

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO XXI

TRABAJO FINAL

***“ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL TRIBUTARIO Y
ECONÓMICO”***

**“REFLEXIONES SOBRE LA CULPABILIDAD EN
RELACIÓN A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE
LAS PERSONAS JURÍDICAS”**

ALUMNO: EDGARDO A. RUIBAL, DNI 23.354.841

LUGAR Y FECHA: CORDOBA, 01 DE DICIEMBRE DE 2023

Índice

1. Introducción	3
2. Modelos de atribución de responsabilidad penal para las personas Jurídicas	8
2.1. ¿Porqué adoptar un modelo de atribución de responsabilidad penal?	9
2.2. Modelos de atribución de responsabilidad penal: evolución	10
2.3. Derecho anglosajón	12
2.4. Derecho continental europeo	14
2.5. Modelos adoptados en la región	17
3. La atribución de responsabilidad penal para las personas jurídicas en la argentina ...	19
3.1. La cuestión en la jurisprudencia de la Corte Suprema	23
3.2. Marco normativo	25
4. El modelo de atribución de responsabilidad penal para la persona jurídica adoptado en el ordenamiento jurídico argentino	29
4.1. Análisis de los elementos de la “acción” como presupuesto de atribución de responsabilidad	32
4.2. Análisis de los elementos de la “culpabilidad” como presupuesto de atribución de responsabilidad	35
5. La Ley 27.401 y la culpabilidad como presupuesto de atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica	39
6. Conclusión	42

1. Introducción

El tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no obstante existir diversas legislaciones extranjeras que la adoptan, no resulta pacífico y la técnica normativa elegida en nuestro país para regularla y sistematizarla no ha aclarado en forma definitiva la cuestión.

La necesidad de combatir la corrupción, dado los estragos económicos que produce, se trazó como objetivo en diversos países y se transformó en una obligación especialmente a partir de la firma de acuerdos en foros internacionales como la ONU¹ y la OCDE².

De tal forma, a través de estos convenios internacionales, se fue estableciendo la necesidad de implementar, en cada uno de los sistemas jurídicos internos de los países miembros, la responsabilidad de las personas jurídicas por delitos de corrupción como herramienta para combatirla, lo que implicó un desafío para aquellos estados como el Argentino, de tradición romana-continental europea.

Producir legislación efectiva a fin de sancionar hechos considerados como de corrupción, cometidos en el seno o con la intervención de empresas generalmente organizadas bajo una forma de personalidad jurídica; caracterizados por una gran sofisticación en su estructuración e implementados mayormente en una realidad virtual que se abre camino más allá de las fronteras en que se dividen las jurisdicciones -con todo lo que ello conlleva-, lo que dificulta su investigación y esclarecimiento, nos interpela y coloca en crisis conceptos e instituciones que se ven desbordados ante la dinámica de la realidad.

En tal sentido y respecto al concepto de empresa, entendemos la misma como una organización económica dispuesta por el titular del capital (empresario) de manera habitual o

¹ Como Estado parte de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), Argentina está obligada a regular la responsabilidad de las personas jurídicas por su participación en los delitos tipificados con arreglo a ese tratado. Ver Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), artículo 26, disponible en: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf

² Como Estado parte de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (Convención de la OCDE), nuestro país se obligó a responsabilizar a las personas jurídicas para casos de soborno transnacional. Ver Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, artículo 2, disponible en: https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf

profesional, para la producción y circulación de bienes y servicios destinados al mercado, a través de un complejo de bienes. Resulta claro que, a nuestro criterio, concebimos también al empresario como titular de dicha organización, que en nuestro tiempo utiliza como vehículo casi exclusivamente a la persona jurídica.

Por lo tanto, corresponde preliminarmente advertir que, cuando hablamos de responsabilidad penal de las personas jurídicas, nos estamos refiriendo a éstas últimas como sujetos de derecho, titulares de empresas en definitiva, estructuras organizativas altamente complejas y cada vez más sectorizadas que tornan dificultosa la tarea de investigar los delitos cometidos en su órbita, lo que puede dar una sensación de impunidad a la población, particularmente por delitos ambientales, fiscales, de lavado de activos o delitos contra la administración pública, por la magnitud del daño que irrogan.

Es que estas nuevas formas de criminalidad económica han obligado a cuestionarse sobre el alcance y utilidad de la dogmática penal para su calificación, comprensión y juzgamiento, en post del fin último de “realización del derecho” en el caso concreto, pues resulta poco convincente, considerada la realidad, que un atentado, por ejemplo contra el medio ambiente cometido en el ámbito de una gran empresa y por el cual ha multiplicado sus ganancias, sea comprendido como un hecho aislado de una o varias personas humanas: la que lo ordenó y/o la que lo ejecutó.

El establecimiento de un régimen de responsabilidad para estas “ficciones jurídicas”, como las denominaba Savigny, busca evitar que las personas jurídicas obtengan un lucro indebido y sólo respondan patrimonialmente por los ilícitos cometidos para ello, proporcionando mecanismos de evasión de la justicia para las personas humanas involucradas en su comisión por la opacidad implicada en su mediación, procurando responsabilizar directa e independientemente a aquellas de las consecuencias disvaliosas de tales actividades.

Pero no puede dejar de advertirse que la responsabilidad penal de la persona jurídica es un tema controvertido en todo el mundo, que discurre sobre la “capacidad de acción” de las mismas y nos increpa sobre los conflictos y distorsiones que podrían generarse a partir de la asimetría por su falta de previsión en ciertos Estados, ante el ya consolidado y nada novedoso fenómeno de la globalización.

Especialmente para aquellos casos en que la persona jurídica no resulta alcanzada por ninguna legislación extranjera de alcance internacional que pueda sancionarlas, como sucede,

por ejemplo, con la Foreign Corrupt Practices Act³ para casos de sobornos a los funcionarios públicos, promulgada en el año 1977 por Estados Unidos, una de las primeras naciones que atendieron el tema.

Dicha acta sanciona dos tipos de conductas a través de disposiciones contra soborno y defraudaciones por falsedad de libros y registros contables. Respecto de las disposiciones anti soborno, la norma prevé sanciones contra una corporación nacional constituida en los Estados Unidos, un individuo, así como contra cualquier empresa extranjera que tenga un punto de contacto en el mismo país y que realice pagos corruptos a funcionarios públicos extranjeros para conseguir negocios.

Un ejemplo bastante ilustrativo de lo expuesto se advierte en el tratamiento dispensado al caso de los sobornos dispuestos por la alemana SIEMENS en nuestro país, hacia finales de la década del 1990. Mientras en Estados Unidos y Alemania se alcanzaron condenas tanto respecto de las personas humanas integrantes de la firma como de la persona jurídica implicada⁴, en la Argentina no resultó multada SIEMENS ni tampoco fue objeto de reproche alguno, y ni siquiera resultaron imputados ninguno de los funcionarios públicos señalados en la causa⁵.

Estos factores, así como el aumento de los delitos económicos, llevaron a la doctrina nacional a mirar con mejores ojos la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, convalidando este cambio en la política criminal dirigida a expandir el derecho penal por este tipo de delitos, también fruto de la necesidad por la suscripción de los convenios internacionales mencionados y el cumplimiento de las obligaciones emanadas de los mismos, así como por la creciente conmoción social que generan.

Si bien nos interesa ahondar en la problemática relativa a la culpabilidad para atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica a la luz del ordenamiento jurídico vigente en nuestro

³ Ver FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT, disponible en:
<https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>

⁴ Ver sobre el particular el artículo publicado el 22/03/2018 por la Asociación de Especialistas Certificados en Delitos Financieros, disponible en:
<https://www.delitosfinancieros.org/ex-ejecutivo-de-siemens-se-declara-culpable-en-caso-de-soborno-en-argentina/>

⁵ Ver sobre el particular el artículo publicado el 19/06/2019 por el diario La Nación, entre otros, disponible en:
<https://www.lanacion.com.ar/politica/caso-siemens-nexos-judiciales-salvaron-corach-nid2259267/>

país, corresponde preliminarmente advertir que la consagración de la misma es, conceptualmente, contraria al principio “societas delinquere non potest”, imperante en países de tradición romana-continental europea como la Argentina; ciertamente contrario al vigente en países con sistemas legales bajo el common law, en los cuales el principio vigente desde antaño es que las sociedades pueden delinquir.

De tal forma, la adopción de un sistema de atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica podría ser tomado como una decisión contraria a los principios de subsidiariedad del derecho penal y de culpabilidad, lo que podría generar un sinnúmero de dificultades a la hora de su aplicación al caso concreto, sobre todo a la hora de conformar su necesidad legislativa y su armonización con la normativa procesal penal, teniendo especialmente en cuenta que las convenciones internacionales aludidas **no** determinan necesariamente el establecimiento de una responsabilidad de **naturaleza penal** para las mismas⁶.

Más allá de lo expuesto, la tendencia ha sido prácticamente unánime, por lo que en la actualidad los estados la han receptado en sus sistemas jurídicos de diversa manera, inscribiéndose en general en alguno de los distintos modelos que, en forma “clásica” y en base

⁶ Las convenciones internacionales referidas, que obligan a la Argentina, han receptado el principio de equivalencia funcional, según el cual cada Estado parte es libre de determinar el modelo de atribución de responsabilidad, la jurisdicción (administrativa o judicial y, dentro de esta, civil o penal, o una combinación de estas posibilidades) y las reglas de procedimiento para su aplicación. La única condición, en cualquier caso, es que determinada la responsabilidad, las sanciones sean efectivas, proporcionales y disuasorias.

En tal sentido, la CNUCC establece en su artículo 26: 2. *Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa;* 3. *Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos;* 4. *Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.*

Ver Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), artículo 26, disponible en:

https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf

Por otro lado, el artículo 3 de la Convención OCDE establece: *El cohecho de un servidor público extranjero deberá ser castigable mediante sanciones penales eficaces, proporcionales y disuasorias. La escala de las sanciones será comparable a la aplicable al cohecho de servidores públicos propios de la Parte y, en el caso de las personas físicas, incluirán la privación de la libertad suficiente para permitir la ayuda jurídica recíproca y la extradición.*

Los incisos 2, 3 y 4 del mismo artículo aclaran: 2. *En el caso de que, conforme al régimen jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas morales, dicha Parte deberá asegurar que esas personas morales serán sujetas a sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones monetarias por el cohecho de servidores públicos extranjeros.*

Ver Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, artículo 3, disponible en:

https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf

a la experiencia comparada, se pueden adoptar para atribuir responsabilidad penal a una persona jurídica.

Atribuir responsabilidad en función de un factor objetivo, denominado “vicariante” y más comúnmente adoptado por el derecho anglosajón, a través del cual se transfieren en forma directa al ente ideal las conductas realizadas por algún “agente” que haya obrado en el ejercicio de su actividad y con la intención de beneficiarla, lo que básicamente implica para la persona jurídica responder por hechos ajenos. Este criterio contradice palmariamente los fundamentos en los que la teoría clásica de la responsabilidad penal se asienta y, por tanto, requiere un enorme esfuerzo interpretativo para su aplicación armónica en el sistema de atribución de responsabilidad penal local.

Por otro costado, la atribución de responsabilidad en base a un factor subjetivo como lo es la *culpabilidad* de la persona jurídica, en donde la imputación coloca el acento en la conducta del ente ideal relacionada con sus programas internos de integridad y que se la suele mencionar como “defecto de organización”. En este marco, la responsabilidad de la persona jurídica se construye a partir de la infracción de deberes propios que incumben exclusivamente a esta y, en esa medida, tales deberes se traducen en una suerte de “garantía de vigilancia” de la persona jurídica con respecto a la comisión de delitos: la responsabilidad en definitiva encuentra su fundamento en la infracción a los deberes de control de lo que sucede hacia el interior de la misma.

Por lo demás, se puede atribuir responsabilidad penal en base a un esquema mixto en el que se combinan elementos de las dos posiciones anteriores, como a nuestro criterio lo ha definido el legislador para el ordenamiento jurídico argentino.

En definitiva: en primer procederemos a realizar un repaso a grandes trazos por los modelos de atribución de responsabilidad penal dispuestos para las personas jurídicas por ciertos países a modo ejemplificativo y comparativo, sin pretender abordarlos de manera exhaustiva, para luego centrarnos con mayor profundidad en el existente en el ordenamiento local, describirlo y exponer ciertas particularidades que presenta en relación al aspecto de la culpabilidad de estas personas ideales para atribuírseles responsabilidad penal, dado que conviven en su seno diversos sistemas o modelos que nos cuestionan acerca de su conveniencia tal y como está legislado, así como sobre su coherencia, para concluir afirmando la existencia de ciertas circunstancias que excluyen dicha culpabilidad y por tanto, implican que la persona

jurídica, aun no contando con programas de integridad o compliance, se encuentre eximida de responsabilidad.

2. Modelos de atribución de responsabilidad penal para las personas jurídicas

Un modelo de atribución de responsabilidad penal para personas jurídicas se constituye como aquellos elementos o criterios ordenados en un dispositivo legal o sistema jurídico a través del cual se permite imputar y responsabilizar legalmente a entidades dotadas de personalidad jurídica por la comisión de delitos.

Por tanto, este enfoque presupone que las organizaciones, empresas o entidades pueden incurrir en conductas delictivas y, por lo tanto, deben ser consideradas responsables por tales acciones.

En este marco corresponde señalar que la atribución de responsabilidad penal a personas jurídicas, considerada en abstracto, ha sido materia de debate y evolución en diversos sistemas legales comparados, provocando no pocas controversias⁷.

La implementación de este modelo varía según la jurisdicción y puede contemplar diferentes criterios para imputar responsabilidad a una persona jurídica, como la existencia de una cultura corporativa que facilite o tolere comportamientos delictivos, la falta de supervisión adecuada, la participación de directivos en la comisión del delito, entre otros.

Es importante mencionar que el modelo de atribución de responsabilidad penal a personas jurídicas es una herramienta legal compleja y su aplicación requiere consideraciones éticas, jurídicas y prácticas específicas dentro de cada sistema legal y contexto sociocultural.

⁷ Sobre el particular, ver *“Derecho penal económico y teoría del delito: otra vuelta de tuerca”*, en *Derecho penal económico y teoría del delito*, E. Demetrio Crespo (Dir.) Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pag. 20: *La introducción de la controvertida responsabilidad penal de la persona jurídica en nuestro Código Penal, junto a los programas de cumplimiento en los que aquella se apoya, generan un escenario de notable incertidumbre e inseguridad jurídica en un ámbito ya de por sí enormemente complicado. Hasta qué punto la situación actual puede reportar ciertos beneficios o más bien serios inconvenientes por los “destrozos” provocados como consecuencia de la importación de modelos basados en otras premisas es algo todavía abierto cuya respuesta va a requerir un cierto tiempo de maduración.*

2.1. ¿Porqué adoptar un modelo de atribución de responsabilidad penal?

Previo a adentrarnos al análisis de los distintos modelos de atribución de responsabilidad penal para las personas jurídicas, mencionaremos algunos motivos que se suman a los de política criminal esbozados en la introducción que refieren a razones de índole jurídica que llevaron a su implementación, lo que permitirá en definitiva una mejor comprensión sobre su funcionamiento.

Un primer fundamento lo encontramos en el imperativo retributivo de sancionar al ente ideal que produjo un daño. Esto nace a partir de que, en reiterados casos, la responsabilidad individual es insuficiente para reparar en forma íntegra el daño causado por el delito, ante una eventual insuficiencia patrimonial del individuo persona humana identificado como responsable, máxime si las sanciones no se aplican a la persona jurídica que se beneficia del hecho.

Resulta incuestionable, a nuestro criterio, afirmar que la adopción favorable de dispositivos legales para criminalizar a las empresas por actividades delictivas responde a elementales criterios de equidad consagrados por el principio de igualdad, dado que no es justificable que una organización privada sea beneficiaria directa del resultado del acto ilegal y responda solo en el ámbito administrativo, mientras que el autor, persona humana guiada por la política de resultados corporativos, respondería penalmente en soledad.

Esta motivación tiene la desventaja de desatender los beneficios de contar con los incentivos que brindaría la coexistencia de un sistema de responsabilidad individual para la persona humana con otro especialmente dispuesto para las personas jurídicas, tanto en términos preventivos como de investigación de los hechos que constituyen la conducta delictiva, a las que se adiciona otra razón de carácter instrumental: la amenaza de sanción independiente a la persona jurídica como modo de disuadir la comisión de delitos, incrementando de tal modo también la eficacia en la persecución y el castigo de los individuos.

Es que las empresas están en una posición privilegiada para adelantarse e intervenir para evitar o reducir los efectos de la comisión de delitos a través de distintos mecanismos, incrementándose vía legal los costos directos para el caso de que sus integrantes cometan este

tipo de conductas, o bien reduciendo o eliminando los eventuales beneficios que podrían obtener a través de las mismas.

De esta manera, las motivaciones van mutando a procurar intervenir en la conformación de la “cultura de las empresas”, a través de la aplicación de un esquema de incentivos y sanciones con el fin de prevenir el daño social y reputacional que produce un hecho ilícito cometido por los integrantes de una persona jurídica o con su intervención, que suele ser mayor al que se produce cuando las personas humanas actúan por su cuenta.

En tal sentido, al imputarse el mismo grado de responsabilidad y aplicarse igual sanción a la persona individual y a la jurídica, se generan desincentivos para que, habiendo detectado el hecho, la misma adopte una posición colaborativa con las autoridades. Todo lo contrario: procurará evadirlas.

Por ello, en post de alcanzar tal objetivo, el sistema se complementa con la posibilidad de obtención de atenuantes e inclusive alcanzar la eximición de responsabilidad para el supuesto que la persona jurídica cuente con programas de prevención y control interno o coopere con la investigación para detectar y esclarecer los hechos delictivos cometidos en su ámbito o en su beneficio.

Así, se advierte que en cualquier modelo que se adopte, resulta de lo más relevante complementarlos con incentivos que conlleven a la implementación de políticas preventivas en las empresas a través de la adopción de programas de cumplimiento normativo, integridad o “compliance” basados en la identificación de los riesgos propios de la actividad que despliegan para adelantarse a la prevención de la ocurrencia de cualquier “evento de integridad”⁸, que minimicen las posibilidades de ser alcanzadas por una investigación penal; así como con dispositivos que coadyuven a la cooperación con las autoridades en caso de detección de algún hecho delictivo o, conformando un esquema que no solo opera en la relación causal de los hechos, sino en sus consecuencias, procurando mitigarlas o remediarlas, lo que podemos considerar como una tendencia actual mayoritaria en distintos países.

2.2. Modelos de atribución de responsabilidad penal: evolución

⁸ “Evento de Integridad” entendido como cualquier situación, acción, incidente o circunstancia que pueda comprometer los principios éticos, legales o regulatorios que rigen las operaciones y el comportamiento de una organización, calificado como tal dentro de un “Programa de Integridad”.

Conforme ya se advirtiera, desde antaño se ha discutido si las personas jurídicas podían ser sancionadas o sujetas a responsabilidad penal, implicando ello en definitiva la adopción de distintas posturas jurisprudenciales, motivo por el cual se procederá a hacer una breve referencia evolutiva respecto de los distintos postulados esbozados, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia en el derecho comparado.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas fue establecida por países de Europa en diversos momentos, siendo conteste en la actualidad su aceptación.

Así, por ejemplo, fue admitida primero en Holanda (Ley del 23/06/1976) y tiempo después en Francia (Código Penal de 1993), Islandia (1993), Portugal (Código Penal de 1983 y reforma de 2007), Finlandia (1995), Italia (2001), Polonia (2003) y España (2010).

Pero los matices entre cada uno de los sistemas adoptados es la resultante de un amplio debate que no siempre resultó pacífico, incrementado sobre todo a partir del protagonismo que en los siglos XVIII y XIX tuvieron las personas jurídicas como recurso jurídico principal de organización de la empresa y su gravitación en el mercado en general.

Históricamente nos encontramos con la perspectiva de Savigny, quien, basándose en un concepto de derecho subjetivo ligado a la noción de individuo (persona humana), rechazó la existencia jurídica “real” de las personas jurídicas. Las clasificó simplemente como una creación artificial, una solución creada por el legislador para abordar la cuestión de las entidades corporativas. Según esta visión, esta “ficción” solo sería aplicable en el ámbito del derecho civil y comercial para cumplir con los propósitos para los que fue establecida. Sin embargo, postulaba que no debería aplicarse en el derecho penal, ya que en esta rama del derecho se consideraba excluyentemente que las personas son seres racionales y con voluntad, características que solo pueden atribuirse a los individuos humanos. Desde esta perspectiva, se asume el principio de que "las sociedades no pueden cometer delitos"⁹.

Frente a ello, doctrinarios a favor de establecer la responsabilidad penal de estas entidades como Franz Von Litz, quien desafía el principio "Societas delinquere non potest", sostiene la idea argumentando que, al igual que estas entidades pueden realizar acciones agresivas, fraudulentas y dolosas dentro de los contratos, también podrían cometer actos criminales. Según su perspectiva, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no solo es

⁹ Sobre el particular, ver el artículo de Jiménez de Asúa, Luis, "La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", Revista Jurídica Argentina La Ley, t. 48, pag. 1041.

factible sino que también es "conveniente", ya que desde un punto de vista "jurídico", las condiciones que rigen la capacidad de actuación de las corporaciones en asuntos penales no difieren fundamentalmente de las requeridas por el Derecho Civil o el Derecho Público¹⁰.

No obstante encontrarse virtualmente superada la discusión a la luz de los distintos sistemas normativos implementados en distintos países, todavía no podemos afirmar que se ha llegado a un consenso general sobre la capacidad de acción delictiva de las personas jurídicas, sus fundamentos y presupuestos procesales para su investigación y juzgamiento.

Los defensores de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas se apoyaron de alguna forma en la teoría de la ficción, mientras que otros autores afirmaron la posibilidad de una responsabilidad penal de las personas jurídicas a partir de su realidad social.¹¹

2.3. Derecho anglosajón

A principios del siglo XIX, los tribunales ingleses empezaron a establecer la responsabilidad penal de las empresas, reconociendo que las sociedades comerciales podían ser llevadas a juicio por delitos que implicaran incumplimientos de sus obligaciones, incluso en el contexto de la revolución industrial. Un caso emblemático fue el fallo "Regina V. Birmingham & Gloucester R.R. Co." (1842)¹², en el que se procesó a una corporación por no cumplir con una ley que le exigía construir ciertas obras a lo largo de sus vías férreas.

¹⁰ Sobre el particular, ver el artículo de Jiménez de Asúa, Luis, "La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", Revista Jurídica Argentina La Ley, t. 48, pag. 1041 y ss: *El tema viene desde sus comienzos con una valla difícil de saltar. La Revolución francesa, las grandes conquistas modernas, hicieron que las viejas fórmulas que imponían a la pena carácter personal se asentaran definitivamente en la práctica. Sólo al individuo que delinque es posible sancionarle con una pena o con una medida asegurativa de tipo detentivo; sólo al sujeto que ofrece peligro para la sociedad, es necesario encerrarle o poner sobre él una sanción corporal. De aquí venían ya los obstáculos, insuperables al parecer, para exigir la responsabilidad a las sociedades, a una persona moral; es decir a una entidad no natural [...] entre los penalistas más afamados, que afirman la responsabilidad penal de las corporaciones está Franz Von Litz que en el texto de su Tratado y también en una larga nota, combate el axioma Societas delinquere non potest, y afirma la responsabilidad de la persona social, creyendo que, de la misma manera que esa sociedad contrata y dentro de los contratos puede realizar acciones leoninas, fraudulentas y dolosas, también puede realizar acciones criminales. A su entender, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no sólo es posible sino 'conveniente' porque 'jurídicamente' las condiciones de la capacidad de obrar de las sociedades en materia penal no son fundamentalmente distintas de las exigidas por el Derecho civil o el Derecho Público.*

¹¹ Sobre el particular, ver García Cavero, Percy, "La persona jurídica como sujeto penalmente responsable" en *Derecho Penal Empresario*, Yacobucci, Guillermo J. (Director) y Laporta, Mario H. y Ramírez, Nicolás D. (coordinadores), Ed. Bdef. Buenos Aires, 2010, pag. 61 y ss..

¹² Citado por Richard Hernán Salinas Mora en "Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Análisis de Derecho Comparado". P. 89. Disponible en:

Hoy en día, existe en el Reino Unido la responsabilidad directa de las empresas, que se rige por un modelo vicarial específico¹³, regulado por la Ley Antisoborno (The Bribery Act de 2010¹⁴). Este enfoque está especialmente vinculado a la criminalidad organizada y adopta un sistema de imputación más acorde con las leyes penales modernas, fomentando la prevención de delitos corporativos mediante programas de cumplimiento normativo.

En Estados Unidos, la imputación de responsabilidad penal a las corporaciones se consolidó a principios del siglo XX, con un cambio gradual hacia la imputación de delitos cometidos por empleados o representantes en nombre de la empresa. En el caso "New York Central and Hudson River Railroad Company v. United States" (1909)¹⁵, se estableció un precedente importante al sostenerse que una corporación podría ser responsable de actos delictivos de sus empleados si dichos delitos estaban directamente relacionados con las actividades corporativas y si la empresa no supervisaba adecuadamente a sus empleados.

<https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/75512/Tesis%202017%20Salinas%20Mora%28definitivo%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹³ Sobre el particular, ver *Richard Hernán Salinas Mora* en "Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Análisis de Derecho Comparado", pag. 91 y ss.: *En este punto es conveniente realizar una clarificación: el sistema de la identification theory no forma parte de lo que la doctrina denomina "sistema vicarial". Si bien es cierto que ambos suelen usarse como instituciones homólogas, en la práctica no es así. Ambos tienen en común la base de sus postulaciones, es decir, ambas corrientes encuentran su origen en la teoría de la transferencia, si bien desde ahí divergen hasta llegar a ser dos formas o modelos de imputación diferentes entre sí. La diferencia entre ambos radica en los requisitos necesarios para que se configure la responsabilidad. La corriente de "vicarious liability" (en su versión de respondeat superior) requiere, en primer término, la comisión de la acción que constituye un delito realizado por un agente de la empresa, en segundo lugar, que dicho agente actúe dentro de sus funciones, o por encargo de la empresa y, por último, que actúe con la intención de beneficiar a la empresa. Sin la concurrencia de esos tres requisitos, no se dará origen a la transferencia de la responsabilidad. La corriente de la teoría de la identificación prescinde del tercero de estos requisitos: aquel que demanda que el agente que comete el ilícito tenga la expresa intención de beneficiar a la empresa. En otras palabras, en el marco práctico del Derecho inglés, el nacimiento de la responsabilidad para la empresa es más sencillo que en otras legislaciones, pues requiere de menos hechos a probarse para dar lugar a su existencia. Sin embargo, tal facilidad no es real, dado que a pesar de tener nominativamente menos requisitos que la otra corriente doctrinaria también emanada de la transferencia de la responsabilidad, acota su aplicación práctica a través del rango interpretativo otorgado al requisito del "agente". En el Derecho inglés, el agente capaz de transferir su responsabilidad a la empresa, está encarnado sólo por aquellos altos directivos con poder decisorio dentro de la persona jurídica.* Disponible en:

<https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/75512/Tesis%202017%20Salinas%20Mora%28definitivo%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹⁴ Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>

¹⁵ Disponible en: https://courtroomcast.lexisnexis.com/acf_cases/8748-new-york-central-hudson-river-railroad-co-v-united-states

Sobre la pionera Foreign Corrupt Practices Act para casos de sobornos a funcionarios públicos, promulgada en el año 1977 por Estados Unidos, una de las primeras naciones que atendieron el tema en forma expresa, nos remitimos a lo expuesto en la introducción.

2.4. Derecho continental europeo

En un principio, en Alemania solo se admitía la multa como pena accesoria a las personas jurídicas, toda vez que una parte importante de la doctrina imperante rechazaba en principio la responsabilidad penal de las mismas. Roxin sostenía que sus actos “no son acciones en términos de Derecho Penal” y añadía que “falta una sustancia psíquico-espiritual” en las mismas¹⁶.

Con otra visión se argumentó que las personas jurídicas, al igual que las personas físicas, son receptores directos de las normas de conducta, es decir, de órdenes y prohibiciones. Según esta perspectiva, el derecho positivo se fundamenta en esta premisa. Las personas jurídicas tienen capacidad para actuar y, por lo tanto, pueden ser sujetos receptores de las normas de conducta. Si el legislador dirige estas normas a las personas jurídicas, es porque ellas también pueden generar los efectos requeridos por la norma, es decir, pueden llevar a cabo acciones u omisiones.

En la actualidad el país germano cuenta con una responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y la tendencia imperante es aplicar sanciones de tal carácter en crímenes económicos, ambientales y de lavado de dinero asociados a la delincuencia organizada.

La doctrina italiana de arraigo románico inicialmente se opuso a la idea de que las personas jurídicas pudieran cometer delitos, basándose en el principio "societas delinquere non potest". Sin embargo, se estableció la responsabilidad administrativa y penal de las personas jurídicas a través del Decreto Legislativo 231 en 2001¹⁷. Este abarcaba inicialmente un conjunto limitado de delitos, pero con el tiempo se ha ampliado. Posteriormente, extendió la responsabilidad de las entidades legales a delitos asociativos.

¹⁶ Sobre el particular ver *Derecho Penal. Parte General. Roxin, Claus*. T. I. pag. 258. Ed. Cevitas, Madrid, 1997.

¹⁷ Disponible en: <chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcglcfindmkaj/https://www.worldcomplianceassociation.com/componentes/editor/ckfinder/userfiles/files/pdf.pdf>

En resumen, el modelo actual de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas en Italia se alinea con los modelos mixtos. Esto implica aspectos vicariales al requerir la intervención de una persona física actuando en nombre de la entidad, trasladando la responsabilidad a la persona jurídica. No obstante, integra el criterio de culpabilidad al enfocarse en la prevención del delito a través de programas de integridad o cumplimiento normativo, incentivando fuertemente la prevención.

Así, podríamos afirmar que en dicho país la culpabilidad de la persona jurídica es concebida como la aptitud de implementar programas que tengan por objetivo controlar y prevenir el delito, motivo por el cual la entidad podría sea eximida de responsabilidad siempre que haya dado cumplimiento con anterioridad a los modelos de organización con determinadas características, estableciéndose además dispositivos atenuantes por la colaboración que pudiera prestar para el desarrollo de la investigación.

España no fue la excepción a la tendencia inicial a resistirse a la consagración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico, por entender que no podían verificarse los elementos que la dogmática de la teoría del delito requiere al efecto. El Derecho Penal castigaba “acciones humanas”, y dado que las personas jurídicas no podían obrar subjetivamente con dolo, imprudencia o impericia, no eran susceptibles de ser consideradas culpables.

Asimismo y conforme la doctrina especializada española, la pena no podía extenderse a todos los miembros de la organización en virtud de los principios de culpabilidad y personalidad de las penas, por lo que solo se podía sancionar a la persona física puntual que intervino personalmente en el delito.¹⁸

Sin perjuicio de ello, el Código Penal Español introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en detrimento del imperante doctrinariamente principio “societas

¹⁸ Sobre el particular, ver *Mir Puig, Santiago, “Derecho Penal, Parte General”, Ed. BdeF, 10ma Edición 2016, pag. 195: En el orden de los principios político-criminales, la doctrina dominante en España se manifiesta contraria a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entendida en el sentido estricto de sujeción a penas criminales. Suele fundarse esta opinión en los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas, que impiden que el castigo recaiga sobre todos los miembros de la persona jurídica (como sucedería inevitablemente si se impusiese una pena a la misma) y obliga a que únicamente respondan de los hechos las personas físicas que efectivamente los hubieren realizado. Puesto que tal planteamiento sólo se refiere a la imposición de un castigo, no obsta a que junto a la punición de los responsables la misma doctrina admita, e incluso reclame, la aplicación a la persona jurídica de medidas de seguridad desprovistas de carácter represivo, que se reputan muy convenientemente para salir al paso del peligro que entraña la comisión de delitos tras la fachada ofrecida por la persona jurídica.*

delinquere non potest”, promulgándose un nuevo modelo de atribución de responsabilidad para estos entes diverso al vigente para las físicas que la integran¹⁹. De tal forma se estableció un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas por “numerus clausus”, siendo por tanto susceptible de operar tal responsabilidad dentro de una nómina cerrada de determinados tipos delictivos²⁰.

En efecto, la reforma introdujo un novedoso sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Art. 31 bis²¹, con criterios autónomos de imputación, clases de penas propias y reglas específicas de aplicación de las mismas.

¹⁹ El presupuesto de imputación es diferente. En las personas físicas rige el sistema clásico, esto es, la realización de una conducta típica, antijurídica, culpable y punible; en las personas jurídicas imperan los criterios establecidos en el nuevo Art. 31 bis del Código Penal. Disponible en: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PU B-DP-2023-118

²⁰ Entre esos delitos: tráfico ilegal de órganos (Art. 156 bis), trata de seres humanos (Art. 177 bis), delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (Art. 189 bis), delitos contra la intimidad y allanamiento informático (Art. 197), estafa (Art. 251 bis), insolvencias punibles (Art. 261 bis), daños informáticos (Art. 264), delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores (Art. 288.1), delitos de blanqueo de capitales (Art. 302), delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social (Art. 310 bis), delitos urbanísticos (Art. 319), delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (Art. 318 bis), delitos contra el medio ambiente (Art. 327 y 328), delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (Art. 343), delitos de riesgo provocado por explosivos (Art. 348), delitos contra la salud pública (tráfico de drogas) (Art. 369 bis), delitos de falsedad en medio de pago (Art. 399 bis), delitos de cohecho (Art. 427), delito de tráfico de influencias (Art. 430) y delito de soborno a funcionario extranjero (art. 445), organizaciones o grupos criminales (Art. 570 quater) y financiación del terrorismo (Art. 576 bis), entre otros. Disponible en: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PU B-DP-2023-118

²¹ El Art. 31 bis incorporado por la LO 5/2010 establece: *1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y sus administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de las actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso. 2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos. 3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posible por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente. 4. Solo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: a) haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirija contra ella, a confesar*

Por su parte, Francia también dejó de lado el principio *societas “delinquere non potest”*, incluyendo en su ordenamiento sanciones penales para las personas jurídicas, incorporando dicha responsabilidad en su Código Penal en 1994. En tal sentido, el artículo 121-2 del Código Penal francés establece dos condiciones esenciales que deben cumplirse conjuntamente para atribuir responsabilidad penal a una persona jurídica: la infracción debe ser realizada por un representante u órgano de la entidad legal, y la acción del representante u órgano debe llevarse a cabo en nombre de la persona jurídica.²²

2.5. Modelos adoptados en la región

En el ámbito regional, Brasil incorporó a su nueva Constitución de 1988, en el Título VII “Del Orden Económico y Financiero”, Capítulo I “De Los Principios Generales De La Actividad Económica” (Arts. 170/192) y con jerarquía constitucional, un postulado según el cual la ley, más allá de la responsabilidad de sus dirigentes e integrantes, establecerá la responsabilidad de la persona jurídica conforme la naturaleza de los actos implicados en los hechos ilícitos, ya sea contra el orden económico o financiero²³, sancionándose la Ley

la infracción a las autoridades; b) haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos; c) haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito; d) haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. 5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las administraciones públicas territoriales e institucionales, a los organismos reguladores, las agencias y entidades públicas empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económicos general. En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal. Disponible en: [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PU-B-DP-2023-118](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PU-B-DP-2023-118)

²² Código Penal Frances disponible en: <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/493346>

²³ Constitución de la República Federativa de Brasil; Art. 173 párrafo 5 dispone: *La ley, sin perjuicio de la responsabilidad individual de los dirigentes de la persona jurídica, establecerá la responsabilidad de esta, sujetándola a las sanciones compatibles con su naturaleza, en los actos practicados contra el orden económico y financiero y contra la economía popular.* Disponible en: [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF_espanhol_web.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF_espanhol_web.pdf)

Anticorrupción Brasileña²⁴ en el año 2013, surgida en un contexto de gran estrépito judicial, que prevé la responsabilidad civil y administrativa de las personas jurídicas por delitos de corrupción (tales como el soborno nacional o internacional, fraude o manipulación en licitaciones públicas o contratos celebrados con la administración pública), así como también por dificultar o interferir en actividades de fiscalización o investigación de órganos, entidades o funcionarios públicos.

Por tanto, dicha responsabilidad civil y administrativa es objetiva y las sanciones pueden atenuarse o eximirse si la persona jurídica demuestra que cuenta con un programa de integridad efectivo, si se autodenuncia ante las autoridades y colabora con la investigación.

Al igual que en nuestro país, en Chile se aprobó la Ley 20.393 en el año 2009, motivada por su ingreso como miembro de la OCDE y las obligaciones internacionales adquiridas. Esta legislación adoptó el modelo de responsabilidad por defecto de organización y se aplica a delitos como lavado de dinero, financiamiento del terrorismo y soborno o cohecho activo, tanto de empleados públicos nacionales como de funcionarios públicos extranjeros²⁵.

²⁴ Sobre el particular, ver el trabajo de *Arnaldo Quirino de Almeida*, *Compliance Anticorrupción: FCPA, UKBA y Ley Anticorrupción brasileña en una breve comparación de sus elementos principales: En el régimen de la Ley Anticorrupción brasileña no se trata de una norma de naturaleza típicamente penal en Brasil. Solo pretende responsabilizar administrativamente a la organización o sociedad empresaria por actos de corrupción o fraudes practicados en perjuicio del patrimonio de la administración pública, nacional o extranjera, aunque, en rigor, la norma no prevé un comportamiento típico administrativo o una norma administrativa interna propia que la ley pretenda tutelar.*

La Ley anticorrupción se aplica solamente en las relaciones entre la persona jurídica y órganos de gobierno o de la administración pública (nacionales y extranjeros). Por lo tanto, en Brasil, sus sanciones no alcanzan los casos de corrupción privada, conducta no tipificada penal o administrativamente.

Las conductas tipificadas se tratan, de regla, de comportamientos ilícitos que tienen en su génesis elementos típicos de verdaderos crímenes tradicionalmente reconocidos por el sistema jurídico-penal brasileño, tales como: delito de corrupción, delito de fraude al certamen de competencia para obras públicas, etc. Disponible en: <https://www.worldcomplianceassociation.com/3058/articulo-compliance-anticorrupcion-fcpa-ukba-y-ley-anticorrupcion-brasilena-en-una-breve-comparacion-de-sus-elementos-principales.html>

²⁵ Sobre el particular, ver el trabajo de *Hernandez Basualto, Hector*, *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile: ...la ley chilena ha abrazado precisamente un modelo atenuado de responsabilidad derivada, que, además de la conexión entre individuo responsable y su hecho con la persona jurídica, requiere que ésta haya contribuido al hecho por la vía de haberse organizado de un modo que favorece o en todo caso no impide ni dificulta la realización de ese tipo de hechos, esto es, la llamada responsabilidad por "defecto de organización".⁴⁵ En efecto, conforme al art. 3º de la ley los requisitos de la responsabilidad penal por los delitos previstos en el art. 1º son los siguientes:*

a) Que el delito haya sido cometido por personas pertenecientes a un determinado círculo que la propia ley define, a saber, los dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes de la empresa o quienes realicen actividades de administración y supervisión en ella, o bien por otras personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de dichos sujetos.

b) Que los delitos se hayan cometido directa e inmediatamente en interés de la persona jurídica o para su provecho, lo que viene reiterado luego cuando se señala que las entidades "no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero".

La ley chilena contempla la posibilidad de que la persona jurídica sea eximida de pena u obtenga una reducción de la misma mediante la implementación de programas de integridad, denominados "modelos de prevención".

Lo expuesto muestra la evolución de un fenómeno que inicialmente fue abordado por los regímenes jurídicos anglosajones y luego se extendió y tuvo una mayor aceptación en aquellos de tradición románica-continental, llegando finalmente a países latinoamericanos como el nuestro.

Inicialmente los operadores jurídicos se oponían a la adopción de tal régimen basándose en el arraigado principio "societas delinquere non potest", para luego, por una variada multiplicidad de motivos fruto de necesidades políticas, particularmente de política criminal, adoptar en la práctica un sistema de atribución de responsabilidad específico para las personas jurídicas por actos ilícitos, en la mayoría de los casos de naturaleza penal, como se evidencia en la República Argentina.

3. La atribución de responsabilidad penal para las personas jurídicas en la argentina

Nuestro país no fue la excepción a la evolución hasta aquí descrita, pues la doctrina mayoritaria era concluyente. Por no poseer capacidad de acción, no era posible atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, habiéndose considerado en ciertos casos que son incapaces penales pues no puede predicarse de las mismas su culpabilidad.

Carlos Fontan Balestra, referente del Derecho Penal Argentino, señala que la persona jurídica básicamente no puede delinquir, porque no puede actuar y por incapacidad de acción (acción es actuar humano) o de culpa. En tal sentido enseñaba que tal exclusión, en nuestro ordenamiento jurídico, se encontraba expresamente declarada en el Art. 43 del Código Civil velezano, previo a que fuera modificado por la Ley 17.711.²⁶

c) *Y siempre que la comisión del delito sea consecuencia del incumplimiento, por parte de la entidad, de sus deberes de dirección y supervisión, a lo que se opone expresamente la previa adopción e implementación de un modelo de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, esto es, más sintéticamente, de un modelo de prevención de delitos.* Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992010000100005

²⁶ Esta norma, en su redacción original, luego sustituida por la reforma (Art. 1º de la Ley 17.711. B.O. 26/04/1968) establecía que *...no se puede ejercer contra las personas jurídicas acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometidos delitos que redunden en beneficio de ellas.*

Asimismo, dicho autor remarcaba que en la nota de Vélez Sarsfield al aludido artículo podía apreciarse en forma explícita mediante su interpretación auténtica, que las personas jurídicas no pueden considerarse seres libres e inteligentes, motivo por el cual el derecho criminal no puede alcanzarlas.²⁷

En esta línea de pensamiento, Sebastián Soler fue enfático al basarse en el principio de "societas delinquere non potest". Sostuvo que la sociedad es una entidad separada de sus socios, que no lleva a cabo acciones; por ende, no pueden alterarse los principios básicos del derecho penal como la imputabilidad, la culpabilidad y la pena. Argumentó que imponer una sanción basada en el principio de subjetividad, con contenido psicológico, resulta inviable para una entidad que no puede experimentar la coacción de una amenaza de pena ni sufrir una pena personal. Además, consideró injusto sancionar a todos los integrantes de la organización que no participaron en el hecho delictivo o que se opusieron a las acciones realizadas por los directores o accionistas. Siguiendo esta línea de razonamiento, afirmó que sostener lo contrario sería un error jurídico, una falta de perspicacia política y, en última instancia, una "ficción". Del mismo modo, expresó que penalizar a una persona jurídica representa una forma inadecuada de imputación y establece una responsabilidad objetiva que va en contra de los principios de un derecho penal civilizado con valores humanos universales.²⁸

Por su parte, Creus²⁹ y Nuñez³⁰ afirman que las personas jurídicas no pueden ser sancionadas porque en ningún caso puede predicarse de ellas una autoría como de alguien que realiza conductas y por tanto, bajo ningún punto de vista pueden ser sujeto activo de un delito.

²⁷ Sobre el particular ver *Fontan Balestra, Carlos, "Tratado de Derecho Penal"*, T. I. p. 381. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970: *....el derecho criminal considera al hombre natural, es decir, un ser libre e inteligente. La persona jurídica esta privada de esta carácter, no siendo sino un ser abstracto, al cual no puede alcanzar el derecho criminal.*

²⁸ Sobre el particular ver *"Derecho Penal Argentino". Soler Sebastián.* P. 265 y ss. Ed. TEA. Buenos Aires. 1963. En la nota numero 18 señalo: *Estamos, pues, sustancialmente de acuerdo con Vélez Sarfield, quien siguió en esto fielmente a Savigny.*

²⁹ Sobre el particular ver *"Derecho Penal". Carlos Creus.* P. 132. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988.

³⁰ Sobre el particular ver *"Derecho Penal Argentino". Núñez Ricardo.* T. I. p. 216. Ed. Lerner. Buenos Aires. 1971.

Zaffaroni consideraba que no podían ser punibles las personas jurídicas, pues no tienen capacidad de conducta, afirmando que en nuestra ley el delito se elabora sobre la base de la conducta humana individual.³¹

Luis Jiménez de Asúa señaló que, exigiendo la definición de delito la antijuridicidad y la culpabilidad, corresponde negar a las personas jurídicas la posibilidad de ser sujeto activo del mismo, precisamente por incapacidad de conducta, afirmando que “...cuando llegamos a la culpabilidad, cuando tratamos de definir lo que es el dolo, vemos que la noción de este no puede resumirse en un fórmula demasiado sencilla y tenemos que buscar sus elementos. No es posible afirmar que una persona ha realizado con dolo si en el no concurren dos grupos de elementos esenciales: el intelectual y el afectivo (...). Pues, yo invito a que defina el dolo de la persona social, con la seguridad de que fracasara de la manera más ruidosa quien intente tan imposible empeño (...)”.³²

Ante estas posturas, es relevante reconocer la tendencia actual, especialmente proveniente del ámbito del derecho penal económico, que contempla la posibilidad de imponer sanciones a entidades colectivas. En este contexto, se argumenta que las personas jurídicas juegan un papel de importancia tanto en actividades lícitas como ilícitas en la sociedad.

Por consiguiente, se sostiene que desde hace tiempo las modalidades delictivas que involucran a las empresas han sido consideradas como un tema crucial para el derecho penal económico. Esto se debe a su influencia como entornos propicios para la comisión de delitos de relevancia económica, así como a las dificultades que plantean para su prevención adecuada y su posterior represión.³³

Por otra parte, se considera problemático el hecho de que las empresas puedan transferir, sin más y en cierta medida, la propia responsabilidad por hechos delictivos hacia las personas individuales que actúan en su nombre. Además, dada la gran envergadura de muchas sociedades, surge la dificultad de identificar al autor individual o a los autores individuales

³¹ Sobre el particular ver “*Tratado de Derecho Penal. Parte General*”. Zaffaroni, Eugenio Raúl. P. 56. 2.

³² Sobre el particular, ver el artículo de Jiménez de Asúa, Luis, “*La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, Revista Jurídica Argentina La Ley, t. 48, pag. 1041.

³³ Sobre el particular, ver Righi, Esteban, *Los delitos económicos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pag. 110.

dentro de la empresa³⁴. Por último, se plantean argumentos de política criminal que respaldan la necesidad de imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas.³⁵

Además de estas razones, se han presentado diferentes argumentos para abordar las objeciones surgidas frente al principio *societas delinquere potest*. En respuesta a las teorías que sugieren que las personas jurídicas son incapaces de actuar, se argumenta que dado que la empresa lleva a cabo acciones externas a través de las acciones realizadas por personas humanas que integran sus órganos, estas acciones son simultáneamente propias de la entidad. Se trata de una forma de acción propia a través de otros, determinada por la estructura corporativa. Por lo tanto, las asociaciones de individuos son inherentemente capaces de acción.³⁶

Respecto a la imposibilidad de atribuir culpabilidad, se ha afirmado que en el ámbito social se reconoce con cierta regularidad sobre la culpabilidad de las personas jurídicas. En tales situaciones, la culpabilidad no es considerada éticamente irrelevante, ya que al responsabilizar a la corporación, se le aplica un estándar moral significativo. Se considera entonces factible establecer comparaciones de culpabilidad con personas humanas en tal aspecto.³⁷

A su turno, Maximiliano A. Rusconi desestimó el planteo crítico de la incapacidad de acción, al entender que ella *“nace y desarrolla sus argumentos y planteos distintos a los convenientes; no se trata de saber si las personas jurídicas tienen capacidad de acción real, identificable en el mundo físico, sino de averiguar si es legítimo imputarles las acciones realizadas por quienes, indudablemente, si la tienen y actúan en su representación: sus*

³⁴ Sobre el particular, ver Hirsch Hans J. *“La cuestión de la responsabilidad de las asociaciones de personas”*, en *Derecho Penal. Obras completas*. T. III, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003. pag. 110.

³⁵ Sobre el particular, ver Righi, Esteban, *Los delitos económicos*, Ad-Hoc. Buenos Aires, 2000, pag. 110.

³⁶ Sobre el particular, ver Hirsch Hans J. *“La cuestión de la responsabilidad de las asociaciones de personas”*, en *Derecho Penal. Obras completas*. T. III, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003. P. 116.

³⁷ Sobre el particular, ver Hirsch Hans J. *“La cuestión de la responsabilidad de las asociaciones de personas”*, en *Derecho Penal. Obras completas*. T. III, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003. P. 120/121: *Dado que la asociación de personas solo puede actuar a través de seres humanos, la cuestión del libre albedrío debe ser contestada, aquí como allí, de modo concordantes.*

órganos. Es decir, nada de esto es nuevo; se trata de una manifestación más de la normatización del ilícito que ya no es más “causación” sino “imputación”...”.³⁸

Los intentos de superar las objeciones planteadas por aquellos que respaldan la aplicación del principio *societas delinquere non potest*, se ven limitados cuando se nota que los argumentos empleados entran en conflicto con la objeción de que imputar una acción externa no constituye una acción inherente a la entidad colectiva, al igual que imputar la culpabilidad de otro tampoco representa una culpabilidad propia de la entidad colectiva.

En síntesis, Carlos Facundo Trotta, entiende que más allá de las razones sociales y político criminales, hasta tanto no se produzca una reforma constitucional que redefina la máxima “nulla injuria sine actione”, así como el principio de culpabilidad y el de la personalidad de la pena, no es posible sostener la responsabilidad penal de la persona jurídica.³⁹

3.1. La cuestión en la jurisprudencia de la Corte Suprema

Históricamente, el Tribunal Supremo de nuestra nación rechazó cualquier forma de responsabilidad de las personas jurídicas por actos ilícitos, excepto en aquellos casos específicamente establecidos por leyes especiales, admitiendo puntualmente la posibilidad de imputar responsabilidad penal a las personas de existencia ideal, primero en materia de infracciones aduaneras y contravenciones a las leyes fiscales y, más tarde, en materia de delitos.⁴⁰

En este contexto, nuestro máximo tribunal interpretó que la redacción original del Artículo 43 del Código Civil velezano no permitía realizar distinciones que no estuvieran explícitamente contempladas, sosteniendo que es aún menos factible realizarlas cuando resulta evidente que los representantes de las personas jurídicas no actúan en representación de estas

³⁸ Sobre el particular, ver *Riquert, Marcelo Alfredo “Cuestiones de derecho penal y procesal penal tributario”*. Ed. Ediar S.A. pag. 272, nota 448, remitiendo al trabajo de *Maximiliano A. Rusconi, en “Persona Jurídica y Sistema Penal: ¿Hacia un nuevo modelo de imputación?”*, Publicado en AAVV “*El derecho penal hoy. Homenaje al Prof. David Baigum*”, Editores del Puerto, Bs. As. 1995. Pag. 69 y ss. Cita pag. 78.

³⁹ Sobre el particular, ver *Carlos Facundo Trotta, Tratado de Normas y leyes federales en lo penal*, capítulo VI, Silvia V. Palacio de Caiero (Directora), Eduard S. Caiero Palacio (Coordinador). La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 473.

⁴⁰ CSJN. Fallos: 52:371; 99:213; 99:317; 126:163; 135:197; 184:162; 185:188; 201:378 y 428; 216:397 y otros.

entidades con un propósito a priori ilícito y que sus acciones no son actos de la persona que representan, sino en todo caso actos ejecutados dentro de los límites de su cargo.

No obstante y tal como fuera expuesto al comienzo de este apartado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que las personas jurídicas pueden ser penalmente responsables por las acciones de sus directivos en ciertos casos alcanzados por leyes especiales.

Quien se pronunciara específicamente al respecto fue el Juez Zaffaroni en su voto en el caso “Fly Machine”⁴¹ de la C.S.J.N., en el que si bien el tribunal rechazó el recurso extraordinario interpuesto por el querellante por motivos formales, en su voto en disidencia entró en el fondo del asunto, y expuso las siguientes consideraciones que merecen destacarse.

En efecto, expuso que *“Las personas jurídicas no pueden ser responsabilizadas penalmente, porque existe una imposibilidad de realizar a su respecto el principio de culpabilidad en tanto no es factible la alternativa de exigirles un comportamiento diferente del injusto – dada su incapacidad de acción y de autodeterminación -, negando así la base mínima del juicio de reproche”*.

Asimismo, sostuvo 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 está condicionada por los contenidos que surgen de ciertos postulados de jerarquía constitucional, entre los cuales se destaca el nullum crimen sine conducta”*.

Además, analizo que de las expresiones *“hecho del proceso y de la causa”* (Art. 18 C.N.) y *“las acciones”* a que se refiere el Art. 19 de la C.N., surge el principio de materialidad de la acción según el cual solo puede considerarse penalmente relevante un daño que sea consecuencia de una conducta.

De manera similar, expresó que la configuración del concepto jurídico-penal de acción encuentra límites dentro de ciertos parámetros constitucionales que establecen que los delitos, como presupuestos para imponer una pena, deben basarse en conductas humanas, definidas específicamente como tales por la ley penal.

⁴¹ CSJN. Fallos: 329: 1974; “Fly Machine S.R.L.” del 30/05/2006, publicado en La Ley del 25/07/2006.

En tal sentido, sostiene que la operatividad de los principios constitucionales referidos implica restringir el concepto jurídico-penal de conducta, centrándose en acciones u omisiones que solo podrían ser llevadas a cabo por seres humanos, sujetos a los cuales el Estado puede responder con las penas establecidas legalmente, excluyendo a las personas jurídicas.

Por último, afirmó que el hecho de que nuestra legislación carezca de una regulación procesal específica para determinar cómo se llevaría a cabo el enjuiciamiento penal de las personas jurídicas, y que no permita identificar adecuadamente a los sujetos capaces de representarlas en ese contexto, no significa negar la posibilidad de que estas entidades sean objeto de sanciones jurídicas que impliquen el ejercicio de un poder coercitivo correctivo o administrativo. Esto simplemente busca evitar otorgarles capacidad para cometer delitos penales.

En tal sentido, el fallo aludido reconoció claramente la posibilidad de imponer sanciones jurídicas de naturaleza administrativa a las personas jurídicas, a pesar de haber negado la posibilidad de atribuirles responsabilidad penal.

Pero claro, advertimos que el fallo aludido es anterior a la promulgación de la Ley 27.401, denominada de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

3.2. Marco normativo

En la actualidad, el nuevo ordenamiento penal ha experimentado modificaciones significativas debido a las características de la sociedad contemporánea, así como por razones de política criminal. El enfoque punitivo que guía la acción legislativa, el aumento de la implicación habitual de las personas jurídicas en la comisión de delitos como fraudes, lavado de dinero y crimen organizado, ha llevado a una revisión sustancial de los paradigmas clásicos⁴², en línea con lo sucedido en la mayoría de los países occidentales.

⁴² No obstante corresponde señalar que los primeros antecedentes son bastante antiguos, concretamente de 1876, con las ordenanzas de aduanas aprobadas por la Ley 810 y, desde entonces ha seguido legislándose como ser, por ejemplo, en los sucesivos regímenes contra el agio o de represión de la especulación y/o establecimiento de control de precios, que establecieron un sistema de coexistencia de responsabilidades penales entre el ente ideal y sus representantes, en las sucesivas leyes 12.591, 12.830, 12.906 y 16.454.

Por tanto, la responsabilidad penal de las personas jurídicas es ahora una realidad en la Argentina con la promulgación de la Ley 27.401⁴³. Esto implica un cambio copernicano de perspectiva, dejando atrás los criterios defendidos por los representantes del derecho penal tradicional, y aceptando y regulando la responsabilidad penal de estas entidades.

En la actualidad, la punición de las personas jurídicas no se limita únicamente al ámbito de las leyes especiales tales como los contenidos en las que regulan los delitos

⁴³ Los Artículos 1 y 2 de la Ley 27.401 establecen: *Artículo 1: Objeto y alcance. La presente ley establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, por los siguientes delitos:*

a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional 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.

Artículo 2: Responsabilidad de las personas jurídicas. Las personas jurídicas son responsables por los delitos previstos en el artículo precedente que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio.

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.

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.

cambiarioros⁴⁴, la ley de abastecimiento⁴⁵, ley de defensa de la competencia⁴⁶, el contrabando⁴⁷, entre otras, sino que se extiende a las últimas leyes promulgadas por el legislador nacional.

⁴⁴ El Artículo 2, inciso f) de la Ley 19.359 (Régimen Penal Cambiario) indica: *Cuando el hecho hubiese sido ejecutado por los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia de una persona de existencia ideal, con los medios o recursos facilitados por la misma u obtenidos de ella con tal fin, de manera que el hecho resulte cumplido en nombre, con la ayuda o en beneficio de la misma, la persona de existencia ideal también será sancionada de conformidad con las disposiciones de los incisos a) y e). La multa se hará efectiva solidariamente sobre el patrimonio de la persona ideal y sobre los patrimonios particulares de los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia que hubiesen intervenido en la comisión del hecho punible.*

⁴⁵ El Art. 8 de la Ley 20.680 prescribe que: *Cuando las infracciones que se penan en esta ley hubieran sido cometidas en beneficio de una persona jurídica. Asociación o sociedad, se le dará carácter de parte, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los autores. En los casos de condena a una persona jurídica, asociación o sociedad se podrá imponer como sanción complementaria la pérdida de la personería y la caducidad de las prerrogativas que se le hubiese acordado. Los directores, administradores, gerentes y miembros de tales entidades que no hubieren participado en la comisión de los hechos punibles, pero que por sus funciones debieron conocerlos y pudieron oponerse, serán también pasibles – cuando se les probare grave negligencia al respecto – de las sanciones previstas en el Art. 5º, incisos a) y b) disminuyéndose a la cuarta parte los límites mínimos y máximos a imponer.*

⁴⁶ Los Arts. 47 y 48 de la Ley 25.156 expresan: *Artículo 47: Las personas de existencia ideal son imputables por las conductas realizadas por las personas físicas que hubiesen actuado en nombre, con la ayuda o en beneficio de la persona de existencia ideal, y aun cuando el acto que hubiese servido de fundamento a la representación sea ineficaz; y Artículo 48: Cuando las infracciones previstas en esta ley fueren cometidas por una persona de existencia ideal, la multa también se aplicara solidariamente a los directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del consejo de vigilancia, mandatarios o representantes legales de dicha persona de existencia ideal que por su acción o por la omisión de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción. En tal caso, se podrá imponer sanción complementaria de inhabilitación para ejercer el comercio de uno (1) a diez (10) años a la persona de existencia ideal y a las personas enumeradas en el párrafo anterior.*

⁴⁷ El Art. 876 del Código Aduanero establece: *1. En los supuestos previstos en los artículos 863, 864, 865, 866, 871, 873 y 874, además de las penas privativas de la libertad, se aplicaran las siguientes sanciones: a) el comiso de las mercaderías objeto del delito. Cuando el titular o quien tuviere la disponibilidad jurídica de la mercadería no debiere responder por la sanción o la mercadería no pudiere aprehenderse, el comiso se sustituirá por una multa igual a su valor en plaza, que se impondrá en forma solidaria; b) el comiso del medio de transporte y de los demás instrumentos empleados para la comisión del delito, salvo que pertenecieren a una persona ajena al hecho y que las circunstancias del caso determinaren que no podía que no podía conocer tal empleo ilícito; c) una multa de cuatro (4) a veinte (20) veces el valor en plaza de la mercadería objeto del delito, que se impondrá en forma solidaria; d) la pérdida de las concesiones, regímenes especiales, privilegios y prerrogativas de que gozaren; e) la inhabilitación especial de seis (6) meses a cinco (5) años para el ejercicio del comercio; f) la inhabilitación especial perpetua para desempeñarse como funcionario o empleado aduanero, miembro de la policía auxiliar aduaneras o de las fuerzas de seguridad, despachante de aduana, agente de transporte aduanero o proveedor de a bordo de cualquier medio de transporte internacional y como apoderado o dependiente de cualquiera de estos tres últimos; g) la inhabilitación especial de tres (3) a quince (15) años para ejercer actividades de importación o de exportación. Tanto en el supuesto contemplado en este inciso como en el previsto en el precedente inciso f), cuando una persona de existencia ideal fuere responsable del delito, la inhabilitación especial prevista en ellos se hará extensiva a sus directores, administradores y socios ilimitadamente responsables. No responderá quien acreditare haber sido ajeno al acto o haberse opuesto a su realización; h) la inhabilitación absoluta por doble tiempo que el de la condena para desempeñarse como funcionario o empleado público; i) el retiro de la personería jurídica y, en su caso, la cancelación de la inscripción en el Registro Público de Comercio, cuando se tratare de personas de existencia ideal. 2. Cuando se tratare de los supuestos previstos en los artículos 868 y 869, además de la pena de multa se aplicaran las sanciones*

Concretamente, podemos observar esta responsabilidad penal en la Ley de Lavado de Dinero (Ley 26.683, del 01/06/2011), que generó el artículo 304 del Código Penal⁴⁸; en la Ley Penal Tributaria (leyes 24.769, del 19/12/1996, y Ley 26.735, del 28/12/2011, con una cláusula especial de autoría - artículo 14 - y modificatoria Ley 27.430⁴⁹); y en la Ley 26.733, del 27/12/2011, que estableció el artículo 312 del Código Penal⁵⁰ para sancionar la conducta realizada en nombre, con la intervención o en beneficio de una persona jurídica.

Estas leyes imponen diversas sanciones a las entidades colectivas, como multas, suspensión de actividades, prohibiciones para participar en concursos estatales, cancelación de la personería jurídica en determinadas circunstancias, pérdida o suspensión de beneficios y la obligación de publicar un resumen de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

establecidas en los incisos d), e), f), g) e i) del apartado 1, de este artículo. En el supuesto del inciso f) la inhabilitación especial será por quince (15) años.

⁴⁸ El Artículo 304 del Código Penal establece: *Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente:*

- 1. Multa de dos (2) a diez (10) veces el valor de los bienes objeto del 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. 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 jurídica.*

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.

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.

⁴⁹ El Artículo 14 del Régimen penal Tributario establece: *En los casos de los artículos 2° inciso c), 3°, 6° inciso c) y 8°, además de las penas allí previstas se impondrá al beneficiario la pérdida del beneficio y de la posibilidad de obtener o de utilizar beneficios fiscales de cualquier tipo por el plazo de diez (10) años.*

⁵⁰ El Artículo 312 del Código Penal establece: *Cuando los hechos delictivos previstos en los artículos precedentes hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se aplicarán las disposiciones previstas en el artículo 304 del Código Penal. Cuando se trate de personas jurídicas que hagan oferta pública de valores negociables, las sanciones deberán ser aplicadas cuidando de no perjudicar a los accionistas o titulares de los títulos respectivos a quienes no quepa atribuir responsabilidad en el hecho delictivo. A ese fin deberá escucharse al órgano de fiscalización de la sociedad.*

Cuando la persona jurídica se encuentre concursada las sanciones no podrán aplicarse en detrimento de los derechos y privilegios de los acreedores por causa o título anterior al hecho delictivo. A ese fin deberá escucharse al síndico del concurso.

Finalmente, para determinar el grado de estas sanciones, los jueces considerarán el incumplimiento de normativas y procedimientos internos, la falta de supervisión de las acciones de los responsables, el alcance del daño causado, el monto económico involucrado en el delito, así como el tamaño, la naturaleza y la capacidad financiera de la entidad colectiva.

4. Modelo de atribución de responsabilidad penal para la persona jurídica adoptado en el ordenamiento jurídico argentino

Conforme hemos referido en el punto anterior, Argentina ha contemplado en su marco legal la responsabilidad penal de las personas jurídicas, incorporándolas como sujetos susceptibles de ser declarados penalmente responsables en varios delitos dentro de su derecho interno. Estos delitos incluyen el desabastecimiento (Ley N° 26.991, Art. 8), delitos aduaneros (Código Aduanero, Art. 887), delitos cambiarios (Régimen Penal Cambiario, Art. 2, inc. f), delitos tributarios y previsionales (Régimen Penal Tributario, Art. 13), delitos contra la libre competencia (Ley N° 25156, Arts. 46 y ss.), lavado de activos (Código Penal, Art. 304), entre otros.

Sin embargo, se observa una laguna legal en el caso de los delitos aduaneros, donde no se establecen los requisitos de responsabilidad de la persona jurídica. El artículo 887⁵¹ del Código Aduanero establece que la persona jurídica es solidariamente responsable por los delitos que sus dependientes cometieren en ejercicio u ocasión de sus funciones. Respecto de la acción, debe observarse que no es suficiente con que el hecho sea cometido por un dependiente “en ocasión de sus funciones” para atribuírselo a la propia persona jurídica. En este punto, incluso desde el modelo de responsabilidad vicarial, a la persona jurídica se le atribuye el hecho del tercero porque este actuó en beneficio o interés de aquella. En relación a la culpabilidad, debería existir una razón de carácter subjetivo que justifique dicha atribución. De lo contrario, estaremos ante un supuesto de responsabilidad objetiva, cuestión totalmente vedada en materia penal. Por ende, y siendo que la citada norma prevé expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuyos sujetos son pasibles de sufrir las penas previstas en el artículo 876, debe entenderse que los presupuestos de imputación de la persona

⁵¹ El Artículo 887 del Código Aduanero establece: *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.*

jurídica no se están presentes en la norma, lo que ha llevado a la jurisprudencia a abordar de distintas maneras la cuestión de la acción y la culpabilidad.⁵²

Por lo demás, en siete normas de las referidas se especifican los presupuestos para la acción de la persona jurídica. En estos delitos, como desabastecimiento, delitos contra la libertad de competencia, delitos cambiarios, el delito de lavado de activos, los demás delitos que atentan contra el orden económico y financiero, los delitos tributarios y previsionales, y los delitos previstos en la Ley N° 27.401 (delitos de cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública, concusión, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, y balances e informes falsos agravados), se establece la responsabilidad de la persona jurídica por atribución de las acciones realizadas por personas físicas actuando en su nombre o beneficio.

En tal sentido, la forma de disponer lo expuesto en los supuestos aludidos, para el caso de los delitos de desabastecimiento se establece que cuando el hecho *“hubiera sido cometido en beneficio de una persona jurídica, se le dará carácter de parte”*. En los delitos contra la libertad de competencia, así como en los delitos tributarios y previsionales se establece que la persona jurídica será responsable por las conductas realizadas *“por las personas físicas que hubieran actuado en nombre, con la ayuda o en beneficio de aquella”*. Y en los delitos cambiarios será responsabilizada *“cuando el hecho hubiera sido ejecutado por los miembros del órgano de administración, del órgano de fiscalización, o representantes legales con medios o recursos proporcionados por la persona jurídica, de manera que el hecho quede cumplido en nombre, con la ayuda o en beneficio de la misma”*. Se observa de esta manera que, pese a las diferencias que surgen de la técnica legislativa utilizada, en todos los casos a la persona jurídica se le atribuye la acción de una persona física que actúa en nombre, con la ayuda o en beneficio de aquella.

En los delitos de lavado de activos, los que atentan contra el orden económico y financiero, y los delitos previstos en la Ley N° 27.401, también se le atribuye responsabilidad penal a la persona jurídica por el hecho realizado en su nombre, con su intervención, o en su beneficio. El hecho de utilizarse el giro *“con la intervención de”* ha llevado a cierta doctrina a entender que de tal forma deja de atribuírsele a la persona jurídica el hecho de un tercero y, en

⁵² Sobre el particular, ver Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala I, “Wakin, Miguel Ángel, y otros. s/contrabando”, (sentencia N° 293 del 31/10/1989); Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala II, “Loussinian, Eduardo y Otra s/ Averiguación de Contrabando” 1988; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala III, “Incidente de falta de Acción interpuesto por la defensa de la empresa “Sevel Argentina”; Peugeot Citroën S.A. s/recurso de Casación (sentencia del 16/11/2001).

cambio, es a ella a quien pasa a atribuirse un hecho propio⁵³. Sin embargo, aunque con diferente lenguaje, ambos términos refieren al hecho de que una persona física se sirva de la estructura, recursos y colaboración de la persona jurídica para llevar a cabo el ilícito en su nombre o beneficio. Intervenir, según la propia Real Academia Española es tomar parte en un asunto⁵⁴, esto es, participar.

Por tanto observamos que, a partir de los presupuestos de la acción para atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica relevados en la normativa referida, surge que el derecho positivo argentino adopta principalmente un modelo de atribución de responsabilidad “vicarial o por transferencia”, toda vez que se le imputa a aquella la acción de una persona física que actúa en su nombre o beneficio, sirviéndose para ello de su colaboración, recursos y estructura.

Por tanto, una primera conclusión que podríamos afirmar es que, bajo este modelo de responsabilidad, podrá en principio abordarse la variedad de casos consignados en relación a los presupuestos de la acción necesarios para atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica.

Sin embargo, dentro del marco normativo referido existen algunas normas que aluden a los presupuestos de culpabilidad de la persona jurídica, los que no se trasladan a la misma en forma automática por la mera culpabilidad de los autores o partícipes (personas físicas) que llevaron a cabo el delito en beneficio o interés de aquella.

Nos referimos otra vez a los delitos de lavado de activos, los demás delitos que atentan contra el orden económico y financiero, los delitos tributarios y previsionales y, especialmente, a los delitos previstos en la Ley N° 27.401 (delitos de cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública, concusión, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, y balances e informes falsos agravados).

En todos estos casos se establece que la mayor o menor responsabilidad que va a atribuirse a la persona jurídica quedará condicionado al cumplimiento o incumplimiento de reglas y procedimientos internos, y a la observancia u omisión del deber de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes.

⁵³ Al respecto ver BLANCO, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas por el delito de lavado de activos en el Art. 304 del código penal”, en Revista Pensamiento Penal, 2015.

⁵⁴ Disponible en: <https://www.rae.es/dpd/intervenir>

En tal sentido, la culpabilidad de la persona jurídica no queda determinada en forma directa por la culpabilidad de las personas físicas que llevaron a cabo el delito en beneficio o interés de la aquella; sino por su propio "defecto de organización", entendido este como la falta de implementación o implementación inadecuada de procedimientos que permitiesen evitar la comisión de delitos relacionados a la misma.

Esto nos lleva a observar, a diferencia de los que ocurre con los presupuestos de la acción de la persona jurídica, que las normas han receptado presupuestos de culpabilidad fundamentados bajo un modelo de responsabilidad propia de la persona jurídica.

En resumen, el derecho argentino no adopta un modelo netamente "vicarial o de atribución" o uno "autónomo o propio" de responsabilidad penal de la persona jurídica, sino que presenta un "enfoque mixto" que podría predicarse de los presupuestos de la acción y de la culpabilidad, respectivamente.

A nuestro entender, podemos afirmar que la persona jurídica es responsabilizada por la acción de una persona física que actúa en su beneficio o interés, pero el factor de atribución "subjetivo" para que la misma opere no se da en forma directa o automática, especialmente en estos cuatro relevantes supuestos señalados en última instancia, sino por no haberse organizado de una manera adecuada para prevenir o detectar la criminalidad dentro de su estructura, lo que nos permite analizar la cuestión a partir del análisis de los elementos integrantes de la acción y de la culpabilidad en forma separada, para que proceda la responsabilidad penal contra una persona jurídica.

4.1. Análisis de los elementos de la "acción" como presupuesto de atribución de responsabilidad

En el apartado previo se ha destacado que, a nuestro criterio, en el marco de la normativa vigente en nuestro país, los elementos que definen la acción de la persona jurídica para que proceda su responsabilidad penal se sustentan en un paradigma de responsabilidad por transferencia.

Bajo este modelo, cualquier análisis conceptual debe contemplar, de manera imperativa, las particularidades psicológicas y físicas del individuo que ejecuta la acción, es decir, de la persona física autora en sentido material estricto; no obstante lo cual no podemos soslayar la necesidad de considerar también las características propias del sujeto al que se le

va a atribuir, en última instancia, dicha acción: la persona jurídica conformada por órganos sociales y regida por un marco estatutario.

La persona jurídica lleva a cabo sus actividades a través de sus órganos societarios, los cuales deben operar dentro de los límites de su competencia, fijados por el estatuto correspondiente⁵⁵. Estos órganos sociales, conocidos por distintos nombres según el tipo de persona jurídica adoptado, se pueden agrupar en términos generales como órganos de gobierno, de administración y de fiscalización.

El órgano de gobierno materializa la voluntad social mediante la adopción de decisiones, tanto al momento de su constitución como luego a lo largo de su existencia. El órgano administrativo ejecuta las acciones vinculadas al objeto social y a las decisiones que adopte el órgano de gobierno en ejercicio de la voluntad social durante su existencia, tanto internamente como al representarla frente a terceros. Por último, el órgano de fiscalización está a cargo de controlar la legalidad del funcionamiento interno de la entidad y, especialmente, de la actuación de los administradores.⁵⁶

Por tanto, a la persona jurídica se le atribuye la acción de una persona física que actúa “con su intervención o ayuda, en su nombre o beneficio”. Sobre dichos presupuestos debe por tanto elaborarse el concepto de acción para que proceda luego la atribución de responsabilidad penal en su contra.

El primer elemento clave a tener en cuenta es determinar bajo que condiciones una persona física realiza la acción "en nombre" de la entidad ideal. Quien se encuentre funcionalmente asignado por la ley para representarla realiza la acción “en nombre” de la persona jurídica. En general, la representación legal de la entidad recae los integrantes del órgano de administración, es decir, los administradores, y particularmente sobre quien ejerza el cargo de presidente de dicho cuerpo. Estos individuos obligan a la entidad por todos los acuerdos que celebren con terceros, siempre y cuando estén en concordancia con los límites establecidos en el estatuto y en línea con el objeto social.⁵⁷

⁵⁵ El Código Civil y Comercial, en el primer párrafo de su Artículo 158, dispone: *Gobierno, administración y fiscalización. El estatuto debe contener normas sobre el gobierno, la administración y representación y, si la ley la exige, sobre la fiscalización interna de la persona jurídica.*

⁵⁶ Sobre el particular, ver la obra de CALCATERRA, y HADDAD, *Personas jurídicas*, Buenos Aires, Astrea, 2018.

⁵⁷ El Artículo 58 de la Ley General de Sociedades, establece: *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.*

Por otro lado, para que se configure el elemento consistente en “actuar con la intervención o con la ayuda de la persona jurídica”, se requiere el conocimiento y respaldo de ella⁵⁸. Ello deberá consistir, necesariamente, en una acción u omisión que surja del órgano de gobierno, como generador de la voluntad social.

Por tanto, lo primordial en este caso es el conocimiento y consentimiento expreso o tácito que otorga la propia persona jurídica, por medio de su órgano de gobierno, a la acción de la persona física.

En tal sentido, la persona física actuante podrá ser tanto un administrador que actúa con el aval del órgano de gobierno de la misma persona jurídica, o un tercero ajeno a su estructura societaria, vinculado jurídicamente con ella en virtud de la cual puede también representarla, por ejemplo mediante el instituto de la representación voluntaria⁵⁹.

En el supuesto del tercero que tiene otro tipo de vínculo con la persona jurídica y, por ende, no puede legalmente representarla, corresponde señalar que a la persona jurídica no se le imputa el hecho de este tercero por sí mismo o por haber actuado el órgano dentro de sus facultades, supuesto que atentaría contra uno de los principios rectores en materia de representación societaria⁶⁰, sino por haber tenido conocimiento y haber consentido la gestión de aquel, habiéndose en definitiva servido del tercero para la comisión del ilícito, caso muy frecuente en la práctica.⁶¹

Por tal motivo, en el elemento bajo análisis, la verdadera acción de la persona jurídica es la emanada del órgano de gobierno, quien en conocimiento de la acción del tercero, la consiente o la avala.

⁵⁸ Sobre el particular, ver CARRIÓ, REUSSI, “La responsabilidad penal de la persona jurídica. Una norma fundamental que deja más dudas que certezas”, en DURRIEU, SACCANI, *Compliance, Anticorrupción y responsabilidad penal empresarial*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2018.

⁵⁹ El párrafo 2 del Artículo 2 de la Ley N° 27.401 establece: *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.*

⁶⁰ Ver nota N° 57.

⁶¹ De un Estudio de la OCDE surge que en más de un 75% de los casos en el que la persona jurídica comete el delito de sobornos, lo hace a través de intermediarios; conforme PAPA, Rodolfo, “Los pilares y elementos estructurales de la Ley N° 27.401”, en DURRIEU, Nicolás, SACCANI, Raúl, *Compliance, Anticorrupción y responsabilidad penal empresarial*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2018, pág. 10.

El restante elemento a tener en cuenta para el análisis de la acción de la persona jurídica que surge del modelo de atribución de responsabilidad penal definido, requiere que la acción de la persona física que actúa sea “en beneficio” de aquella, es decir, con la finalidad de obtener un beneficio para la misma.

De tal forma, el beneficio procurado consistirá en un rédito económico indebido, en el incumplimiento de ciertas obligaciones sin afrontar sus consecuencias o en una mejora de su posición en el mercado, para citar sólo algunos ejemplos.

No obstante no parecer absolutamente necesaria prima facie la necesidad de verificarse esta finalidad, a nuestro criterio debe encontrarse en el obrar de la persona física pues, caso contrario, podría no sancionarse el actuar de quienes lo hacen en su propio beneficio pero utilizando la figura de la persona jurídica como persona interpuesta. Por otra parte, el principio de personalidad de las penas, que impide que un sujeto sea responsabilizado por el hecho de un tercero, se constituye valladar para atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica cuando la persona física que lleva a cabo la acción lo hace en su propio beneficio.

En tal sentido, para que este beneficio se produzca o se procure, debe impactar en el patrimonio de la persona jurídica, teniendo en cuenta el principio de separación de los patrimonios de las personas físicas que la integran. Por el contrario, si la acción fuera tomada en beneficio exclusivo de la persona física, el patrimonio de la persona jurídica no se habría visto beneficiado ni alterado de ninguna forma.

Si los integrantes del órgano se convierten en terceros que, actuando dentro de la órbita del ente, procuran beneficiarse ellos mismo en forma exclusiva, no podría la persona jurídica ser hallada responsable, toda vez que estaría siendo penada por el hecho de terceros.

Por tanto, podemos decir que la acción de la persona jurídica para atribuírsele responsabilidad penal, debe ser aquella emanada de un órgano social que actúa en beneficio de la misma, dentro del marco de su competencia estatutaria y legal, ya sea representándola ante terceros (órgano de administración), o consintiendo la acción del administrador o de un tercero vinculado con la persona jurídica (órgano de gobierno), siempre actuando en interés de la misma.

4.2. Análisis de los elementos de la “culpabilidad” como presupuesto de atribución de responsabilidad

A nuestro criterio y de acuerdo a lo hasta aquí explicitado, nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado un modelo de responsabilidad propio en lo referente a la culpabilidad de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo dispuesto al respecto por ciertas leyes especiales en forma diversa.

De este modo, no se atribuye la culpa de personas humanas (como ocurre en un modelo de responsabilidad vicarial puro) al ente ideal, sino que se evalúa la culpabilidad “propia” de la persona jurídica, para lo cual se echa mano a una evaluación de los dispositivos dispuestos en su organización interna para controlar y prevenir ilícitos, determinándose que si esta es deficiente, resulta culpable.⁶²

A diferencia de lo acontecido con las personas humanas, la actividad operativa y de control en las personas jurídicas se encuentra asignada a diferentes órganos internos de la misma, que la conforman.

De acuerdo a lo expuesto, el órgano de fiscalización es el encargado de controlar la legalidad de las actuaciones ocurridas en el seno de la persona jurídica, asegurando se organice internamente de manera adecuada y que su actuación se adecúe a la normativa que le resulte aplicable según la actividad que despliega.

En tal sentido, la noción de culpabilidad finca en el denominado “defecto de la organización”, constatado en la omisión de control y vigilancia sobre la actividad de los autores materiales de la acción delictiva, por un lado; y en la falta de cumplimiento o cumplimiento incompleto o defectuoso del deber de implementar programas de integridad que permitan prevenir, detectar y denunciar tales acciones, por el otro.

El incumplimiento o falta de implementación de un programa de integridad o compliance, entendidos como un conjunto de reglas y procedimientos internos orientados a prevenir, detectar y denunciar la criminalidad empresaria⁶³, se constituye a nuestro criterio en

⁶² Sobre el particular, ver GONZALEZ GUERRA y TAMAGNO, “La responsabilidad penal de la persona jurídica”, en DURRIEU, SACCANI, *Compliance, Anticorrupción y responsabilidad penal empresaria*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2018, pág. 4: *Argentina a través de ley 27.401 y con la finalidad de cumplir con los objetivos antes señalados busca, mediante un modelo de imputación claro incentivar a quienes dirijan y administren a las personas jurídicas a dedicar esfuerzos para implementar sistemas de prevención orientados a evitar o reducir los riesgos de recibir condenas y en caso de recibirlas poder mitigar las sanciones aplicadas.*

⁶³ Sobre el particular, ver MORALES OLIVER, “Programas de compliance anticorrupción: Aspectos complejos, legislación comparada y consecuencias”, en DURRIEU, SACCANI, *Compliance, Anticorrupción y responsabilidad penal empresaria*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2018, pág. 199: *Al analizar normas legales de distintos países, estándares y prácticas internacionales, puede apreciarse que generalmente los programas de compliance son un conjunto de procedimientos y mecanismos orientados a prevenir, detectar, remediar y*

uno de los elementos constitutivos de la culpabilidad de la persona jurídica, necesaria para atribuírsele responsabilidad penal.

Dicho programa deberá ser adecuado, esto es, deberá construirse sobre las características propias de la actividad de cada persona jurídica, de manera tal que resulte eficaz para prevenir o mitigar los particulares riesgos a los que se ve expuesta en virtud de la misma.

Pero desde ya adelantamos, a nuestro criterio y para ser coherentes con el modelo de atribución descripto, la falta de implementación de un programa de compliance adecuado no da lugar, por sí mismo, a la culpabilidad de la persona jurídica. Por el contrario, la culpabilidad y consecuente atribución de responsabilidad a la persona jurídica surge más bien de haber tenido la posibilidad de prevenir la acción ilícita desplegada dentro de la organización, y no haberlo hecho. Por tanto, la idea radica en el reproche que pueda formularse a la entidad, en el sentido que, pudiendo tener un programa de compliance adecuado que hubiera permitido prevenir el ilícito, no lo tiene.

Lo expuesto implica, a nuestro entender que, si el órgano de fiscalización ha implementado procedimientos y reglas adecuados para prevenir, detectar y denunciar sobre cualquier delito ocurrido dentro o con la intervención de la entidad, la persona jurídica no será responsable, ya que el injusto implicado en los mismos sería inculpable.

Tal idea coincide con los objetivos de política criminal orientados a buscar en la persona jurídica individuos que colaboren con el Estado para prevenir e investigar delitos cometidos dentro de la empresa.⁶⁴

De tal manera desde ya adelantamos que, a nuestro juicio, el injusto será también inculpable y, por lo tanto, tampoco le debe caber responsabilidad a la persona jurídica cuando se demostrare que la acción de los autores y partícipes no hubiera podido ser prevenida, detectada o denunciada con un programa de compliance eficiente y adecuado; siempre y cuando fuera no imputable a la propia persona jurídica en cuestión. En tal caso la persona jurídica no será responsable, aun cuando la misma, a través de su órgano de control, no hubiera implementado un programa de compliance basado en los riesgos inherentes a su actividad.

castigar ciertas conductas, y suelen contar con un grupo de elementos comunes como, por ejemplo, un código de conducta y políticas internas.

⁶⁴ Ello está expresamente establecido en la exposición de motivos de la Ley N° 27.401, pág. 4, así como en las disposiciones de la UIF sobre la prevención y detección de lavados de activos de origen ilícito, Resolución del 25-II-2013

Como no podría ser de otra manera, el segundo elemento señalado, consistente en la omisión de vigilancia sobre la actividad de autores y partícipes en el delito cuya responsabilidad se pretende atribuir, no es más que la correcta aplicación del programa de compliance anteriormente referido al caso concreto.

Ello implica que el órgano de control interno, además de establecer reglas y procedimientos eficientes y adecuados para prevenir, detectar y denunciar la criminalidad, tendrá que ejecutar de manera efectiva los correlativos planes y acciones de control, vigilancia y en su caso, remediación, sobre la actuación de los órganos sociales y ante la detección de eventos de integridad; so pena de poder atribuirle el injusto a la persona jurídica.

De esta forma, existirá atribución de responsabilidad penal por culpabilidad de la persona jurídica, cuando la actuación del órgano societario hubiera podido ser evitada, detectada o denunciada con una vigilancia más eficiente y, sin embargo, ello no fue realizado, habiendo tenido la posibilidad de hacerlo.

Por tal motivo y siguiendo lo expuesto en relación a la existencia de los programas de compliance o integridad, la correcta implementación de tales mecanismos de control por parte del órgano de fiscalización sobre la actuación de los órganos societarios, de modo tal que se puedan eficazmente prevenir, detectar o denunciar ilícitos, hace cesar la responsabilidad penal de la persona jurídica, puesto que dicho injusto resultaría inculpable.

En tal sentido, resulta a su vez inculpable el injusto cuando pudiera demostrarse que, aun con una vigilancia y control eficientes sobre la actuación de los órganos sociales, el mismo no hubiera podido ser prevenido. En este caso, para nosotros, la inculpabilidad procede incluso si se hubiere omitido la realización de dicha vigilancia.

En resumen: la culpabilidad en el campo de la responsabilidad penal de la persona jurídica se deriva de su propio defecto de organización interna. La entidad será responsable por el acto ilícito realizado por el órgano social competente si dicho acto hubiera sido evitable mediante una organización interna más eficaz, pero que la persona jurídica no implementó a pesar de tener la posibilidad de hacerlo. Desde la perspectiva del Derecho Argentino, este déficit organizativo interno se manifiesta en la falta de implementación o incumplimiento del deber de contar con un programa de cumplimiento normativo (compliance) y en la falta de supervisión sobre las acciones de los órganos sociales competentes, elementos que podrían atribuir el acto indebido a la persona jurídica.

5. La Ley 27.401 y la culpabilidad como presupuesto de atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica

Fruto de lo expuesto y aunque resulte una obviedad, corresponde recordar que para imponer una sanción de carácter penal a la persona jurídica, resulta necesario primero someterla a un debido proceso legal, donde se le informe debidamente los hechos que se le reprochan, las pruebas existentes en su contra y sobre la posibilidad de defenderse, proponer pruebas en igualdad de condiciones con el resto de las partes, etc.

Pero más allá de algunas previsiones que pueda contener la Ley 27.401 al respecto⁶⁵, no contamos en nuestro ordenamiento procesal penal con normativa escrita, sistematizada, clara y específica que contemple la forma en que deba ser imputada y sometida a un proceso penal una persona jurídica, debiendo a nuestro criterio ser de lo más cautelosos al respecto dada la limitación que se presenta al tiempo de intentar llenar cualquier laguna por la vía de la interpretación analógica.

El actual Código Procesal Penal de la Nación, de aplicación en todo el país para delitos federales, no contempla reglas al respecto, debiéndose eventualmente en una futura legislación prever todos los supuestos que puedan darse, principalmente, para garantizar al ente ideal el derecho de defensa en juicio, poniendo foco en supuestos puntuales que pudieran presentarse, tales como el eventual conflicto de intereses⁶⁶ que puedan suscitarse entre representantes

⁶⁵ Algunas cuestiones procesales previstas en la Ley 27.401, entre otras, se presentan, por ejemplo, a partir de su artículo 11 en adelante, disponiéndose particularmente acerca de la situación procesal de la persona jurídica que “...tendrá los derechos y las obligaciones previstos para el imputado de acuerdo a lo establecido en los códigos de procedimiento, en cuanto le sean aplicables”; así como en relación a las notificaciones y el domicilio al que pueden ser cursadas en el artículo 12; la representación de la misma en el artículo 13, disponiéndose que en todo caso debe designar abogado defensor y que supletoriamente, se le designará el defensor público; la rebeldía en su artículo 14, disponiéndose que en “...caso de incomparecencia a la citación, la persona jurídica será declarada rebelde por el juez, a requerimiento del fiscal...”, estableciendo sus consecuencias y la forma de continuar el proceso en dicho estado; el conflicto de intereses entre el representante y la persona jurídica se encuentra insipientemente previsto en el artículo 15, brindando como solución que la persona jurídica sea intimada a sustituirlo; la institución del acuerdo de colaboración eficaz con la misma prevista en su artículo 16 y siguientes.

⁶⁶Sobre el particular, ver DOMENECH, “Análisis periódico de riesgos de compliance y su impacto en un programa de integridad dinámico”, en DURRIEU, SACCANI, *Compliance, Anticorrupción y responsabilidad penal empresarial*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2018, pág. 270: *Conflicto de intereses: un conflicto de interés ocurre cuando una persona (director, empleado o tercero relacionado) o entidad incumple un deber que le compete con la organización, en beneficio de otro interés.*

legales involucrados en el hecho, en general artífices de la acción objeto de reproche, y la sociedad, a nuestro criterio insuficientemente previsto en la norma referida.

Es que si bien la Ley 27.401 incentiva al órgano de administración y a sus funcionarios principales a implementar todos los sistemas y controles que, desde su conocimiento y profesión, deban dotar al órgano y a la entidad a la que pertenecen, con especial foco en aquellas medidas tendientes a reducir el riesgo de conflicto de intereses en su relación con la persona jurídica⁶⁷, procesalmente no está prevista tal delicada situación. ¿Quién advertiría un conflicto de tal naturaleza en pleno desarrollo de un proceso penal?. Imaginamos una virtual indefensión del ente ideal en la medida que pudieren resultar incompatibles los intereses del representante legal y de la sociedad.

En función de lo expuesto a lo largo de este trabajo, observamos cómo, a grandes rasgos, en nuestro sistema jurídico conviven sistemas como el previsto por la Ley 27.401, en el que la atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa en la culpabilidad, que a su vez se sustenta en un *defecto en la organización de la sociedad*; con el previsto por Leyes especiales para casos puntuales que encuentran su fundamento en una responsabilidad vicaria⁶⁸.

⁶⁷ Sobre el particular, ver “*Los pilares y elementos estructurales de la ley 27.401*” en DURRIEU, SACCANI, *Compliance, Anticorrupción y responsabilidad penal empresaria*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2018, pág. 11, quien cita a Dasso, Ariel G. - Flah, Agustín, “*Ética y responsabilidad penal de las sociedades, las reformas legislativas y su relación con los principios del gobierno corporativo (ponencia)*”, presentada ante el IV Congreso Argentino en Mercado de Capitales (junio 2017), organizado por el Departamento de Finanzas y el Área Derecho de la Universidad del Cema (UCEMA), publicada en el libro de ponencias de dicho Congreso, ps. 271/285. *En sustento a su ponencia, estos autores afirmaron que el art. 159 del Cód. Civ. y Com. prevé que los administradores deben obrar con lealtad y diligencia, y por lo tanto, no pueden perseguir ni favorecer intereses contrarios a los de la persona jurídica. Si tuvieran conocimiento que esto pudiera ocurrir deberán hacerlo saber a los demás integrantes del órgano de administración, y abstenerse de realizar cualquier intervención relacionada con la operación.*

⁶⁸ Sobre el particular, ver MARCONI, ANA CLARA, “*Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas a raíz de una reciente jurisprudencia*”: *Tal como está redactado el actual artículo 13 de la ley 27.430, la imposición de sanciones a la persona jurídica se da por lo que otros hicieron en su seno o aprovechándose de su ropaje societario, sin que el Fiscal deba acreditar que organización inadecuada o carencia estructural permitió que esto sucediera. Simplemente acreditada la responsabilidad penal de los autores del delito, es decir aquellos que desplegaron la conducta típica descrita en el artículo respectivo, se procede a imponer las sanciones que el juez estime adecuadas a la persona jurídica.* Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/ana-clara-marconi-sobre-responsabilidad-penal-personas-juridicas-raiz-una-reciente-jurisprudencia-dacf210007-2020-08-03/123456789-0abc-defg7000-12fcanirtcod?&o=14&f=Total%7CFecha/2020%5B20%2C1%5D%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20penal%5B15%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20em%E1tica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=40>

A modo de interrogante entonces se nos presenta el siguiente: ¿Resulta correcta la coexistencia de diversos modelos de atribución de responsabilidad penal para las personas de existencia ideal dentro del ordenamiento jurídico, entendido como unidad sistemática armónica?.

A nuestro criterio, no puede válidamente considerarse la atribución de responsabilidad penal en cuestión sobre la idea vicaria de transferencia automática de los elementos de la acción y la culpabilidad de la persona humana actuante en forma directa a la jurídica, debiendo en todo caso la misma sustentarse a la luz de los elementos de la culpabilidad que se presenta a través del referido defecto en la organización, por no haber resultado eficaz a la hora de evitar se realice el hecho, teniendo todo a su alcance para haberlo sido⁶⁹.

Entonces nos preguntamos: ¿Deberíamos evaluar la posibilidad de que la persona jurídica sea sometida a proceso penal en el caso concreto, en tanto y en cuanto no pueda atribuírsele responsabilidad penal en base a los elementos constitutivos de la culpabilidad, imbricado en un “defecto de su organización y en la implementación de controles preventivos” de acuerdo a los riesgos de su actividad?.

Sobre el punto y luego de un repaso preliminar sobre la cuestión, no hemos encontrado antecedentes judiciales que enfoquen la problemática desde esta perspectiva y en la doctrina, tampoco se ha tratado en forma directa, sin perjuicio de múltiples opiniones dispuestas en forma indirecta.

Si el plexo constitucional dispone que en el ámbito procesal penal debe realizarse la acusación, luego el juicio y finalmente aplicarse la pena, advertimos que solo puede sancionarse a la persona jurídica luego de la sustanciación de un proceso en el que quien es imputado tenga posibilidad de presentarse ante el juez y ejercer sin limitaciones su derecho de defensa, dentro de cuyo ejercicio se encuentra la de cuestionar la configuración de la culpabilidad. Es que deben observarse las mismas garantías a las personas jurídicas que el sistema penal reconoce a cualquier imputado.

⁶⁹ Ver Ley 27.401, Artículo 9: *Exención de pena. Quedará eximida de pena y responsabilidad administrativa la persona jurídica, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias:*
a) *Esponáneamente 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.*

Por lo tanto, la ausencia de regulación procesal en la materia ha generado incertidumbre sobre el modo de comprobar judicialmente la eventual participación de la persona jurídica en el hecho.

En razón de que las reglas que moderan el proceso penal han sido diseñadas, fundamentalmente, teniendo en cuenta a la persona humana como sujeto de imputación delictiva, se han presentado no pocas dificultades de índole procesal para el enjuiciamiento penal de la persona jurídica.

Esta incertidumbre, fruto de la falta de una regulación específica de la cuestión, ha dejado aspectos procesales a la definición del Juez, lo que ha supuesto que la persona jurídica ingrese al proceso penal con riesgo de afectación de sus garantías constitucionales: de culpabilidad, personalidad de la pena, legalidad, defensa en juicio y debido proceso.

6. Conclusión

Conforme lo expuesto y ante el modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas de carácter mixto referido, lo que ha derivado en una flexibilización de ciertos postulados del derecho penal nuclear para "imputar empresas", entendemos necesario contar con una regulación del tema en la parte general del Código Penal.

El reconocimiento de tal responsabilidad penal hace impostergable la regulación de su intervención en el proceso penal a través de normas procesales claras que permitan, con observancia de las garantías constitucionales, la aplicación de las leyes penales vigentes.

Conforme lo expuesto en el presente trabajo, la ausencia de tales normas adjetivas ha supuesto la adopción de criterios y soluciones diferentes por parte de los operadores jurídicos.

La sanción de la Ley 27.401 da buena cuenta de que el legislador ha reparado en dicha dificultad y ha definido algunos aspectos procesales sustanciales implicados en la cuestión, para establecer un régimen jurídico que contempla disposiciones procesales vinculadas a la competencia judicial, la representación de la persona jurídica, las notificaciones durante el proceso y la constitución en rebeldía, entre otros.

Por lo demás y sin perjuicio de que el derecho argentino ha adoptado un modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica mixto, es decir, con notas de un modelo de atribución de responsabilidad por transferencia o vicarial respecto de la acción, y con

características de uno de responsabilidad propia respecto de la culpabilidad; entendemos se excluye éste último aspecto en ciertos supuestos que deben ser tenidos en cuenta, lo que implicará en definitiva eximir de responsabilidad penal a la misma.

Será por tanto inculpable la persona jurídica y no le cabrá responsabilidad penal, cuando se acredite que la acción de los autores y partícipes no hubiera podido ser prevenida, detectada o denunciada aún contando con un programa de compliance adecuado y eficiente basado en riesgos acordes con su actividad, ya sea porque los mismos se hubieran esforzado en evadirlos de forma tal de tornarlos ineficaces (o por cualquier otro motivo); siempre y cuando no resulte tal circunstancia imputable a la propia persona jurídica en cuestión.

En este supuesto, la existencia del programa de compliance resulta en nuestra opinión de consideración abstracta y el hecho de no tenerlo, no puede válidamente constituirse en un “agravante” que implique atribuir responsabilidad penal sin más a la persona jurídica.

Lo mismo ocurre para el caso de la advertirse una implementación defectuosa o directamente una falta de implementación del programa de integridad formalmente existente en la organización: se excluye la culpabilidad si se pudiera demostrar que, aún con una correcta ejecución del mismo a través de la realización concreta de medidas de control, el hecho no podría haberse prevenido, evitado o denunciado.