidades y demás organizaciones sociales intermedias a los fines de que coadyuven en la tarea de aportar las herramientas y metodologías de trabajo que aseguren las mejores prácticas empresarias.

En cuarto lugar, se debe asegurar la complementación y armonización entre las normas que procuran asegurar o aumentar la eficacia y eficiencia en la implementación de los programas de cumplimiento para evitar la ocurrencia de delitos en particular y el desarrollo de la corrupción en general (que deberían tender a evitar los hechos criminosos) y las normas de la justicia penal que permiten identificar los hechos típicamente antijurídicos, sus autores, su grado de participación, la atribución de responsabilidad así como regular los procesos mediante los cuales se enjuiciarán y se sancionarán a los culpables de esos delitos (que deberían tender a resarcir en favor de la sociedad el bien jurídico dañado).

Ciertamente se ha producido una brecha entre la política criminal y sus necesidades y la dogmática penal tradicional y sus posibilidades. Las primeras son infinitas y las segundas no pueden agotarse en el modelo histórico donde solamente la persona humana es el epicentro a partir del cual giran todos los elementos del sistema de identificación de la existencia de un delito y de atribución de responsabilidad penal.

Es plenamente acertado considerar que la teoría del delito debe dejar de mirar solo al ser humano. También es acertado considerar que no es necesario crear una nueva teoría del delito pensada solo para personas jurídicas. Antes bien, las personas humanas integran las personas jurídicas y las personas jurídicas necesitan de las personas humanas para manifestarse en el mundo moderno.

Aun con sus diferencias, poseen muchos nexos de actuación conjunta y de alguna forma, su quehacer, cuando sea antijurídico, deberá ser evaluado, ponderado y analizado a partir de un modelo amplio, con varios carriles o niveles de doble vía de comunicación, conformado por los elementos de la teoría antropomórfica tradicional y elementos adaptados o nuevos, lo que conforma un sistema interrelacionado, también llamado teoría del delito, que actúe como un puente: una separando dos orillas, pero una orilla se comunica con la otra.

En esta postura, ganan la batalla los hechos, la ley y la jurisprudencia. A pesar de que la doctrina sigue muy dividida, es una realidad material que las personas jurídicas pueden ser sometidas a proceso penal. Antes de la ley 27.401 eran determinados casos previstos en leyes especiales y siempre que en forma primaria fueran condenadas las personas humanas por la comisión de tales hechos.

Las acciones de las personas físicas cuando actúan para la empresa deben, ser consideradas como de la empresa (Tiedemann, 1997, p. 36)

Lo cierto es que hoy las personas jurídicas pueden ser acusadas y podrían ser condenadas.

La política criminal necesitaba de esa respuesta para enfocarse en los esfuerzos inconmensurables de satisfacer la demanda social de evitar la criminalidad organizada. Su desafío será que esa demanda no quede insatisfecha.

La justicia penal tiene la oportunidad de demostrar, desde una concepción social y no antropomórfica, su capacidad para resolver una realidad tan visible como la criminalidad empresaria.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación

a) Internacional:

1. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC),
2. Convención Interamericana contra la Corrupción
3. Convención sobre el Combate a la Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE)
4. Recomendación 18/88 del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa.
5. Convención de Bruselas de 26 de mayo de 1997 sobre la lucha contra la corrupción en el ámbito de la función pública de la Unión Europea.
6. Convención de Nueva York de 9 de diciembre de 1999 sobre el terrorismo.
7. Ley Orgánica n° 10/95 (España).
8. Ley Orgánica 5/2010 (España).
9. Código Penal de España
10. Ley n° 1778 de Colombia
11. Código Penal de Colombia
12. Ley n° 30424 de Perú
13. Código Penal de Perú
14. Decreto Legislativo n° 1352 de Perú
15. Ley n° 20.393 de Chile
16. Código Penal de Chile
17. Código Penal de Brasil
18. Ley n° 13.846 de Brasil
19. Código Penal de Francia
20. Ley n°2004-209 de Francia
21. Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de Estados Unidos. (FCPA-Foreign Corrupt Practices Act)
22. SOX-Sarbanes-Oxley Act de Estados Unidos
23. Código Penal de Alemania
24. Ow IG (1976) de Alemania

25. Criminal Justice Act del Reino Unido
26. Bribery Act del Reino Unido
27. Constitución Nacional de Italia
28. Decreto Legislativo n° 231 de Italia

b) Nacional:

1. Código Aduanero
2. Código Civil y Comercial
3. Código Penal
4. Código Procesal Penal
5. Constitución Nacional
6. Ley n° 19.359 de régimen penal cambiario.
7. Ley n° 19.550 de sociedades comerciales.
8. Ley n° 11.683 de procedimiento tributario y modificatoria: ley n° 21.858.
9. Ley n° 24.051 de residuos peligrosos.
10. Ley n° 24.241 de sistema integrado de jubilaciones y pensiones argentino.
11. Ley n° 24.759 de aprobación de la Convención Interamericana contra la corrupción del 29 de marzo de 1996 en Caracas.
12. Ley n° 24.769 de régimen penal tributario.
13. Ley n° 25.156 de defensa de la competencia.
14. Ley n° 25.300 de fomento para la micro, pequeña y mediana empresa.
15. Ley n° 25.319 de aprobación de la Convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, suscripta el 17 de diciembre de 1997 en París.
16. Ley n° 25.632 de aprobación de la Convención Internacional contra la delincuencia organizada transnacional, firmada el 15 de diciembre de 2000 en Palermo, Italia.
17. Ley n° 26.097 de aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, firmada el 31 de octubre de 2003 en Nueva York.
18. Ley n° 26.683 de blanqueo de capitales.
19. Ley n° 27.401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas.
20. Proyecto de ley de responsabilidad penal empresaria enviado el 20/10/2016 por el Poder Ejecutivo Nacional al Honorable Congreso de la Nación.

Doctrina

a) Libros

1. Agudo Fernández, E., Jaén Vallejo, M. y Perrino Pérez, Á. (2016). *Derecho penal de las personas jurídicas*. Madrid. Editorial Dykinson.
2. Bacigalupo, S. (1997). *La Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un estudio sobre el sujeto del derecho penal*. Tesis, presentada por la licenciada Silvina Bacigalupo Saggese, para la obtención del grado de Doctora bajo la dirección del Dr. D, Gonzalo Rodríguez Mourullóu, Catedrático de Derecho Penal. Madrid. Universidad Autónoma de Madrid.
3. Bacigalupo, S. (2001). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires. Ed. Hammurabi.
4. Bacigalupo, S. y Lizcano, J. (2013). *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción*. Madrid. Ed. Programa Eurosocietal.
5. Bacigalupo Zapater, E. (1999). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires. 2da ed. Hammurabi.
6. Baigún, D. (2000). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un Nuevo Modelo Teórico)*. Buenos Aires. Ed. Depalma.
7. Bidart Campos, G. (2008). *Compendio de derecho constitucional*. Buenos Aires. Ed. Ediar.
8. Cesano, J.D. (1998). *En torno a la responsabilidad penal de la persona jurídica*. Buenos Aires. Alveroni Ediciones.
9. Creus, C. (1999). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires. Ed. Astrea.
10. De Castro y Bravo, F. (1991). *La persona jurídica*. Madrid. Ed. Civitas 2ª ed. reimpresión.
11. Donna, E. (2008). *Derecho penal. Teoría general del delito*. Buenos Aires. Argentina. Rubinzal-Culzoni Editores.
12. Gómez-Jara Diez, C. (2010). *Fundamentos modernos de culpabilidad empresarial. Esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima. Ara Editores.

13. Iñigo Ortiz de Urbina, G. (2014). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: The american way*. Argentina. Buenos Aires. Editorial Montevideo.
14. Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*. Madrid. Ed. Civitas.
15. Jakobs, G (1997). *Derecho penal parte general, fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid. Ed. Marcial Pons, 2da. edición corregida.
16. Jakobs, G. (2002). *¿Punibilidad de las personas jurídicas?* en Seminario de Filosofía y Derecho Contemporáneo. El funcionalismo en el derecho penal: Libro homenaje al profesor Günter Jakobs. Vol. 1. (Cord. Monetalegre Lynett, E.) Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
17. Jakobs, G. (2003). *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Con la traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid. Ed. Civitas Ediciones S.L.
18. Jakobs, G. (2005). *Derecho Penal. Parte general*. Madrid. Editorial Marcial Pons.
19. Jescheck, H. (2003). *Tratado De Derecho Penal: Parte General (5ª Ed.)*. Granada (España). Ed Comares
20. Lascano, C. (2000). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y de sus órganos*. Córdoba. Marcos Lerner Editora.
21. Lascano, C. J. (h) (2005). *Derecho penal. Parte General. Libro de Estudio*. Córdoba. Advocatus.
22. Pérez Arias, J. (2011). *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Madrid. Ed. Dykinson.
23. Núñez, R. C. (1999). *Manual de derecho penal. Parte general*. Editora Córdoba.
24. Malamud Goti, J. E. (1981). *Persona jurídica y penalidad: El estado actual del derecho penal administrativo frente a la responsabilidad de la persona jurídica y sus directivos por las acciones de los agentes*. Buenos Aires. Ediciones Depalma.
25. Moncayo, N. (1985). *Delitos Cambiarios y Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires. Depalma.
26. Pasculli, M.A. (2003). *Societas puniri potest: La responsabilità da reato degli enti collettivi*. Padova, Italia. Ed. Cedam.
27. Righi, E. (2000). *Los delitos económicos*. Buenos Aires. Ad-Hoc.
28. Righi, E. (2007). *Derecho penal, parte general*. Buenos Aires. Ed. Lexis Nexis.

29. Rivera, J. C., Medina, G. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. 1ª Edición, 2da. Reimpresión. Buenos Aires. La Ley.
30. Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid. Ed. Civitas S.A.
31. Rusconi, M. (2016) *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires. Ed. Ad. Hoc.
32. Silva Sánchez, J. M. (2009). *Tiempos de derecho penal*. Madrid. Ed. Edisofer S.L.
33. Schünemann, B. (1988). Cuestiones básicas de dogmática Jurídico - Penal y de Política Criminal acerca de la criminalidad de la empresa, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988-II. Madrid
34. Soler, S. (1988). *Derecho penal argentino*. Tomo 1. Buenos Aires. Tipográfica Editora Argentina.
35. Tiedemann, K. (1997). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en derecho comparado*, traducción de Diego Iniesta, en Gómez C. y González C. (coords): *La Reforma de la Justicia Penal. Estudios en homenaje al Profesor Klaus Tiedemann*, Universitat Jaume I, Castelló de la Plana.
36. Vítolo, D (2007). *Sociedades comerciales. Ley 19.550 comentada*. Tomo I. Santa Fe. Ed. Rubinzal Culzoni.
37. Weber, H. V. (1982). *Para la estructuración del derecho penal*. (Traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni), en *Nuevo Foro Penal*, (NFP), No. 13, Bogotá.
38. Welzel, H. (1987). *Derecho penal alemán. Parte general*, 3ª ed. (trad. de la 12ª ed. alemana). Chile Santiago. Editorial Jurídica Chile.
39. Zaffaroni, E. R. (1988). *Tratado de derecho penal. Parte general*. Tomo III. Buenos Aires. Ed. Ediar.
40. Zaffaroni, E. R. (1991). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. México. Ed. Cárdenas.
41. Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A. (2003). *Derecho penal. Parte General* (2ª Ed.). Buenos Aires. Ed. Ediar.
42. Zúñiga, L. (2003). *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. Elcano (Navarra). 2º edición, Ed. Aranzadi.

b) Revistas

1. Abasto Vásquez, M. A. (2014). Responsabilidad penal de los entes colectivos: Una revisión crítica de las soluciones penales. *Revista de Derecho Penal*.

Disponible en:

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/01/doctrina40472.pdf>

2. Boldova Pasamar, M.A. (2014). La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española. *Revista dos Tribunais*.

Disponible en:

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/11/doctrina42318.pdf>

3. Cesano, J.D. y Balcarce, F.I. (2003). Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la República Argentina. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*.

Disponible en:

https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-200310038500432 ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la República Argentina.

4. Cuadrado, Á. (2007). La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás? *Revista Jurídica de Castilla y León*.

Disponible en:

http://www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/104/336/Cuadrado_Ruiz.pdf?blobheader=application%2Fpdf%3Bcharset%3DUTF-8&blobheadername1=Cache-Control&blobheadername2=Expires&blobheadername3=Site&blobheadervalue1=no-store%2Cno-cache%2Cmust-revalidate&blobheadervalue2=0&blobheadervalue3=JCYL_delaPresidencia&blobnocache=true

5. Donaires Sánchez, P. (2013). Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho comparado. *Revista El Derecho*.

Disponible en:

[file:///C:/Users/Usuario%20Nuevo/Desktop/Dialnet-ResponsabilidadPenalDeLaPersonaJuridicaEnElDerecho-5490744%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario%20Nuevo/Desktop/Dialnet-ResponsabilidadPenalDeLaPersonaJuridicaEnElDerecho-5490744%20(1).pdf)

6. Galvão da Rocha, F. (2017). La responsabilidad penal de la persona jurídica por crimen de corrupción - en la propuesta del nuevo Código Penal brasileño-. *Revista Pensamiento Penal*.

Disponible en:

<http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/45720-responsabilidad-penal-persona-juridica-crimen-corrupcion-propuesta-del-nuevo-codigo>.

7. Haidempergher, L.L. y Artaza, M. (2018). La responsabilidad penal de la persona jurídica. Un cambio de paradigma. *Revista La Ley, Año LXXXII n° 12, Tomo 2018-A*.
Disponible en:
http://www.bomchil2.com.ar/Uploads/Documents/La_Ley_17-01-2018_20180119114345.pdf
8. Hernández, H. (2010). La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. Chile. *Revista Política Criminal*.
Disponible en:
http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf
9. Ihering, R. (1964). *La Dogmática Jurídica*. Traducido al castellano por Enrique Príncipe y Satorres. Buenos Aires. Lozada.
10. Missas Gómez, J. (2016). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia. Problemáticas sobre su aplicación desde la expedición del Código Penal. *Revista Criterio Jurídico*.
Disponible en:
<http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/download/1788/2312>.
11. Molina Arrubla, C. (1984) La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El Costo de la Tradición en el Estudio del Derecho Penal, citando a Aftalión, E. (1969) Las Personas Jurídicas y el Derecho Penal, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Buenos Aires, Argentina, No. 4, Octubre-Diciembre, pág 487.
Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5371220.pdf>
12. Robles Planas, R. (2006) ¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos. *Revista InDret*.
Disponible en:
http://www.indret.com/pdf/344_es.pdf
13. Tiedemann, K. (1996). Responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Anuario Derecho Penal*
Disponible en:
https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf

14. Valenzano, A. S. (2015). Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Italia. *Revista Derecho Penal* n°:53.

Disponible en:

http://legal.legis.com.co/document?obra=rpenal&document=rpenal_d957d182fef149a78c5cffae958e6fad

c) Ponencias

1. Junyent Bas, F. y Junyent Bas de Sandoval, B. (2017). *En torno a una teoría general de la persona jurídica*, XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión n° 2: Personas jurídicas privadas, organizado por la Universidad Nacional de la Plata.

Disponible en:

<http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/08/Junyent-Bas-Francisco-Junyent-Bas-de-Sandoval-Beatriz-II.pdf>

2. Pradel, J. (1998). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho francés: algunas cuestiones*, Seminario “Harmonisierung des allgemeinen Teils-Prolegomena zu einem europäischen Modellstrafgesetzbuch”, organizado por la Universidad de Friburgo de Brisgovia (Alemania), 03/05/1998

Disponible en:

https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_61.pdf

Jurisprudencia

a) Extranjera:

1. Tribunal correccional de Verdún, 12 de julio de 1995, J.C.P. 1996-11, 22.639. Francia.
2. Civ. 28 de enero de 1954, D. 1954, 217. Francia.
3. House of Lords, Criminal liability of corporations, 1915. Reino Unido.
4. Enron, Arthur Andersen LLP v. US, 544 US 696. 2005. Estados Unidos.
5. Caso “Odebrecht”

b) Nacional:

1. C.S.J.N., “Parafina del Plata”, fallos 271:297, 02/09/68.
2. C.S.J.N., “Fly Machine S.R.L. s/recurso extraordinario”, fallos 329: 1974 (2006), juez Zaffaroni, en disidencia, consid.11.

3. CNCP, Sala III, “Peugeot Citroën Argentina S.A. s/ recurso de casación”, causa n° 2984, reg. 715, rta. el 16/11/2001.
4. CNAPen. Econ., Sala I, “Loussinian, Eduardo y otra”, re. 375/89 rta. 13/12/1989.
5. CNACC, Sala I, “Penna, Alfredo J. y otros”, causa n° 25.507, rta. el 24/4/2006.

Otros

a) Páginas web consultadas

1. https://www.academia.edu/28390291/SOCIETAS_PUNIRI_POTEST_La_responsabil_it%C3%A0_da_reato_degli_enti_collettivi_A_cura_di
2. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/24498/1/Responsabilidad_Penal_Personas_Jur%C3%ADdicas_def.pdf
3. https://books.google.com/books/about/Derecho_penal_de_las_personas_jur%C3%ADdicas.html?id=rhDODQAAQBAJ
4. <http://www.cipce.org.ar/sites/default/files/2017/09/articulos2677.pdf>
5. <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2>
6. <https://www2.deloitte.com/es/es/pages/legal/articles/una-nueva-responsabilidad-para-las-personas-juridicas.html>
7. <https://dialnet.unirioja.es>
8. <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5490744.pdf>
9. http://www.indret.com/pdf/1209_es.pdf
10. <http://www.indret.com/pdf/1218.pdf>
11. <http://www.infoleg.gob.ar/>
12. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/270000-274999/271799/norma.htm>
13. <http://impressorbraziliense.com/prensa/operacion-lava-jato-el-inicio-parte-l/>
14. <http://interamerican-usa.com/articulos/Leyes/Ley-Sar-Oxley.htm>
15. <http://legis.pe/criminal-compliance-responsabilidad-penal-personas-juridicas-ley-30424/>
16. <https://www.oecd.org/>
17. <http://www.telam.com.ar/notas/201803/257262-que-es-la-ocde-y-cuales-son-las-ventajas-de-ser-miembro.html>
18. <http://www.un.org/es/about-un/>

b) Artículos periodísticos

1. Anllo, L. y Cornejo Costas, E. (2018). Exigencias e interrogantes en contratos de participación pública privada en *Ámbito Financiero*, Buenos Aires.
Disponible en:
<http://www.ambito.com/911821-exigencias-e-interrogantes-en-contratos-de-participacion-publica-privada>
2. Carnovale, H. (2018). Encuesta sobre ley penal empresaria en *Ámbito Financiero*, Buenos Aires.
Disponible en:
<http://www.ambito.com/914277-solo-el-42-de-las-companias-comenzaron-a-adecuarse-a-la-nueva-ley-de-responsabilidad-penal-empresaria>
3. Durrieu, N. (2018). Las empresas ante los hechos de corrupción de terceros en *La Nación*, Buenos Aires.
Disponible en:
<https://www.lanacion-com-ar.cdn.ampproject.org/c/s/www.lanacion.com.ar/2100281-las-empresas-ante-los-hechos-de-corrupcion-de-terceros/amp/2100281>
4. Cardiel, V.I. (2016). Odebrecht es condenada a pagar una multa de más de \$2 mil millones a Brasil, Estados Unidos y Suiza en *La Prensa*. Panamá.
Disponible en:
https://www.prensa.com/mundo/Suiza-condena-Odebrecht-millones-multa_0_4648785094.html
5. ABC del caso Odebrecht: el escándalo de corrupción más grande de América Latina (2017) en *mundoSputniknews.com*. Moscú
Disponible en:
<https://mundo.sputniknews.com/americalatina/201701241066433944-odebrecht-resumen-caso/>
6. Márquez, M. (2018). Programas de prevención penal para empresas en *Infonegocios*, Buenos Aires.
Disponible en:
<http://infonegocios.info/enfoque/como-armar-un-programa-de-integridad-para-contratar-con-el-estado-segun-la-ley-27401-y-ocde>

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERSIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Russo, Sebastián Francisco
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	17.580.302
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	Responsabilidad penal de las personas jurídicas. ¿Es necesario reformular los elementos de la teoría del delito en función del análisis de la nueva legislación?
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	sebastian.russo@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	SI
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: SALTA, 21 de agosto de 2018

Firma autor-tesista

Sebastián Francisco Russo

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:
_____ certifica que la tesis
adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.