



Universidad Empresarial Siglo 21, Vicerrectorado de Innovación, Investigación
y Posgrado

Especialización en Derecho Penal Tributario y Económico-trabajo final

**“El análisis de la culpabilidad en la Responsabilidad Penal
de la Persona Jurídica en el marco de la ley 27.401”**

Alumno: Ab. Tomás Cortés Doña

Directora: Mgter. María Florencia Masini

Año: 2024

Índice:

Capítulo I: Introducción

I.1 Marco Teórico

Capítulo II: Sistemas de atribución de responsabilidad penal de la personas jurídica

II.1 Introducción

II.2 Sistema de responsabilidad vicarial

II.3 Sistema de responsabilidad por hecho propio

II.4 Conclusiones parciales

Capítulo III: Presupuestos establecidos en la ley 27.401 para atribuirle responsabilidad penal a la persona jurídica

III.1 Introducción

III.2.1 Hechos “realizados” por la persona jurídica con su intervención directa o indirecta (1° párrafo del artículo 2).

III.2.2 Hechos cometidos por un tercero en interés o beneficio por la persona jurídica, que han sido ratificados por ésta (2° párrafo del art. 2)

III.2.3 Exención de responsabilidad de la persona jurídica por el hecho cometido en exclusivo beneficio de la persona humana sin generar provecho para la persona jurídica (3° párrafo del artículo 2°).

III.3 Responsabilidad sucesiva.

III.4. Conclusiones parciales.

Capítulo IV: Exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas, programas de integridad e imputación objetiva.

IV.1 Introducción

IV.2 Sistema de control interno, programa de integridad o *compliance*.

IV. 3. 1 Naturaleza jurídica de la exención del art. 9.

IV.3.2 La exención de responsabilidad penal prevista en el art. 9 como excusa absolutoria.

IV.3.3. La exención de responsabilidad penal prevista en el art. 9 como integrante del tipo penal.

IV. 4.1 requisitos establecidos en el artículo 9 para eximirse de pena

IV.4.2 Denuncia espontánea como consecuencia de una investigación interna

IV.4.3 Implementación de un programa previo de control que fue violado mediante un esfuerzo del autor del delito

IV.4.4 Devolución del beneficio indebidamente obtenido

IV.5. Conclusiones parciales

Capítulo V: La Culpabilidad de la Persona Jurídica

V.1 Introducción

V.2. Concepto de Culpabilidad.

V. 3. ¿Cuál es la finalidad de las penas prevista para las personas jurídicas?

V.4 Elementos integrantes de la culpabilidad

V.4.1 Existencia del injusto

V.4.2 Capacidad de imputabilidad y medidas de seguridad.

V.4.3 Posibilidad de conocimiento de la ilicitud (conciencia de antijuridicidad).

V.4.3.1 Error de prohibición

V.4.4 Exigibilidad

V. 5. Conclusiones parciales

VI. Conclusiones finales. Capacidad de culpabilidad de la persona jurídica

VII. Bibliografía

I. Introducción

En nuestro país desde hace ya varios años, así como también en el mundo jurídico de occidente se han introducido reformas legislativas para sancionar penalmente a las personas jurídicas. Esta novedad surgió debido al gran desarrollo de la actividad de los entes colectivos en el mundo jurídico, principalmente en el ámbito comercial entre privados, aunque también registrándose una relación cada vez más frecuente con el Estado. En este contexto, se ha dado un incremento de la comisión de ciertos ilícitos, no solamente de tinte económico sino también político (*v.gr.* delitos de corrupción) sin desconocer su incidencia en el orden socioeconómico, en los que se advierte la intervención de empresas. Todo ello ha llevado a que desde la política criminal se busque sancionar penalmente a las personas jurídicas. Al respecto se ha dicho que:

La tendencia definitivamente se ha invertido, debido a dos razones fundamentales: la necesidad de castigar los delitos socioeconómicos y financieros (delincuencia de cuello blanco) y la urgencia de buscar nuevas vías de lucha contra la criminalidad organizada (CARBONELL MATEU/MORALES PRATS)(...). Hay que recordar que más del 80% de los delitos socioeconómicos se cometen a través de empresas (TIEDEMANN). (González Cussac, 2013, pág. 1)

Como es sabido, en un primer momento, en el derecho penal imperó la máxima “*societas delinquere non potest*” (las sociedades no pueden delinquir), lo cual, sumado a que las teorías clásicas del derecho, dominadas por el concepto de acción¹, impedía concebir el reproche penal a las personas jurídicas. Teniendo en cuenta que las legislaciones penales históricamente se han formado a partir de estos postulados, muchos doctrinarios sostienen que las acciones las ocasionan los hombres y que las sociedades no pueden actuar. Sin embargo, debido a la gran cantidad de delitos económicos y la intervención de las personas jurídicas en diversos hechos delictivos, es que se advirtió la necesidad de contemplar y “perseguir” estas nuevas modalidades delictivas.

¹ Pues, si bien se han contemplado ciertos delitos “omisivos” o modalidades omisivas, la regla genérica es el delito cometido por una acción.

Es así como en nuestro país se han legislado los siguientes regímenes que regulan y prevén la responsabilidad penal de las personas jurídicas: En primer lugar, tenemos la ley 19.359, luego la ley 26.683 que incorporó al código penal el título 13, y en su artículo 304 también sanciona a las personas jurídicas por el delito de intermediación financiera, ley 27.401 denominada “Régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas”, el régimen penal tributario y el código aduanero. Las penas previstas para las personas jurídicas en estas leyes genéricamente consisten en multas, suspensión, cancelación o inhabilitación de la autorización para operar o intermediar en cambios, como importador o exportador, corredor de cambios, cancelación o suspensión total o parcial de actividades, del derecho de participar en licitaciones públicas y con la posibilidad de publicar un extracto de la condena sancionatoria y, hasta la más gravosa: cancelación de la personería jurídica. Con ello, el derecho argentino ha intentado sumarse al desarrollo global que gira en torno a la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas por varios delitos, entre ellos los de corrupción y la aplicación de sanciones especiales por su naturaleza (pues es lógicamente imposible que una persona jurídica cumpla una pena de prisión).

Es cierto que no se ha previsto, como sí por ejemplo en la legislación penal española en el artículo 31 bis de su código penal, una norma que adecúe nuestro sistema a este tipo de criminalidad, por lo que al momento de aplicarse estas sanciones o atribuirles el carácter de autor de ciertos delitos a estos organismos se han generado planteos defensivos y decisiones judiciales que han evidenciado la existencia de vacíos legales y tensiones con las garantías penales, lo cual, en definitiva, repercute o trunca la justa resolución de estos supuestos. De todos modos, existiría para ciertos regímenes, una vía de escape prevista en el artículo 4 del código penal de la nación que establece que sus disposiciones generales también se aplican a las leyes especiales, siempre y cuando éstas no dispusieran lo contrario. Es decir, que las leyes especiales pueden tener su propio “régimen general”.

Un *leading case* en la materia fue el fallo “Fly Machine” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del año 2006 (Fallos: 329:1974), en cuyo voto en disidencia, Raúl Eugenio Zaffaroni estableció una serie de condiciones que no supera nuestro sistema jurídico para que sea posible la sanción penal a una persona jurídica. Desde entonces, un fuerte sector de la doctrina y jurisprudencia cuestionan que se hayan superado aquellas condiciones, y entienden que “pese a reconocer la esencia penal de las consecuencias jurídicas, la jurisprudencia en general tiende a considerarlas accesorias de la pena principal impuesta a la persona física que actúa por la persona jurídica (...)” (Abraldes, 2018, pág. 59). Sin embargo, lo cierto es que se han sancionado nuevas normas -entre ellas, la que aquí nos convoca- y se han elaborado

criterios al respecto que se suman a los ya existentes, reflatándose la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Dentro de este contexto, surgieron opiniones diversas acerca de cuál es el sistema de atribución de responsabilidad por el que deberían responder aquéllas según se entienda que son responsables por hechos de tercero o por hechos propios y si dichos sistemas respetan (o no) las garantías penales. Esta temática aún no ha sido dirimida enfáticamente por los tribunales y tampoco existe consenso en la doctrina al respecto.

Es por ello que, en el presente trabajo de investigación intentaremos dar respuesta a las siguientes preguntas: En el marco de la ley 27.401 ¿cuál es el sistema de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas?, En el análisis de la culpabilidad ¿responden las personas jurídicas penalmente por hechos propios o por hechos de terceros dependientes o ajenos?

La importancia de dar respuesta a estas preguntas radica en que, si se llegase a la conclusión de que el castigo que se impone a estos entes tiene su origen en una responsabilidad de tipo objetivo (o *versari in re illicita*) -como sugiere cierto sector de la doctrina-, nos encontraríamos ante una violación del principio de culpabilidad y aquél no podrá ser aplicado. En cambio, si entendemos que según los postulados del sistema penal vigente es legítimo efectuar reproches a las sociedades, será importante describir los fundamentos legales y dogmáticos que así lo avalan para que los tribunales realicen una correcta aplicación de la ley que otorgue un marco de previsibilidad en el ámbito de actuación de las personas jurídicas. En otros términos, con el presente trabajo se busca proponer una respuesta dogmática para que la ley sancionada, cuyo objetivo es colaborar en el desarrollo y transparencia del tráfico comercial, pueda ser correctamente aplicada. A la vez, en caso de detectarse prescripciones que contraríen la normativa vigente, dejar en claro cuáles son éstas a fin de facilitar su examen y pronta reforma debido a que, como veremos, nuestra nación, en virtud de compromisos internacionales asumidos, se encuentra obligada a contar con una normativa al respecto.

Para ello, en primer lugar, expondremos el marco teórico de la problemática planteada a los fines de lograr su cabal entendimiento. Seguidamente, identificaremos los distintos sistemas de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica que existen en el derecho y desarrollaremos las distintas posiciones doctrinarias que explican cuál es la que se aplicó en la ley 27.401. En segundo lugar, definiremos los presupuestos de hecho y de derecho previstos en la ley 27.401 para atribuirle responsabilidad penal a una persona jurídica y cómo es que ésta puede participar en la comisión de un delito. Consecuentemente, serán delimitados los alcances de estos presupuestos, para luego definir los requisitos previstos en la ley que deben cumplir dichos agentes para eximirse de responsabilidad penal. Una vez definidos estos puntos,

explicaremos el concepto de culpabilidad tal como lo entiende la doctrina mayoritaria en nuestro país. Finalmente, elaboraremos una conclusión propia con base en los conceptos analizados para definir el método de atribución de responsabilidad adoptado por la ley 27.401 y lograr dar respuesta al interrogante planteado, vale decir, si la ley vigente es contraria al principio de culpabilidad o lo respeta.

I.1 Marco teórico

El día 01 de diciembre del año 2017 se sancionó la ley 27.401, denominada “Régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas”, que contempla un listado taxativo de delitos por los cuales las personas jurídicas privadas pueden ser penalmente responsables por delitos de corrupción en sus diversas manifestaciones (cohecho, tráfico de influencias nacional y transnacional, negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública, concusión, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos).

Komarofky (2017) nos dice al respecto que “el impulso a la sanción de dicha ley se relaciona estrechamente con la adaptación de nuestro sistema penal y el cumplimiento de los lineamientos de la OCDE” (pág. 1). La República Argentina estaba, entonces, obligada a sancionar una ley de cooperación de las personas jurídicas en materia de delitos de corrupción contra la administración pública por compromisos internacionales que había firmado². Pero la sanción de esta ley no solamente significó dar cumplimiento a los lineamientos de la OCDE (Organización para la cooperación y el desarrollo económico). Su promulgación, por un lado, reafirmó la idea sostenida por cierto sector de la doctrina de que la responsabilidad de las personas jurídicas en el sistema penal argentino es viable y, por otro, marcó una política criminal en nuestro país. Ello por cuanto, más allá de los devenires de los gobiernos de turno, lo cierto es que esta ley deja posicionado a nuestro país frente al mundo, pues transmite un afán por la búsqueda de la transparencia e integración comercial. En este sentido, un sector de la doctrina se ha pronunciado sosteniendo que:

La sanción de esta ley implicó un claro mensaje a la sociedad, mediante el cual se reconoce la necesidad de que las empresas contribuyan en la prevención de los actos de corrupción y que colaboren con la justicia en la clarificación de los

² Ley 25.319

hechos, la individualización de los responsables y el recupero de los activos.

(Vidal Albarracín, 2018, pág. 99)

Si bien la norma bajo análisis marca una tendencia de política criminal y económica, si no se aplica en los hechos de nada sirve su existencia y los fines que se procuran canalizar a través suyo. Al ser una normativa relativamente reciente, no son numerosos los fallos que hayan abordado la cuestión. Tal es así, que se ha afirmado que “De hecho no existe una aplicación de este régimen de sanciones trabajado en la jurisprudencia nacional” (Vítolo, 2018, pág. 522). En efecto, solo hallamos un caso jurisprudencial que se tramitó ante la justicia ordinaria de Mendoza que data del año 2022. En este caso, se procesó y llevó a juicio a una persona jurídica, más precisamente a una sociedad anónima por haber tomado parte en un supuesto cohecho. Sin embargo, aquél no arrojó material de interés para el presente trabajo, pues el tribunal interviniente absolvió tanto a la persona jurídica acusada como a la persona humana imputada por entender que el hecho delictivo no existió, sin llegar a analizarse, por tanto, la posibilidad de culpabilidad penal del ente.³ En cambio, sí existen estudios doctrinarios, tanto de la legislación argentina como del fenómeno en general -también aplicado en otros países-, que nos permitirán exponer y sistematizar conceptos, propuestas, cuestionamientos y debates planteados.

II. Sistemas de atribución de responsabilidad penal empresarial

II.1 Introducción

Existen en la doctrina y en el derecho comparado distintos sistemas de atribución de responsabilidad penal. Genéricamente, éstos se pueden clasificar en dos grandes modelos que encuentran variaciones según las distintas regulaciones locales, a saber: el de responsabilidad por el hecho propio y el de responsabilidad por el hecho de un tercero, vale decir, un sistema de responsabilidad derivada del actuar ilícito de una persona humana, comúnmente denominado “Responsabilidad Vicarial”. Otros autores, como Cesano (2018), o Vidal Albarracín (2018) mencionan además de estos dos sistemas, uno intermedio o mixto que contiene elementos de ambos. Oliva (2012) también describe tres sistemas de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas: a) El modelo de responsabilidad individual, b)

³ Ver autos "Fiscal contra Van de Loo Ojeda, Nicolás y Stroyproject Weather Modification S.A. por Cohecho, Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la primera circunscripción judicial de Mendoza, sent. N° 2453 de fecha 29/9/2022.

Responsabilidad vicarial o transferencia de responsabilidad, c) Responsabilidad basada en la culpabilidad de la corporación.

Para formular un adecuado análisis sobre el respeto (o no) al principio de culpabilidad en la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas es indispensable tener en claro cómo funciona cada sistema de atribución y cuáles son sus características pues, tal como lo explica Juan María Rodríguez Estévez (2015, págs. 122-123), el reproche jurídico que podría hacerse a la empresa va a variar según el modelo elegido por el sistema normativo. Ello también nos permitirá concluir cuál es el sistema adoptado en la ley 27.401 a fin de elaborar una respuesta a uno de los interrogantes que motivó este trabajo. Por lo expuesto, en este capítulo explicaremos los principales rasgos distintivos de aquéllos.

Adentrándonos en el tema, de manera preliminar corresponde señalar que un sistema de atribución de responsabilidad por el actuar de otro en su nombre, determina que la responsabilidad penal que le es impuesta a la persona jurídica es una consecuencia accesoria del acto de un particular. En este caso nos encontramos ante una suerte de transferencia de responsabilidad, lo cual elimina -en cierto modo- la posibilidad de efectuar un reproche a la persona jurídica y, tal como será desarrollado en capítulos posteriores, contraría el principio de culpabilidad. En el caso contrario, al atribuírsele un hecho como propio, se entiende que es posible realizar un análisis de la reprochabilidad al hecho mismo de la persona jurídica. Como veremos en las páginas siguientes, aun cuando esta última afirmación puede parecer lógica, ha sido fuertemente cuestionada por la doctrina en general. En síntesis, ninguno de los dos modelos se encuentra exento de críticas.

II.2 Sistema vicarial

El sistema de atribución de responsabilidad vicarial es aquél que puede definirse como la atribución del hecho delictivo cometido por un particular a la empresa en virtud de una conexión jurídicamente relevante entre ésta y el actuar de la persona humana. El rasgo distintivo de este sistema es que a la persona jurídica se le aplica una suerte de pena accesoria por el hecho cometido por el particular. Dicho de otro modo, implica que la responsabilidad por los delitos cometidos por los agentes, administradores o representantes de la empresa va a ser extensible a la persona jurídica, haya intentado evitarlo o no.

Los ordenamientos jurídicos que adoptan esta teoría (como el francés) prescriben como causal de conexión entre el particular y el ente en cuestión que, quien cometió el delito sea el representante de la persona jurídica, es decir, que tenga capacidad de obligarla jurídicamente y que el hecho ilícito la beneficie (Oliva, 2012, pág. 5). Así, Hernández (2010) dice que la

responsabilidad penal de una persona humana recae sobre la jurídica por un “criterio de conexión entre una y otra, generalmente la circunstancia de ser la persona natural órgano o al menos subordinado del ente moral” (pág. 216). Por su parte, Silva Sánchez explica que “se requiere la comisión de un hecho delictivo completo por una de las personas físicas integradas en su seno, normalmente por una de las que integran sus órganos o la representan” (como se citó en Rodríguez Estévez, 2015, pág. 105). He aquí entonces la conexión jurídicamente relevante entre el delito y la persona jurídica.

De este modo, este sistema presenta ventajas en cuanto a que parecería solucionar el problema de la falta de acción de las personas jurídicas, logrando superar un gran cuestionamiento dogmático con respecto a su capacidad delictiva. Sin embargo, presenta dificultades desde la óptica del principio de culpabilidad en virtud de que se le atribuye al ente una responsabilidad penal por el hecho de un tercero.

A la vez, este modelo ha sido objeto de críticas por aplicar sanciones penales en función de responsabilidad objetiva, por cuanto “No se requiere culpabilidad, ni el error excusa” (Oliva, 2012, pág. 4). En cambio, otros autores, como Nieto Martín (2009) han argumentado que “en el Derecho de Sociedades a las personas jurídicas les son imputables los comportamientos de sus órganos, es decir, de sus administradores, por lo que lo mismo habría que hacer en el Derecho Penal” (Nieto Martín, 2009, como se citó en Scali, 2021, pág. 269).

II.3 Sistema de atribución de responsabilidad por hecho propio

La doctrina explica que este sistema consiste en que “la responsabilidad surge directamente de una conexión entre el hecho prohibido y una característica (o un cierto estado de cosas) de la entidad, siendo irrelevante la eventual responsabilidad de una persona natural” (Hernández, 2010, pág. 216) . Ello encuentra sentido en que para que el hecho ilícito le sea atribuible penalmente a una persona jurídica debe existir una relación de causalidad jurídicamente relevante entre el hecho acontecido y la actuación propia del ente. Para esta teoría el fundamento de la responsabilidad penal empresarial encuentra su razón de ser en características propias del comportamiento de la empresa.

Aquí se efectúa, entonces, una distinción entre la conducta de la persona jurídica y las conductas de la persona humana que obra en representación de la empresa o bajo las directrices de los socios administradores o representantes o de quien actuó en su nombre. Lo que interesa es la conducta de la empresa en su organización antes, durante y con posterioridad a la comisión del hecho ilícito, pues lo que caracteriza a la actuación de la persona jurídica como hecho relevante para el derecho penal es su modo de obrar como garante frente a los hechos delictivos

cometidos en su seno. Al respecto, Dino (2019) dice que “para los partidarios de este modelo, las personas jurídicas tendrían capacidad de acción y culpabilidad” (pág. 106).

En otros términos, la empresa debe contar con un sistema de control interno acorde a su estructura, al ámbito del comercio en el que se desempeña y al riesgo de la actividad que desarrolla, resultando diversas implicancias si: 1) detectó un delito cometido en su seno y no lo denunció, 2) si no detectó el delito en virtud del control defectuoso implementado, con lo cual estaba en condiciones de evitarlo o 3) si no detectó el delito pero el sistema era acorde al riesgo creado careciendo, por tanto, del deber de evitarlo. Precisamente, Oliva (2012) explica que

se va a requerir que “la empresa detente el control de una actividad delictiva y la haya aceptado conforme el normal desenvolvimiento de su actividad comercial en tanto política oficial, y aun cuando dicha actividad no pertenezca a la política oficial, ésta sea finalmente aceptada. (Oliva, 2012, págs. 5-6)

De este modo, se vislumbra cómo, para los sistemas de atribución de responsabilidad por un hecho propio adquiere un rol trascendental el concepto de “control de riesgo”. Las empresas tienen la obligación de controlar y prevenir la comisión de ciertos delitos a través suyo, para lo cual el citado modelo establece distintos criterios de atribución de culpabilidad según la actividad del riesgo y los mecanismos de control implementados o que debieron implementarse. Como puede observarse, de este modelo se derivan importantes consecuencias. Por un lado, nace el concepto de “responsabilidad por organización defectuosa” y, por otro, la caracterización de la forma de proceder del ente ideal como un actuar omisivo tal como es definido por la doctrina penal general, a la par de la figura del sistema de control interno o *compliance*, con la trascendencia que todos estos conceptos tienen en el marco de la teoría de la imputación objetiva, tal como lo veremos con el avance del desarrollo del presente trabajo. Vale decir, esta teoría -que fue receptada en formas diversas, entre otros, en los códigos penales de Australia y Suiza- se enfoca más en la actividad de la empresa que en la del sujeto particular y busca examinar el control eficiente por parte de aquélla del riesgo de acuerdo a su actividad. En síntesis, esta propuesta distingue el actuar corporativo de la empresa del actuar individual de las personas humanas vinculadas a ellas, configurándose, por lo tanto, un hecho del propio ente.

Por último, es dable destacar que, existe un sector de la doctrina que propone un sistema de imputación penal de la persona jurídica por hecho propio que, a diferencia de lo hasta aquí

expuesto, exige una adecuación de los conceptos tradicionales de la teoría del delito. De este modo, Oliva (2012, págs. 3-4) señala que la dogmática debe tener en cuenta ciertas particularidades que se presentan en la estructura de organización y en la actuación de las personas jurídicas -v.gr. la complejidad en el modo de producción industrial, división del trabajo, tipos empresariales complejos, descentralización en la toma de decisiones (basadas en la delegación de funciones y el principio de confianza)-, por cuanto estas cuestiones colisionan, a su entender, con las tradicionales categorías de acción y culpabilidad. Para esta autora, el modelo de responsabilidad individual impide resolver los nuevos problemas de imputación penal que se presentan en estos casos a partir de las categorías tradicionales de acción y culpabilidad. Para este último modelo es necesario plantear un sistema paralelo al tradicional, pues aun cuando con los nuevos conceptos de comisión por omisión, imputación objetiva y posición de garante se han intentado solucionar los problemas, ellos no bastan para responsabilizar coherentemente a las personas jurídicas⁴.

II.4. Modelos mixtos

Como el nombre lo sugiere, estos modelos tienen elementos comunes a ambos sistemas, es decir serían una especie intermedia de aquéllos. Scali (2021, pág. 274) explica que mientras tienen como punto de partida el sistema Vicarial, en cierta medida, toman la culpabilidad de la persona jurídica en el hecho en cuenta para graduar su responsabilidad penal. Es decir, este modelo sostiene que la responsabilidad se aplica por transferencia como hemos explicado *ut supra*, pero se contempla el “comportamiento” del ente (por lo general, mediante la implementación de programas de cumplimiento interno o su colaboración en el proceso penal) para graduar la pena, o en su caso, eximirla de ella. Sin embargo, consideramos que este sistema se queda a medio camino, en tanto no soluciona los problemas de la personalidad de la pena debido a que la responsabilidad se sigue aplicando por transferencia.

II.5 Conclusiones parciales

Teniendo en cuenta que a las personas jurídicas como sujeto de imputación penal deben garantizársele los mismos derechos que a las personas humanas al evaluar la procedencia de una sanción penal en su contra, a esta altura del trabajo podemos concluir que el sistema de atribución de responsabilidad vicarial superaría la crítica doctrinaria que sostiene la

⁴ Sobre este último punto aclaramos que excede el marco de este trabajo por lo que no será tratado en virtud de que lo que aquí se pretende es analizar si una normativa vigente-ley 27.401- cumple con el principio de culpabilidad tal como es abordado por la teoría del delito tradicional.

irresponsabilidad penal de las personas jurídicas por falta de acción. Sin embargo, no supera el estándar de la culpabilidad al atribuirle responsabilidad al ente por el hecho de un tercero. Vale decir, según este sistema, se castiga a la persona jurídica por un hecho de otro sobre el cual no puede hacerse un juicio de reproche, pues ello es contrario al principio de culpabilidad en una de sus manifestaciones que es conocida como personalidad de la pena.

Paralelamente, el sistema de responsabilidad por hecho propio superaría ambas críticas. En cuanto al concepto de acción, que será desarrollado con mayor detenimiento en el capítulo a continuación, podemos decir en esta instancia que, siguiendo el concepto de Jakobs, a la empresa se le reprocha un obrar omisivo. Con respecto a la culpabilidad como categoría del delito, podemos decir entonces que, bajo la lupa de este sistema, al momento de atribuirle una sanción penal es posible reprocharle a la persona jurídica no haberse motivado en la norma. Por otro costado, en cuanto a la personalidad de la pena como uno de los aspectos del principio de culpabilidad, es coherente afirmar tal como se detalló anteriormente, que dicho postulado es respetado al atribuírsele un hecho que fue cometido por ella misma.

III. Presupuestos establecidos en la ley 27.401 para atribuirle responsabilidad penal a la persona jurídica

III.1 Introducción

En este capítulo analizaremos los presupuestos establecidos por la ley para que alguno de los delitos taxativamente previstos le sea atribuible a la persona jurídica. Dichos presupuestos se encuentran regulados en el artículo 2 de la norma que reza:

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.

De la misma redacción de la norma encontramos que, en el primer párrafo se establece la responsabilidad de la persona jurídica por hechos en los que ésta de algún modo haya intervenido. En el segundo párrafo se prevé la responsabilidad penal cuando no intervino en el hecho, pero la persona jurídica ratificó la gestión de un tercero que actuó en su nombre sin facultades de representación. Por último, en el tercer párrafo y de un modo aclaratorio, la norma establece que, en caso de no haber obtenido un beneficio la persona jurídica por la actuación del sujeto individual, aquélla quedará exenta de responsabilidad. Esta circunstancia, que a partir de una lectura preliminar parecería resultar redundante y obvia, es, en realidad como veremos, indicativa de la intención del legislador de apartarse del sistema de atribución vicarial y tiene implicancias en el análisis de la culpabilidad.

Toda vez que la redacción de la norma presenta particularidades que merecen cierto análisis es que a continuación trabajaremos sobre ellas, con el objetivo de definir qué condiciones deben darse para que el hecho delictivo le sea atribuible a la persona jurídica conforme el ordenamiento argentino.

III.2.1 Hechos “realizados” por la persona jurídica con su intervención directa o indirecta (1° párrafo del artículo 2). El concepto de acción en la responsabilidad de la persona jurídica.

El primer interrogante que surge de la lectura del artículo 2 es si la palabra “realizado” significa lo mismo que “cometido”. Ello debido a que, como lo dicen Carrió y Reussi (2018) la terminología utilizada en la ciencia penal al referirse a la comisión de un hecho delictivo es justamente la de “hecho cometido” y que no sería casual la terminología utilizada, pues en el último párrafo de este artículo (al referirse a la conducta de la persona humana que obró en su propio interés) se utiliza, en cambio, el término “cometió”. Estos autores sostienen que esta diferencia se debe a que, justamente, se “pretendió no llevar la ficción de la responsabilidad penal de la persona jurídica al punto de sostener que ésta se encuentra en condiciones de cometer un delito” (Carrió & Reussi, 2018, pág. 42).

Sobre este aspecto cabe preguntarnos, entonces: ¿pueden exteriorizar su conducta las personas jurídicas? ¿Se les puede imputar la comisión de un hecho por sí mismas? Siguiendo los lineamientos de los aludidos autores la respuesta parecería ser negativa. Sin embargo, podemos decir que la postura de los referidos doctrinarios es tan sólo una de las existentes, mientras que otros autores-como demostraremos en el párrafo a continuación- sostienen que, aplicando la teoría del órgano, el acto cometido por los representantes de la empresa le es atribuible a la firma como un hecho propio, esto es cometido por la persona jurídica. Es decir,

el acto se le imputa jurídicamente a la persona de existencia ideal. Justamente, el mentado artículo 2 de la ley 27.401 al decir que el hecho sea cometido de forma directa por la empresa se refiere a quienes son sus representantes.

A nuestro entender, de la terminología utilizada por el legislador no se deriva necesariamente la conclusión sostenida por Carrió y Reussi. Al respecto, Silvina Bacigalupo ha dicho que “la acción representativa de un órgano o de una persona con funciones directivas de una entidad podría definirse como una acción propia de la entidad” (Bacigalupo, 1998, como se citó en Vidal Albarracín 2018, pág. 101). Es por ello que consideramos que el término escogido no excluye la capacidad de acción de la empresa, sino que tiene un sentido totalmente distinto que consiste en contemplar tanto casos en los que el ente haya tenido una participación directa (como por ejemplo siendo la proveedora del dinero, mediante una transferencia bancaria, con el que se cometió un cohecho) o indirecta, como aquellos casos en los que ha facilitado su concreción, siendo la destinataria de fondos con los que se ha enriquecido ilícitamente un funcionario público actuando de “pantalla”. Vemos cómo en este segundo caso, la empresa no interviene de manera directa en el hecho delictivo, puesto que fue “cometido” por otra persona y ella toma parte en aquél al ser “realizado” con su intervención necesaria. Lo que aquí interesa (por cuanto determina el comportamiento injusto de la empresa) es su actitud en tomar parte en el hecho delictivo al no adoptar las diligencias previas o acciones posteriores encomendadas por la ley, lo que configura una acción relevante para el derecho penal, tal como veremos seguidamente.

Mucho se ha discutido en doctrina sobre si las personas jurídicas tienen capacidad de acción. En efecto, Bacigalupo (1998) dijo que “Aún hoy, tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia, en nuestro país, entiende que las personas jurídicas no son capaces de acción” (pág. 148).

Nosotros, con base en los fundamentos que a continuación desarrollaremos, entendemos que la persona jurídica sí puede cometer un hecho delictivo. Para ello, se torna necesario definir cuál es el concepto de acción aplicable. Recordemos que este concepto fue mutando a lo largo de la evolución doctrinaria. Es así que, en un primer momento, el concepto predominante de la acción era el naturalista, luego fue el concepto final y también existió un concepto social de la acción. Para Núñez, el código penal argentino ha adoptado un concepto causal de acción. Así, sostiene este autor que “la acción es el comportamiento exterior voluntario que causa un resultado” (Núñez, 1999).

Partiendo de la misma postura, Philip Pettit -citado por Gómez Perdiguero (2018)- afirma que sí puede admitirse que las personas jurídicas cometan un delito según un concepto

causal de acción. Explica el mentado autor que los entes colectivos pueden actuar porque las acciones pueden estar al mismo tiempo bajo el control del individuo que las comete como bajo el control del grupo al que pertenecen. A esta afirmación Pettit la sostiene bajo el argumento de que “el grupo puede controlar la acción a través de otros miembros. Esto quiere decir que el miembro individual que ejecuta la acción está dentro del contexto grupal. El contexto grupal asegura que esa acción sea grupal y no individual” (Pettit, 2011, como se citó en Gómez Perdiguero, 2018, pág. 74).

Por su parte, Gómez Perdiguero efectúa algunas objeciones (que, en realidad, dan cuenta que este concepto debe ser perfeccionado desde un punto de vista normativo, por ser, también a nuestro entender, el adecuado para explicar la capacidad de acción penal de las personas jurídicas) y agrega al concepto de Pettit que debe existir un contexto normativo que regule a este grupo, es decir a la persona jurídica, y que este grupo de personas, esto es la sociedad, tenga un procedimiento interno que lo determine en su forma de obrar. Concluye, entonces, que la problemática sobre la capacidad de acción de las personas jurídicas debe ser resuelta desde un concepto normativo. En esta misma línea se expresó Bacigalupo (1998) quien ha dicho que “la fundamentación del concepto de acción que parece más conveniente para explicar la acción de una persona jurídica es la expuesta por Jakobs” (pág. 151).

Previo a describir el concepto de acción de Jakobs, resulta necesario recordar que la responsabilidad penal no solamente es atribuible por hechos cometidos por acción sino también por conductas omisivas. En efecto, existen ciertas normas, como por ejemplo las previstas en el art 248, 248 bis y 249 del código penal que exigen una conducta determinada en cierto contexto, cuyo incumplimiento da lugar a la comisión de un hecho delictivo. A su vez, de la misma manera que los tipos de acción se dividen en tipos de mera actividad y de resultado, éstos tienen su contrapartida en los delitos de omisión en propia e impropia, respectivamente (Mir Puig, 2016, p. 321)⁵.

Sin embargo, el actuar omisivo no ha sido explicado satisfactoriamente por las concepciones de acción antes mencionadas (causal, final y social). Esto ha llevado a que la doctrina elabore un nuevo concepto de acción denominado “concepto negativo de la acción”.

⁵ Se entiende por delitos de omisión propia, a aquellos que se encuentra tipificados en ciertos tipos penales como por ejemplo el delito de omisión de auxilio previsto en el artículo 108 del CP. Ésta se diferencia de la omisión impropia o, comisión por omisión primordialmente en que la omisión propia es aquella que se da cuando el autor tenía una obligación legal de obrar y no lo realizó mientras que en la segunda, tal como explica Núñez (1999, pág. 133), “el resultado delictivo se atribuye a un comportamiento omisivo”. Agrega el aludido autor que la omisión propia para ser delictiva no requiere de la realización del resultado delictivo (Núñez, 1999, pág. 133). Cabe destacar que no cualquier conducta omisiva será relevante jurídicamente como para atribuirle penalmente responsabilidad al omitente sino que se requiere que este se encuentre en lo que la doctrina ha denominado “posición de garante”. Para encontrarse en ella la doctrina ha entendido pacíficamente tres fuentes de las que esta posición puede surgir, las que son a) la ley, b) un contrato u obligación asumida con anterioridad, c) creación del peligro por parte de la persona (Lascano, Carlos Julio, 2005, pág. 310); (Núñez, 1999, pág. 134).

Este concepto toma justamente como base de su formulación la evitabilidad como nota esencial de este peldaño de la teoría del delito. Entre los autores que adhieren a esta postura, encontramos justamente a Jakobs quien refiere que: “conducta es la evitabilidad de una diferencia de resultado” (Jakobs, Derecho Penal parte general fundamentos, 1997, pág. 177).

Traemos a colación este concepto no solamente porque responde a una de las concepciones actuales elaboradas por la doctrina, sino también porque, a nuestro entender y como desarrollaremos en los apartados siguientes, este concepto es el que mejor se adapta a lo regulado por esta ley y a la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas. Pues, si tal como hemos referido en la introducción, la participación en el mundo político y económico de las personas jurídicas existe, y este ha sido uno de los motivos por los cuales la ley 27.401 ha sido sancionada, es imprescindible buscar una teoría que, en sintonía con la normativa vigente, se adapte a los fines del legislador y permita aplicar la ley. Y, justamente, siguiendo esta teoría podemos afirmar que los entes colectivos pueden “realizar” un hecho delictivo quebrantando un deber que les corresponde. Al respecto, Jakobs (citado por Bacigalupo 1998)- refiere que:

El estatuto y los órganos de una persona jurídica se pueden definir como un sistema, en el que – al igual que en la persona física. Los interna (elementos internos) no son relevantes. Por lo tanto, las acciones de un órgano de una persona jurídica realizadas de acuerdo al estatuto de la misma son acciones propias de la persona jurídica (...). (Jakobs, como se citó en Bacigalupo, 1998, pág 154)

Siguiendo estos lineamientos, Gómez Perdiguero (2018) explica que “desde el derecho penal económico, la afirmación de que la persona jurídica actúa no depende de leyes físicas, sino de leyes jurídicas. Jurídicamente, esto sucede cuando las personas físicas (...) que componen la persona jurídica cumplen con normas jurídicas” (pág. 75). En resumidas cuentas, lo que explican estos autores es que el concepto de acción que interesa al derecho penal económico no es otro que el normativo. En virtud de las ideas expuestas, consideramos que este concepto es el más adecuado para explicar cómo es que las personas jurídicas pueden cometer hechos que encuadren en un tipo penal. Dicho de otro modo, “Este sujeto puede realizar una acción penalmente relevante, en el sentido de que podía evitar individualmente (el órgano competente) es decir, de acuerdo con sus capacidades (determinadas por su estatuto y sus órganos) producir un resultado” (Bacigalupo S. , 1998, pág. 154)

Efectuadas estas precisiones y retomando lo estipulado por la ley 27.401, en el primer párrafo del artículo 2º vemos que el hecho debe haber sido cometido con la intervención, directa o indirecta, de la persona jurídica o en su nombre, interés o beneficio. La segunda parte de esta frase debemos entenderla en conjunto con el segundo párrafo que se refiere al hecho cometido por un tercero que carezca de atribuciones para obligar a la persona jurídica pero que ésta ratifique la gestión. En virtud de ello, podemos concluir que el primer párrafo de esta norma se refiere, entonces, a que el hecho haya sido cometido en su nombre, interés o beneficio por uno de sus representantes. Nuevamente destacamos lo citado *ut supra* en cuanto a que, siguiendo la teoría del órgano y el concepto normativo de acción, son atribuibles a la persona jurídica los hechos cometidos por quien se encuentra legitimado para obligarla. Cuando la ley se refiere a la intervención de la persona jurídica debemos interpretar al verbo intervenir como “tomar parte o hacer suyo” el hecho” (Grisetti, 2018, pág. 7). Para ello, la empresa debe tener un conocimiento necesariamente anterior y/o adyacente al hecho ilícito.

III.2.2 Hechos cometidos por un tercero en interés o beneficio por la persona jurídica, que han sido ratificados por ésta (2º párrafo del art. 2)

El segundo párrafo de este artículo responsabiliza a las personas jurídicas por haber ratificado, aunque fuera de manera tácita, la gestión del hecho delictivo cometido por quien careciese de atribuciones para obrar en su nombre. Además, la empresa debe haberse beneficiado o haber tenido un interés en este hecho. Se advierte que, a diferencia del primer párrafo, quien obró es una persona que no podía representarla, quien inclusive puede ser un tercero.

Aquí debemos efectuar una distinción de dos supuestos posibles que pueden encuadrar en esta figura penal. En primer lugar, se trata del caso en el que la persona jurídica (por medio de su directorio) tiene conocimiento de la comisión del hecho delictivo, e inclusive puede haberlo encomendado y, justamente para procurar su impunidad, es que aquél es cometido por un tercero ajeno a la empresa. Esto es así en virtud de que, por lo general, los delitos de corrupción no suelen ser cometidos directamente, sino mediante el uso de terceros comisionistas. Con ello nos referimos a la acción típica de realizar, por ejemplo, en el caso del cohecho, la entrega del dinero. Al respecto expone Pappa (2018) sobre los hechos de corrupción que “un estudio de la OCDE muestra que en más del 75% de los casos son pagados por intermediarios” (pág. 10). Por esta razón se ha incluido la responsabilidad penal de las personas jurídicas en casos del estilo para no dejar impune esta conducta tan habitual.

Como dijimos, en el supuesto analizado, no solamente se requiere la comisión del hecho en beneficio o interés del ente colectivo sino que, además, para que se le atribuya la responsabilidad penal por este hecho, es necesario que dicho ente lo hubiera ratificado. Esta ratificación puede ser también de manera tácita. Consideramos que la ratificación expresa no requiere un mayor análisis. En cuanto a la ratificación tácita, ésta lógicamente se inferirá del comportamiento posterior al hecho delictivo por parte de la persona jurídica. Habrá que estar en cada caso concreto a la organización y estructura interna de la empresa como así también al conocimiento que los órganos encargados del control y miembros del directorio tuvieron sobre las circunstancias de estos hechos.

La diferencia entre este supuesto y lo prescripto por el párrafo antes examinado radica, entonces, en que en este caso quien cometió el hecho es un tercero que carece de atribuciones para obligar a la persona jurídica. En otros términos, lo que exige el tipo penal es: a) comisión del hecho delictivo de los previstos en el art. 1° por parte de un tercero carente de facultades para obligar a la persona jurídica y b) ratificación explícita o tácita por parte de la persona jurídica.

El segundo supuesto que encuadra dentro de este párrafo es el caso en el que un tercero, motivado por sí mismo y no por un encargo, realiza el hecho delictivo en beneficio de la empresa y ésta, al tomar conocimiento de aquél con posterioridad, lo ratifica. Veámoslo con un ejemplo: un empleado de una empresa constructora que carece de facultades para obligarla, y con el afán de obtener un crecimiento personal y profesional dentro de la firma, le entrega dinero propio a funcionarios públicos encargados de tramitar una licitación de una obra en la que se presentó aquella. Así, una vez *ganada* la licitación, si la empresa toma conocimiento de esta circunstancia y no denunciare el hecho, también quedaría configurado el delito a su respecto. Ciertamente, la empresa no intervino en la comisión del hecho delictivo, pero sí se vio beneficiada con él y tácitamente ratificó la gestión.

En cuanto al hecho cometido en su nombre, interés o beneficio, podemos decir en primer lugar que el beneficio no necesariamente tiene que ser económico. Esto dependerá de qué delito se cometa, ya que de los previstos por la ley algunos versan sobre beneficios económicos (por ejemplo el art 265 del CP) y otros puede no serlo, como en el art. 268. Lo importante aquí es que nos encontramos dentro del primer párrafo del artículo dos, por lo que, en este caso la empresa debe haber tomado parte en la comisión del hecho delictivo, habiendo sido cometido éste por quienes tienen capacidad para obligarla, habiendo facilitado su comisión o ratificándolo. La persona jurídica aquí tiene noción en que el hecho fue cometido.

III.2.3 Exención de responsabilidad de la persona jurídica por el hecho cometido en exclusivo beneficio de la persona humana sin generar provecho para la persona jurídica (3° párrafo del artículo 2°).

En primer lugar, este artículo pareciera efectuar una aclaración innecesaria, pero no es así. La simple lectura nos invita a pensar que en un sistema penal como el argentino, es lógico que la empresa no responda por un hecho cometido por una persona física en su propio beneficio. Sin embargo, a nuestro entender, la presencia de esta norma refleja, justamente, que el legislador se ha querido apartar de un sistema de atribución de responsabilidad vicarial y de este modo ha revelado cuál sistema ha adoptado.

Un ejemplo de un caso que encuadra dentro de este tipo es el de un chofer de una empresa de transporte de pasajeros que, cumpliendo su jornada laboral comete una infracción de tránsito y para librarse de una multa le ofreció dinero al inspector municipal. Días después y a través de un pasajero, el hecho en cuestión llegó a ser conocido por los directores de la empresa. En este caso particular, el tercero obró en su propio interés y la empresa en modo alguno se vio beneficiada por el hecho, hasta inclusive pudo haber sido perjudicada en su reputación frente a los usuarios. Conforme a la prescripción normativa bajo examen, esta conducta no le es atribuible a la persona jurídica.

Ahora bien, pese a que interpretamos que la norma ha sido introducida al efecto de aclarar el sistema de atribución que se debe seguir, existen otros sectores de la doctrina que no lo interpretan de ese modo. Ello con motivo de la utilización del término *sólo si*, pues entienden que, si a partir de la actuación de la persona humana se beneficia a la empresa, esta será penalmente responsable, en tanto puede ocurrir que se vea beneficiada sin haber tomado conocimiento de que se estaba cometiendo un ilícito. En efecto, Carrió y Reussi (2018) entendieron que este artículo expone la presencia de “(...) la “teoría de la utilidad o el interés” que opera como vehículo de transferencia de la responsabilidad de la persona humana a la jurídica en los casos en que el actuar de la primera beneficia a la segunda” (pág. 51). Luego, asumiendo una postura crítica al respecto, se ha expresado que:

(...) resulta un exceso que la empresa sea responsable penalmente por la actuación de terceros de los que carece de toda posibilidad de control. Ello, por el mero hecho de que colateralmente esta actuación le hubiera reportado un “provecho” de cualquier especie (Carrió & Reussi, 2018, pág. 51)

Al interpretar la norma de este modo agregan que ésta sufrirá “serios cuestionamientos” por vulnerar el principio de culpabilidad (Carrió & Reussi, 2018, pág. 51). En primer término, aclaramos que sobre la culpabilidad nos explayaremos en los últimos capítulos de este trabajo. Ahora bien, aun cuando coincidimos con Carrió y Reussi respecto de la gravedad de atribuirle a la empresa responsabilidad por un hecho que no ha podido ni siquiera controlar, no compartimos que ésta sea la finalidad de la norma. Cierto es que la técnica legislativa no ha sido la mejor, no obstante, la misma ley -en su artículo 9 (cuyo análisis profundo será desarrollado en el capítulo IV) ha previsto que la persona jurídica no responda por un hecho que no pudo controlar.

Esta norma prescribe que “*quedará eximida de pena y responsabilidad administrativa la persona jurídica que -entre otras actitudes- (...): 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*” (el resaltado nos pertenece). Con lo cual, a partir de una interpretación integral del articulado de la normativa examinada, no deviene coherente atribuir un alcance contradictorio de éste con la última parte del artículo 2º, exhibiéndose más plausible asignarle el sentido aquí propuesto, es decir, sindicarse a los operadores jurídicos cuál es el sistema de atribución de responsabilidad elegido, esto es, el de responsabilidad por un hecho propio.

Se reitera, entonces, la intención de castigar a las personas jurídicas por la infracción del deber de vigilar que, como veremos al desarrollar nuestra propuesta, implica controlar que justamente no sea su estructura la que favorezca la comisión de estos hechos delictivos.

III.3 Responsabilidad sucesiva.

El artículo 3º de la ley de responsabilidad empresarial, en su primer párrafo contempla los casos en los que una empresa a la que le cabe responsabilidad penal es transformada, absorbida, escindida o sufre cualquier otra modificación societaria. La solución que contempla para este caso es la de “transmitir” la responsabilidad penal a la persona jurídica resultante o absorbente. La responsabilidad sucesiva no es una creación de nuestro legislador, sino que esta figura existe en otros sistemas como por ejemplo en Estados Unidos⁶ (sistema vicarial) y en España⁷. Si bien no resulta muy atinado el término “transferir”, con este recurso la norma

⁶ Previsto en la FCPA (Foreign Corrupt Practices Act, A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act)

⁷ Código Penal Español, art. 130 inc. 2: La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se

procura abordar ciertas conductas que, en fraude a la ley criminal y mediante mutaciones de las empresas reguladas en la ley general de sociedades, se busque eludir las sanciones penales. En resumidas cuentas, Melhem (2018) dice que “La responsabilidad sucesiva resulta en una suerte de garantía para impedir que frente a determinadas modificaciones societarias como la transformación, escisión, disolución o fusión las personas jurídicas procuren eludir su responsabilidad” (pág 126).

Para el caso de transformación de la sociedad no se requiere mayor análisis debido a que no existe una solución de continuidad en su personalidad, no hay una sucesión como tal ni transferencia del patrimonio social. Es decir, sigue siendo la misma persona jurídica por lo que al momento de atribuírsele responsabilidad penal por alguna de las circunstancias desarrolladas en los párrafos anteriores de este capítulo, se le estaría atribuyendo responsabilidad por un hecho propio en las condiciones explicadas.

Por otro costado, en el caso de escisión o absorción sí podemos hablar de una transferencia de la responsabilidad de una persona jurídica hacia otra. El hecho de transferir responsabilidad en el derecho penal resulta por lo menos alarmante y cuestionable, dado que ello claramente viola el principio de culpabilidad en una de sus manifestaciones, a saber: el principio de personalidad de las penas. Empero, en consonancia con lo ya expuesto anteriormente sobre la comisión por omisión y las infracciones de deber, nuevamente debemos remitirnos al artículo 9 y a su vez, al artículo 23 inciso VII de la mentada ley.

Tras un análisis sistemático e integral, podemos afirmar que la respuesta a que esta previsión legal en nada contraría el ordenamiento jurídico vigente se encuentra en el deber y expectativa social sobre la conducta de la persona jurídica. Como es indicado por el apartado VII del artículo 23 que habla sobre el contenido que debe tener un programa de integridad, uno de los pilares de éste debe ser el de la “*debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones, para la verificación de irregularidades, de hechos ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas*”. El término de este programa es conocido mundialmente como *due diligence* (terminología en idioma inglés).

extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella. No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos

Cabe aclarar que la prescripción legal entonces no castiga a una persona jurídica por el hecho cometido por otra; sino por no haber controlado debidamente el estado de la empresa a la cual escindió o con la que se fusionó. Dicho en otros términos, la conducta que se reprocha a la persona jurídica es la de no haber controlado debidamente o haber advertido y no denunciado el hecho de corrupción cometido por otra y pese a ello haberse fusionado, escindido, etc. Pues, si la empresa durante el *due diligence* advierte que esta empresa presenta indicios de haber tomado participación en alguno de los delitos enunciados en el art. 1° de la 27.401, o directamente advierte su comisión, tiene dos alternativas para “librarse” de responsabilidad penal. La primera es desistir del proceso y por ende continuará siendo ajena al hecho criminal y la segunda es la de denunciar el hecho conforme lo previsto en el art. 9 (esto será desarrollado en el capítulo siguiente). Asimismo, puede suceder que durante el *due diligence* no se adviertan estos hechos, pero sí se detecten luego de la transformación y teniendo un mejor panorama interno. En este supuesto, se deberá activar el procedimiento establecido en el citado art. 9 para que la persona jurídica no responda penalmente por el delito que le resulta ajeno .

Melhem (2018, pág. 131) y Fernández (2018, pág. 139) entienden que un proceso de *due diligence* adecuado servirá para mitigar la responsabilidad, pero no para librar a la persona jurídica adquirente o resultante de ella. Particularmente, Melhem (2018) argumenta que no quedará exenta porque los tres requisitos del art. 9 deben darse en su conjunto y, por otro costado, porque al momento de sancionarse la ley se modificó el texto original del proyecto y se eliminó una cláusula que, en términos de la autora:

(...) Excluía expresamente la responsabilidad de la persona jurídica resultante o absorbente cuando se hubiesen adoptado las diligencias adecuadas para conocer la situación económica y legal de la entidad en los términos del art. 31, inc. (k) del texto de ley proyectado, es decir, encarando procedimientos de verificación durante los procesos de reorganización (cuyo inciso contenía los mismos términos del actual inc. VII del art. 23 de la ley 27.401). (Melhem, 2018, pág. 131)

No obstante, consideramos que esta circunstancia no significa que esta haya sido la intención del legislador, si tenemos en cuenta que la finalidad de la ley no es otra que prevenir y sancionar la comisión de hechos de corrupción. Como hemos explicado, se busca

responsabilizar al ente ideal cuando este no previno pudiendo haberlo hecho o, cuando teniendo un mecanismo de control advirtió el hecho y no lo denunció espontáneamente. Desde esta óptica, entendemos que la solución propuesta por la autora es ilógica, en tanto significaría un desincentivo a las personas jurídicas para dar a conocer hechos de corrupción. Por lo cual, si se cumplen los requisitos del art. 9, la persona jurídica no va a ser responsable penalmente por haber cumplido justamente con el deber que le incumbe. De este modo, se advierte de una lectura global y sistemática de la ley que este artículo respeta el principio de culpabilidad, habiéndose previsto de manera acorde a nuestro ordenamiento la responsabilidad penal de la empresa por un hecho propio. A su vez, en cuanto a la posibilidad de que sea engañada durante el *due diligence*, nos remitimos a lo dicho con anterioridad para el caso en que el proceso de control y supervisión haya requerido un esfuerzo de los intervinientes para vulnerarlo (art. 9 inc. b).

Finalmente, el segundo párrafo del artículo 3° prescribe que subsiste la responsabilidad cuando de manera encubierta o aparente continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados o la parte más relevante de todos ellos. Explica Melhem (2018, pág. 127) que en este caso la ley tiene por finalidad mantener la responsabilidad de las personas jurídicas que disimulan su disolución, pero continúan existiendo de hecho, encuadrando su personería jurídica bajo la apariencia de una sociedad incluida en la sección IV de la ley general de sociedades, esto es, las sociedades no constituidas conforme los tipos previstos por la ley.

III.4. Conclusiones parciales

Luego de los conceptos desarrollados y fundamentos vertidos en este capítulo, en esta instancia de la investigación hemos llegado a las siguientes conclusiones:

Las personas jurídicas pueden ser autoras de los delitos previstos por esta ley adoptando o siguiendo la teoría normativista. Tienen un deber de comportarse de acuerdo con la expectativa social, plasmada en la normativa vigente. Su posición de garante se encuentra dada por el riesgo propio de su actividad por lo que deben adoptar un sistema de control interno idóneo.

Los actos cometidos por los órganos de los entes ideales que los pueden obligar les son atribuibles como propios, independientemente de la responsabilidad de cada persona humana que hubiere tomado parte en el hecho.

La responsabilidad no se extingue por fusión o escisión. En cambio, ésta se transmite a la nueva firma ya que ambas debieron aplicar un proceso de *due diligence* en forma previa a la

transformación. Se busca prevenir que por esta forma se evada la responsabilidad penal. Las personas jurídicas deben adoptar mediante un sistema de control interno- *compliance*-mecanismos idóneos para detectar hechos de corrupción y en su caso denunciarlos conforme lo previsto en el art. 9. La misma solución se adopta en caso de que luego del proceso se tome conocimiento mediante una mejor auditoría de estos hechos. De este modo, las personas jurídicas cumplen con la expectativa social que sobre ellas recae y no cometen ningún tipo de ilícito penal.

Capítulo IV. Exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas, programas de integridad e imputación objetiva.

IV.1 Introducción

En el capítulo anterior desarrollamos los elementos establecidos por los artículos 2 y 3 para que se le atribuya responsabilidad penal a la persona jurídica, a la vez que analizamos su capacidad de acción penal. Consecuentemente, en este apartado desarrollaremos los requisitos establecidos en la ley para que el ente ideal pueda eximirse de responsabilidad penal, pese a haberse cometido alguno de los delitos previstos y darse lo establecido en el art. 3. En este sentido, la ley establece en su artículo 9 tres requisitos⁸ que deben cumplirse para que la persona jurídica quede exenta de pena. De su lectura emana la importancia que tiene la figura del sistema de control interno o *compliance*.

Por ello, antes de avanzar y a los fines de una mejor comprensión del artículo 9 y su cabal análisis, consideramos útil definir y analizar brevemente a esta figura. Seguidamente, examinaremos la naturaleza jurídica de este eximente de pena, la que será determinante para ubicarla dentro de una u otra categoría de la teoría del delito, con sus subsiguientes consecuencias prácticas. Luego, abordaremos los tres requisitos mencionados, de los que surge no solo cómo esta exención se articula con el concepto de acción, sino que, además, la comprensión de la naturaleza y funciones del programa de cumplimiento y del artículo en sí mismo, nos será de gran ayuda para dar respuesta a la pregunta de investigación por cuanto

⁸ ARTÍCULO 9°.- Exención de pena. Quedará eximida de pena y responsabilidad administrativa la persona jurídica, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias:

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

dicho programa cobra relevancia en el análisis de la tipicidad objetiva del hecho y en la culpabilidad de la persona jurídica.

IV.II Sistema de control interno, programa de integridad o *compliance*

Como adelantáramos, se suele hacer referencia al “programa de integridad”, “programa de cumplimiento”, “sistema de control interno” o “*compliance*” (que es la traducción literal al idioma inglés de la palabra “cumplimiento”). A lo largo de todo el articulado de la ley podemos apreciar menciones a este programa. Sin embargo, su definición está al final de la norma, en los artículos 22 y 23⁹. El primero de estos establece que las personas jurídicas comprendidas en la ley “podrán” implementar estos programas. Es decir, que es facultativo para ellas. No obstante, el artículo 24 prescribe que será condición necesaria para las empresas que quieran contratar con el estado cuando tengan cierto monto, o cuando sean contratos establecidos en ciertas normas que comprenden concesiones, licencias, bienes y servicios y demás.¹⁰

Del examen de este artículo, se sigue que el contexto en el cual es más propicio a que se cometan los hechos mencionados en el artículo 1 de la ley, quedan comprendidos dentro del artículo 24. Por lo tanto, podemos concluir que la implementación de los programas de

⁹ ARTÍCULO 22.- Programa de Integridad. Las personas jurídicas comprendidas en el presente régimen podrán implementar programas de integridad consistentes en el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley. El Programa de Integridad exigido deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica, de conformidad a lo que establezca la reglamentación.

ARTÍCULO 23.- Contenido del Programa de Integridad. El Programa de Integridad deberá contener, conforme a las pautas establecidas en el segundo párrafo del artículo precedente, al menos los siguientes elementos:

a) Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley;

b) Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público;

c) La realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados.

Asimismo también podrá contener los siguientes elementos:

I. El análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad;

II. El apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia;

III. Los canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos;

IV. Una política de protección de denunciantes contra represalias;

V. Un sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados e imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética o conducta;

VI. Procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios, incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios, al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial;

VII. La debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones, para la verificación de irregularidades, de hechos ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas;

VIII. El monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa de integridad;

IX. Un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del Programa de Integridad;

X. El cumplimiento de las exigencias reglamentarias que sobre estos programas dicten las respectivas autoridades del poder de policía nacional, provincial, municipal o comunal que rija la actividad de la persona jurídica.

¹⁰ Para mayor profundidad, se sugiere la lectura de la obra de Alcuacil Césari & Campos (Art. 24. Contrataciones con el estado nacional, 2019, págs. 270-273)

integridad es obligatoria para las personas jurídicas que contraten con el estado en las circunstancias indicadas en el apartado precedente y también para todas las empresas que procuren ampararse en dicho esquema para eximirse de responsabilidad penal.

Bernate Ochoa define al *compliance* en sentido jurídico-penal como “el cumplimiento de la normatividad administrativa, financiera y comercial específica por parte de un agente económico en procura de prevenir la comisión de hechos delictivos con ocasión de su participación en los procesos económicos” (2019, pág. 14). Por su parte, Gómez-Jara Diez (2018), citado por Dino, dice que “Compliance no es Derecho Penal, sino gerenciamiento del riesgo o administración de una posición de riesgos desde la empresa” (Gómez-Jara Diez, 2018, como se citó en Dino, 2019, pág. 93). De estas definiciones podemos extraer dos características esenciales de este programa que también se encuentran en nuestra legislación: la finalidad de prevención de los hechos delictivos y el gerenciamiento o administración del riesgo (delictivo) de la actividad de la empresa.

Así, a partir de estos postulados y de la lectura de los arts. 22 y 23 podemos resumir el concepto en un programa interno de una persona jurídica en políticas y procesos internos de integridad aplicables tanto a administradores como empleados y representantes que guíen sus tareas y la planificación de éstas, con reglas y procedimientos específicos, con capacitaciones periódicas, todo ello con la finalidad de gerenciar el riesgo de la actividad de la empresa y de este modo prevenir, detectar y denunciar hechos ilícitos de corrupción en el marco del desarrollo económico de la empresa. Como veremos más adelante al tratar propiamente la culpabilidad, el contenido de estos programas, los códigos de ética, las políticas internas de la empresa, que determine cada empresa en particular definirán su propio modo de actuar.

Por otra parte, que estos programas sean fundamentales en cuanto al gerenciamiento del riesgo tiene implicancias en el análisis dogmático de la responsabilidad de las personas jurídicas. En efecto, Dino (2019, pág. 91) y Bernate Ochoa (2019, pág. 16), entre otros, plantean la pregunta sobre cómo se debe contemplar el programa de *compliance* en la teoría del delito. Nos referimos a la teoría del delito tal como se la conoce hoy en día y no como proponen ciertos autores a una elaborada en particular para las personas jurídicas. Para dar respuesta a este interrogante, como fuera anunciado, de modo preliminar corresponde abordar la naturaleza jurídica de la exención de responsabilidad del art. 9 de la ley 27.401, para luego describir cada uno de sus requisitos. Solo así, al final del capítulo, podremos determinar cómo se relacionan los programas de *compliance* con la teoría del delito.

IV. III. 1 Naturaleza jurídica de la exención del art. 9

El artículo 9 de la ley prescribe de modo claro que las personas jurídicas quedarán exentas no solamente de pena, sino también de responsabilidad administrativa cuando cumplan de manera simultánea con los tres requisitos que prevé.

En primer lugar, cabe destacar que de la lectura del texto del artículo en cuanto establece que “*quedará eximida*”, surge claramente la obligatoriedad de la exención y su aplicación no queda librada al arbitrio judicial. Vale decir, si los requisitos concurren en el caso concreto, la exención de pena procederá automáticamente, dado que el juez penal solamente podrá limitarse a valorar si se han verificado los presupuestos de su procedencia. Si bien esta conclusión parece obvia, no deja de ser importante dado que su aplicación obligatoria tiene consecuencias en el análisis de la acción y reprochabilidad ya que demuestra cuál es la expectativa de conducta, definida por el legislador mediante esta ley, que deben cumplir las personas jurídicas.

IV.III.2 La exención de responsabilidad penal prevista en el art. 9 como excusa absolutoria

En cuanto a la naturaleza jurídica de esta exención de pena, Durrieu (2018, pág. 143) sostiene que este instituto es una excusa absolutoria. Ello significa que el delito se configuró, que se han dado todos los elementos de la teoría del delito (acción típica contraria al ordenamiento jurídico y culpable), pero por cuestiones de política criminal se ha decidido no aplicar la pena. En este caso, es clara la intención del legislador de eximir de pena a las personas jurídicas que apliquen un sistema de control, denuncien el hecho y devuelvan el beneficio. Este es un elemento más para cumplir con la voluntad del poder legislativo que consiste en prevenir y sancionar los hechos de corrupción. Pues en este caso, los efectos del delito, esto es los beneficios, serán restituidos, a la vez que se anoticiará a la justicia de las personas humanas que hubieren cometido los hechos de corrupción. En este mismo orden de ideas se pronuncia Vítolo (2018), quien explica que, al haberse enfocado la ley en la prevención de estos delitos, y en incentivar a las personas jurídicas privadas a que adopten estos sistemas de control, al cumplirse los requisitos previstos por la ley, se dispone la exención de la pena. En otros términos, se trata de una “condena sin pena” (Vítolo, Penas y Sanciones, 2018, pág. 599).

IV.III.3. La exención de responsabilidad penal prevista en el art. 9 como integrante del tipo objetivo.

Como adelantáramos, no es unánime la posición doctrinaria en cuanto a que nos encontremos frente a una excusa absolutoria. Justamente, es criticable que sea conceptualizada

como tal, puesto que pese a que no se aplique pena, lo cierto es que admitirla como tal conlleva a una declaración de autoría sobre el hecho por parte de la persona jurídica. Es decir, nos encontraríamos ante una acción antijurídica. En cambio, si se considera que la eximente, de concurrir, integra el tipo objetivo, no solo no se aplicará pena (como concluye la postura aquí cuestionada), sino que además la empresa no habrá cometido ningún delito. Esta última solución parece más adecuada a los fines de la ley. En caso contrario, ¿qué incentivo tendrían las personas jurídicas en auto denunciar un hecho cometido violando sus programas de integridad si de todos modos serán declaradas autoras de ello? Creemos que la respuesta es obvia.

En un sentido diferente al planteado por Vítolo y Durrieu se ha expresado que “aun cuando el cumplimiento de lo exigido por la ley conlleve a la eximición de sanción penal, esto no implica necesariamente que la conducta no penada constituya un injusto culpable (...)” (Masini, 2020, pág. 22). A partir de esta idea, se debe reparar en que, de acuerdo con la interpretación sistemática que se le dé a este artículo, se estará por aceptar un modelo de responsabilidad por transferencia o, un modelo de responsabilidad por hecho propio. En este contexto, explica Masini (2020) que surgen posturas que sostienen que “La naturaleza jurídica de la eximición de sanción penal evidencia una conexión directa con el modelo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica que adopte el derecho positivo” (2020, pág. 22).

Así, si el sistema de atribución es el de transferencia, el análisis del programa de cumplimiento se efectuará en la categoría de la culpabilidad y sin importar el resultado de éste, el hecho será antijurídico. En cambio, si el sistema adoptado es el de responsabilidad por hecho propio, dependiendo del resultado del análisis sobre si el programa era adecuado o no (siguiendo los lineamientos de los arts. 9, 23 y 23 de la ley), puede resultar que el hecho atribuido a la persona jurídica pueda no ser típico y, por tanto, lícito (no antijurídico). Aquí, surge otra consecuencia, que trasciende el derecho penal, que es que dependiendo si el hecho es antijurídico o no también tendrá implicancias en cuanto a la responsabilidad civil de la persona jurídica (Masini, 2020, págs. 24-27).

En virtud de las conclusiones parciales a las que arribamos en el capítulo dos del presente trabajo, por las que sostuvimos que la ley 27.401 ha adoptado un sistema de atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica por hecho propio, lo que se adecúa al principio de culpabilidad, es que consideramos que la exención de responsabilidad prevista en el artículo 9 no es una excusa absolutoria que deba ser examinada en la punibilidad ni en la culpabilidad conforme el sistema de transferencia, sino que integra el análisis del tipo objetivo.

Si bien es un concepto que excede el marco de este trabajo, es útil recordar la definición que de este concepto se ha dado, a saber: “Se puede decir que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo” (Roxin, 2002, págs. 134-135, como se citó en Arbuola Valverde, 2010, s/p). Ciertamente, a lo largo de todo este trabajo y en particular en este capítulo, hemos hablado del concepto de control del riesgo de la actividad y control adecuado de los riesgos. Es que, justamente, los programas de *compliance* que se adecúen a los riesgos propios de la actividad de la empresa le permitirán a ésta actuar dentro del marco de un riesgo permitido, pues, como hemos descripto y dentro de los fines de sanción de la ley, la actividad económica de las empresas resulta un escenario propicio para la comisión de delitos de corrupción y es ello lo que motivó la sanción de esta ley.

Entendemos que la inclusión del art. 9 dentro del análisis del tipo objetivo es correcta teniendo en cuenta que, un programa de *compliance* no adecuado al peligro creado, determinará que el marco en el que se desenvuelve la firma excede el riesgo permitido y tornará a la conducta del ente ideal en ilícita. De este modo, se cumple con otro fin específico de la ley que es evitar que estos programas se implementen solamente de manera formal, sin importar su efectividad.

Continuando con el abordaje del artículo 9 según la teoría del delito, entendemos que carece de coherencia que la persona jurídica mediante la cual se cometió un delito, cuya violación de su programa de *compliance* hubiera exigido un esfuerzo de las personas humanas que intervinieron en su comisión, que lo hubieren detectado mediante una investigación interna, que hubieren denunciado el hecho y devuelto el beneficio, sean declaradas responsables penalmente por el hecho, aunque con un perdón de la pena. Todo este razonamiento carece de coherencia sistemática y tampoco es adecuado a los fines perseguidos por la ley 27.401, por cuanto ello conllevaría un desincentivo a aplicar correctamente los programas de cumplimiento interno.

No debemos soslayar el hecho de que, pese a que no se imponga una condena, el daño reputacional existe, circunstancia que claramente desalienta a la empresa. Dejarlo de lado, conlleva a que las empresas se encuentren ante la dicotomía de auto denunciar sabiendo que quedan exentas de responsabilidad, pero por otro lado se exponen a un proceso penal y en dicho caso se les declarará responsables, contrariando así los fines del debido control interno cuando precisamente “*su beneficio es, casi exclusivamente, el de alejar a la empresa de la contingencia legal y reputacional (...)*” (Larriva, 2018, pág. 417).

Paralelamente, otra consecuencia práctica de índole procesal se deriva de considerar a este eximente como una excusa absolutoria o como integrante del tipo objetivo, pues como se ha señalado:

al tratarse de eximentes de punibilidad la prueba de su efectiva implementación se encuentra en cabeza de las propias personas jurídicas, es decir, no rige el principio de *onus probando* que mantiene la carga de la prueba sobre la acusación; mientras que de considerarse parte del tipo penal, la carga de la prueba recae efectivamente sobre la fiscalía que deberá demostrar la inexistencia o ineficacia de los sistemas de auto vigilancia para recién, una vez constatado esto, tener configurado el delito. (Borzi Cirilli, 2018, pág. 42)

Por lo expuesto, a más de la relevancia práctica de la ubicación dogmática de la exención de pena de mención que en los hechos significará una carga probatoria para la acusación, considerar a esta eximición como parte integrante del tipo penal brinda una solución más lógica y adecuada con la finalidad de la ley.

IV. IV.1 Requisitos establecidos en el artículo 9 para eximirse de pena

A continuación, ingresaremos al análisis de cada uno de los tres requisitos previstos por el artículo nueve que deben darse para que se configure la exención en cuestión, los cuales, según la propia norma deben concurrir simultáneamente. En primer lugar, entendemos que el término “simultáneo” no requiere mayores explicaciones. Es claro en cuanto a que la enumeración es taxativa y deben estar presentes las tres condiciones para la eximición de pena, en caso contrario no podrá aplicarse. De todos modos, si estuviese ausente alguno de éstos, se podrá tener en cuenta por el tribunal al momento de graduar la pena conforme el artículo 8. Precisamente, las tres circunstancias que deben concurrir son que la persona jurídica:

- a) Espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna;
- b) Hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del

proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito;

c) Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido.

Nuevamente recalcamos que el tipo utiliza el modo imperativo del verbo quedar - quedará exenta (...) - por lo que no caben dudas que, de darse las tres condiciones legales, la persona jurídica será eximida de la sanción penal, y como establece la norma, también se excluye su responsabilidad administrativa¹¹.

IV.IV.2 Denuncia espontánea como consecuencia de una investigación interna

Este inciso presenta dos elementos trascendentales cuya definición es imprescindible para comprender el alcance del artículo. El primero de ellos surge de la palabra “espontáneamente”. Esta es una característica necesaria que debe tener la denuncia. No obstante, resulta llamativo que no se ha fijado un término o lapso para que la persona jurídica la realice. Al respecto, consideramos que hubiera sido aconsejable dar un plazo luego de iniciada una investigación interna para concluirla y denunciar el hecho si correspondiere.

Al respecto, se ha sostenido que “todo indica que debe ser efectuada con anterioridad a la condena, y que no resulta necesario- en principio- que dicha denuncia espontánea sea el primer anociamiento por parte de las autoridades, respecto de la realización del delito” (Vítolo, 2018, págs. 603-604). Ciertamente, al no haberse previsto dicho plazo se sugiere que “la antelación (...) es de suma importancia ya que la demora en denunciar puede llevar a la pérdida del beneficio de la eximición de pena (...)” (Ruibal, 2019, pág. 162).

El segundo elemento de este inciso, que consiste en la detección del hecho mediante un sistema de control interno, refleja nuevamente y con claridad la intención del legislador, es decir, la prevención de hechos delictivos por parte de las personas jurídicas y la implementación de este tipo de programas. Es así que, la conducta que se espera de las empresas es que estas se auto controlen, denuncien -en caso de corresponder- y, como hemos explicado, tengan incentivo de hacerlo. No interesa que sean ellas las primeras que pongan en conocimiento a las autoridades de la comisión de un delito, sino que es suficiente que los entes tengan controles internos que les permitan detectar y denunciar estos hechos ilícitos.

¹¹ Sobre este punto no nos expediremos debido a que excede el marco de este trabajo. Recomendamos leer a Vítolo (Penas y Sanciones, 2018, págs. 606-615).

Sin embargo, la espontaneidad legalmente exigida se pierde si se toma conocimiento de una investigación judicial. El juez deberá evaluar en cada caso, eventualmente, si concurre esta característica en la denuncia o si ésta ha sido una estrategia de la persona jurídica al haberse anoticiado de una investigación en su contra en un intento para sortear su responsabilidad penal. Durrieu (2018, pág. 148) da el ejemplo de supuestos casos de pérdida de espontaneidad cuando la persona jurídica fuere allanada o se le requiriera información sobre un hecho en particular. De todos modos, como se dijo, el examen en el supuesto de hecho en concreto quedará a criterio del juez.

Por otro costado, puede surgir el interrogante acerca de qué sucede con la toma de conocimiento de la persona jurídica a partir de la información brindada por terceros sobre la comisión de alguno de los hechos delictivos previstos en la ley. Al respecto, Durrieu (2018, pág. 145) da una respuesta que entendemos acertada al sostener que esa vía de conocimiento compatible con la existencia de un canal de denuncias para terceros, e inclusive la propia ley en su art. 23, punto III así lo exige.¹²

En síntesis, para que se cumplan las condiciones de este inciso se requiere que la denuncia sea espontánea y que esté relacionada con la detección de la comisión del hecho delictivo mediante un programa de investigación interno.

IV.IV.3 Implementación de un programa previo de control que fue violado mediante un esfuerzo del autor del delito

Como hemos adelantado en el apartado anterior al analizar la naturaleza jurídica de esta exención de pena, su inclusión en una u otra de las categorías de la teoría del delito tendrá consecuencias con respecto al sistema de atribución de responsabilidad que se adopte. Como explicamos, consideramos que debe analizarse dentro del tipo objetivo. En este contexto, el presupuesto de este inciso es determinante en cuanto a la determinación de si la empresa actuó dentro del riesgo permitido o no.

De su contenido surge que para que se aplique la exención, es decir, para determinar el marco de actuación dentro del riesgo permitido, en primer lugar, el sistema de control debe ser adecuado conforme a los arts. 22 y 23 de la ley. En segundo lugar, se debe haber aplicado con anterioridad al hecho del proceso y, por último, su violación debe haber exigido un esfuerzo en el autor o los autores del hecho.

¹² El Programa de Integridad deberá contener, conforme a las pautas establecidas en el segundo párrafo del artículo precedente, al menos los siguientes elementos: (...) Los canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos

El segundo de estos condicionantes tiene que ver exclusivamente con la finalidad de la ley de incentivar y generar una cultura del uso de estos sistemas. Por lo tanto, si no existió con anterioridad, la persona jurídica no podrá eximirse de pena. En cualquier caso, su aplicación posterior podrá ser tenida en cuenta al momento de la graduación de la pena. Es dable concluir que justamente se le atribuye el hecho a la persona jurídica porque no cumplió con la conducta esperada socialmente (tener este programa y evitar que el hecho se cometa).

Finalmente, se requiere un “esfuerzo” por parte de los autores del hecho. Aquí llama la atención que no se haya utilizado el término “doloso”. En este sentido, se ha dicho que:

nos da la impresión de que a lo que apunta el legislador es a requerir la existencia no sólo de dolo en el accionar de la persona humana para cometer el delito en nombre, interés o beneficio de la persona jurídica privada (...) sino también la presencia del dolo en la violación de los sistemas de control, y la materialización de una cuestión fáctica, cual es que la acción de violación del sistema de protección no haya sido sencilla sino que, por el contrario, haya importado un esfuerzo del agente(...). (Vítolo, 2018, pág. 605).

Esta última idea, sumada a las anteriores nos dan un panorama de cómo es que este artículo debe ubicarse en el análisis del tipo objetivo. Pues, tal como hemos desarrollado a lo largo de este trabajo, uno de los principales motivos de la sanción penal a las personas jurídicas es el hecho de la participación material que han tenido en hechos de corrupción. Así también, otro de los motivos es el riesgo mismo de su propia actividad, por lo cual es claro que este riesgo debe ser considerado por la dogmática. Efectivamente, el legislador en este artículo está haciendo clara referencia a aquél al indicar que el programa de supervisión debe ser “adecuado en los términos de los arts. 22 y 23”.

Si leemos estos artículos que dan cuenta del contenido mínimo que deben tener los programas de integridad vemos que, justamente, uno de los principales elementos a tomar en cuenta para definir el contenido del programa son los riesgos propios de la actividad, el control periódico de estos, el control de la trayectoria e integridad de terceros o socios de negocios, la debida diligencia en procesos de transformación societaria, etc. Es decir, todos los peligros existentes vinculados a una empresa.

La idoneidad del programa de control es una materia que deberá ser determinada judicialmente en cada caso concreto. Cierta sector de la doctrina ha criticado que no se prevea,

como por ejemplo en el derecho chileno mediante una certificación, o en el derecho peruano por medio de una verificación estatal, un control anterior, que brinde mayor previsibilidad jurídica a las empresas en cuanto a la validez de estos (Ruibal, 2019, pág. 162). En suma, para que opere la exención el programa debe ser adecuado de modo tal que requiera un esfuerzo por parte de los autores materiales del hecho para violarlo.

En virtud de lo desarrollado, afirmamos que el análisis del programa de *compliance* se efectúa en el tipo objetivo, según los postulados de la teoría de la imputación objetiva. En efecto, el examen que se hace en cada caso sobre si el programa es adecuado o no, no es nada más ni nada menos que un análisis sobre si la persona jurídica obró dentro del riesgo permitido o no. En otros términos, la conducta delictiva de la empresa consiste en no haber controlado correctamente, no haber prevenido, o no haber detectado mediante un programa de integridad y denunciado la comisión de hechos de corrupción cometido a través suyo o en su interés o beneficio.

De este modo, si el autor del hecho mediante un esfuerzo doloso violó los sistemas de control interno, los que eran adecuados e idóneos, la persona jurídica habrá obrado dentro del riesgo permitido y no habrá cometido ningún injusto penal. En esta instancia se puede apreciar que a la persona jurídica se la castigará penalmente sólo si es responsable por su hecho propio, no por el hecho de otro. Esto es así debido a que, si se violó su programa adecuado, nada tiene que reprocharse a la persona jurídica: ella no intervino en el hecho y operará la exención de pena del artículo 9 que, por su parte, garantiza la personalidad de la pena. En caso contrario, si el sistema era débil, o directamente no existía, la persona jurídica habrá generado un riesgo penalmente relevante que obligará al operador jurídico a continuar con el examen de las restantes categorías del delito a efectos de corroborar su responsabilidad en el hecho ilícito.

Por último, es pertinente señalar que, además, del análisis conjunto de los primeros dos incisos del art. 9 podemos vislumbrar que se procura que la persona jurídica tenga un programa de control serio y funcional. De este modo, con la exigencia de la denuncia espontánea y de la detección del hecho por parte de un programa de control adecuado, se evita que las personas jurídicas tengan programas ineficientes y aparentes (también llamados “*make up compliance*”) como meras pantallas al solo efecto de evitar su responsabilidad penal.

En síntesis, por todo lo hasta aquí desarrollado es que sostenemos que el artículo 9 debe integrar el tipo objetivo del análisis del hecho cometido por la persona jurídica y no es una excusa absoluta.

IV.IV.4 Devolución del beneficio indebidamente obtenido

Este artículo no requiere mayor análisis. Sí corresponde realizar algunas precisiones acerca de cómo operará la devolución de este beneficio. El artículo no ha dado mayores indicaciones debido a que dependiendo de cada caso, es factible que no necesariamente esté determinado el monto del perjuicio al momento de realizar la denuncia, por lo que en este caso “la simultaneidad de los supuestos indicados se limitaría a la expresión de voluntad de la persona jurídica de realizar la devolución de un beneficio ilícito cuyo monto será determinado en el proceso judicial” (Ruibal, 2019, pág. 163). Inclusive, llegado el caso, se podría ofrecer algún tipo de caución. Lo cierto es que la simultaneidad del cumplimiento de los requisitos en este caso puede quedar suspendida hasta tanto se determine judicialmente el monto del beneficio y luego la persona jurídica cumpla con ello.

IV.V. Conclusiones parciales

En virtud de lo expuesto, en esta instancia del trabajo podemos afirmar que:

Los programas de *compliance* son obligatorios para las empresas que contraten con el estado en las circunstancias reseñadas y para todas las empresas que procuren ampararse en dicho esquema para eximirse de responsabilidad penal. Del artículo 22 y 23 surge el contenido mínimo que estos deben reunir aquéllos para ser adecuados. Tienen dos características esenciales que son: la finalidad de prevención de los hechos delictivos y el gerenciamiento o administración del riesgo de la actividad empresarial. La determinación de su idoneidad será practicada en el caso concreto con el juez, ya que no se prevé una certificación previa.

La naturaleza jurídica de la exención de pena prevista en el artículo 9 no es la de una excusa absolutoria, sino que integra el análisis de la tipicidad objetiva. En consecuencia, si concurre en el supuesto examinado excluirá el tipo penal. Ello implica que los programas efectivos determinen un marco de actuación para las empresas dentro del riesgo permitido, mientras que los programas inadecuados configurarán un actuar excediéndolo. A su vez, de este modo, las empresas que utilicen los programas de *make up compliance* no serán eximidas de sanción.

Para que se aplique el artículo 9 deben darse los tres requisitos en simultáneo (aunque en algunos casos quedará supeditado a la determinación judicial del monto del beneficio a restituir), vale decir: la auto denuncia debe ser producto de una investigación interna, la empresa debe haber contado con un sistema de control adecuado que hubiera detectado el hecho y su violación debe haber requerido un esfuerzo, es decir dolo directo, de quienes cometieron el hecho de corrupción.

Capítulo V: La Culpabilidad de la Persona Jurídica

V.1 Introducción

Luego de afirmar tanto la capacidad de acción de la persona jurídica, como así también la posibilidad de aplicar sobre ésta, particularmente en el marco de la ley 27.401, la vigencia de la teoría de la imputación objetiva, hemos llegado a la instancia en la que debemos analizar la última categoría de la teoría del delito: la culpabilidad. Es por ello que desarrollaremos, en primer lugar, brevemente el concepto de dicha categoría.

De modo preliminar, debemos aclarar que se trata de un concepto complejo, sobre el que existen numerosos aspectos para analizar que exceden el objeto de este trabajo. Sin embargo, resulta imperioso, para poder dar una respuesta al interrogante planteado, explicar sintéticamente ciertos aspectos fundamentales de aquél que encuentren tensión en la aplicación respecto de la persona jurídica. De tal manera, siguiendo los lineamientos e ideas propuestas y sostenidas a lo largo de esta investigación, podremos explicar por qué consideramos, adelantando en esta instancia opinión, que las personas jurídicas tienen capacidad de culpabilidad penal.

Así, para poder afirmar esto fundadamente, demostraremos por qué la culpabilidad, y en general la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco de la ley 27.401, debe ser analizada desde la visión funcionalista de la teoría del delito. A lo largo de este trabajo, al desarrollar los conceptos previos, hemos ido revelando cómo es que dicha concepción normativista es la que mejor se adapta a esta nueva forma de responsabilidad penal a la que resulta de aplicación inmediata.

En resumen, a continuación desarrollaremos sintéticamente el concepto de culpabilidad y sus elementos estructurales. Seguidamente explicaremos cuál es la finalidad de la pena prevista en la ley 27.401. Luego, analizaremos en base a estos conceptos la ley 27.401 para poder determinar si efectivamente ésta, conforme su contenido y el sistema legal vigente, puede superar el estándar de la culpabilidad y permitir la aplicación de sanciones penales a las personas jurídicas. De este modo, al finalizar este capítulo habremos dado una respuesta al problema planteado.

V.2. Concepto de Culpabilidad.

De la misma manera en la que fuera enunciado en apartado precedente, Zaffaroni (1999) menciona que “El problema es la culpabilidad, quizá sea el más discutido y acerca del

que menos acuerdo existe en la teoría del delito. Es obvio que ello obedece a que la culpabilidad corona la teoría del delito (...)” (pág. 10). Es importante comprender que la culpabilidad “corona” la teoría del delito debido a que en dicha instancia se define si el autor de una acción u omisión, que obró con dolo o culpa (en los casos en que la comisión a título de culpa se encuentra tipificada), que es típica y antijurídica, es merecedor de pena.

Como punto de partida, previo a abordar la culpabilidad de la persona jurídica, nos adentramos al concepto general de este eslabón dogmático. Para ello recurrimos a la definición de Enrique Bacigalupo (1999) quien la conceptualiza como “el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea criminalmente responsable de la misma. La cuestión de cuáles son esas condiciones dependerá del punto de vista que se adopte respecto de la pena” (pág. 413). De esta proposición se sigue que en este punto ya no se estudia la acción ni la antijuridicidad, pues para llegar a analizar la culpabilidad, aquellas dos categorías ya se deben haber examinado y corroborado en el caso concreto.

Asimismo, surge de dicho concepto que se trata de la ulterior categoría de la teoría del delito, necesaria para poder aplicar una sanción penal al autor de una acción (u omisión) ajustada al tipo penal y contraria a derecho. A la vez, el citado autor señala que las condiciones que comprenden el concepto de culpabilidad pueden variar según el punto de vista que adopte sobre la pena. Esto quiere decir, como veremos más adelante, que esta categoría se encuentra estrechamente vinculada con la finalidad de la pena, pues que su alcance cambia si examinamos la pena desde la teoría de la retribución o de las diversas posturas prevencionistas.

Resulta importante destacar que el sistema legal argentino ha adoptado el principio de culpabilidad como lo hemos expuesto, entendido como “*nulla poena sine culpa*” el que, como explica Nuñez (1999) ha adquirido categoría constitucional (págs. 177-178). De ello se sigue, tal como se ha mencionado sobre esta máxima jurídica, que “el principio de culpabilidad significa que la culpabilidad es un presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal” (Jakobs, 1992, pág. 1051).

En virtud de lo desarrollado debemos precisar cuáles son las referidas condiciones que determinan que una persona es culpable. En este sentido, se han elaborado distintas teorías a lo largo de la historia de la dogmática. Así, Nuñez (1999, págs. 178-180) explica que han existido tres teorías principales de la culpabilidad, que se encuentran relacionadas con las teorías de la imputación. Estas son: la psicológica, la normativa y la finalista.

La psicológica en líneas generales se identificaba con el dolo y la culpa, dado que estos conceptos no solo eran formas de culpabilidad, sino incluso la culpabilidad en sí misma. A partir de las múltiples críticas que surgieron en su contra, surgió la teoría normativista, la cual,

además del dolo y la culpa como elementos de la culpabilidad, introdujo otros factores de análisis que llevaron a caracterizarla como un juicio de reproche. Así, se entiende por reprochabilidad a “un comportamiento interior opuesto a una norma de deber, que se encontraría junto a la norma jurídica, cuya lesión importa la antijuridicidad” (Goldschmidt 1913 y 1930, como se citó en Bacigalupo E., 1999, pág. 422).

Posteriormente, al surgir la teoría finalista de la acción que desplazó los elementos subjetivos de la culpabilidad al tipo penal, ésta quedó reducida al concepto de reprochabilidad, la cual “presupone la capacidad de motivarse por la norma” (Bacigalupo E., 1999, pág. 422). Aquí, el nombrado refiere que esta motivación en la norma está dada por si el autor podía comportarse de otra forma.

Por último, se acuñó el concepto funcionalista, el cual fue formulado por uno de sus máximos exponentes, Günter Jakobs, desde el enfoque de la prevención general positiva y en base a la constitución de la sociedad. A nuestro modo de ver, esta última teoría permitiría afirmar la culpabilidad de las personas jurídicas tornando posible la adecuada aplicación de las sanciones penales de las que resultan pasibles en caso de no cumplir con las conductas esperadas y tipificadas en la 27.401. El mentado Jakobs entiende que:

La culpabilidad se denominará en lo sucesivo como falta de fidelidad al Derecho o, brevemente, como infidelidad al Derecho. Con ello se alude a la infidelidad por la que se ha de responder; la infidelidad al Derecho es, pues, un concepto determinado normativamente. (Jakobs, 1997, págs. 566-567)

Explica Enrique Bacigalupo (1999, pág. 423) que Jakobs distingue dentro de la categoría en cuestión dos tipos de culpabilidad, uno positivo y otro negativo. El primero de ellos está enfocado en determinar la capacidad de imputación del autor, es decir, si ha comprendido la ilegalidad de su conducta, mientras que el tipo negativo fija las condiciones en las que no procede la culpabilidad, es decir, ciertos casos en los que no se exige el cumplimiento de la norma (inexigibilidad). Consideramos que esta forma de entender el concepto objeto de análisis es el adecuado pues da cuenta de aquellas situaciones en las que el derecho decide no declarar merecedor de la pena al autor tuvo la posibilidad de llevar a cabo otra conducta distinta a la realizada (*i.e.* soportar un hecho del que era víctima él o un tercero sin defenderse).

En síntesis, podemos decir que la culpabilidad es la cuarta categoría de la teoría del delito que funciona como un límite a la imposición de la sanción al autor de un injusto y se encarga de determinar si aquél es merecedor de la pena a partir del reproche por no haber

obrado de acuerdo a una conducta exigible. Para ello, la culpabilidad tiene un conjunto de condiciones que deben darse, las que serán determinadas, como se dijo, de acuerdo a la teoría de la finalidad de la pena que se adopte.

En los próximos acápite desarrollaremos conceptos dogmáticos normativos que nos serán útiles para poder determinar que la ley 27.401 cumpla con el principio de culpabilidad, adelantando nuevamente la respuesta a la pregunta planteada, que motivó este trabajo. Como punto de partida, compartimos lo propuesto por GOMEZ-JARA quien sostiene que:

el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas y el de las personas físicas, se basan en los mismos fundamentos y se desarrollan bajo la misma metodología, de forma tal que también para este autor el sistema de las personas físicas quedaría incólume. Es claro que los contenidos de las categorías penales serían diferentes, pero habría una analogía funcional (Gómez-Jara Diez citato por González Sierra, 2012).

V. 3. ¿Cuál es la finalidad de las penas prevista para las personas jurídicas?

Siguiendo la conceptualización de Bacigalupo, es menester determinar cuál es el punto de vista que se adopta sobre la pena para establecer cuáles son las condiciones que determinan que el autor del ilícito sea responsable por éste.

Al respecto ni el código penal ni la 27.401 establecen cuál es la finalidad de la pena. Vale decir, si ésta tiene un fin retribucionista, de prevención especial o general u otro. La única definición sobre la finalidad de la pena en nuestro ordenamiento legal se da sobre la pena privativa de libertad y tiene jerarquía constitucional consagrada en el art. 18, en conjunto con el bloque de constitucionalidad¹³, como así también en una norma específica, la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad n° 24.660. Indudablemente, esta modalidad de pena no resulta aplicable al objeto de este trabajo en tanto que, por su especial naturaleza, es imposible privar de su libertad a una persona jurídica y lógicamente no se prevé ningún tipo de pena privativa de libertad en la ley que regula la responsabilidad penal de aquélla.

Explica Silvina Bacigalupo (1998, págs. 216-218) que se han elaborado dos conceptos de culpabilidad desde distintos funcionalismos, uno de ellos propuesto por Roxin y otro por

¹³ Art. 18 de la CN dice "(...) Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas (...)". Ver también art. 5 apartado 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos integrante del bloque de constitucionalidad conforme el art. 75inc. 22, y ley de ejecución penal n° 24660 artículo 1.

Jakobs según distintas finalidades de la pena. De este modo, Roxin ha partido desde una teoría enfocada en la prevención especial y ha intentado adaptar las categorías de la teoría del delito a las personas jurídicas con base en teorías organicistas. Por su parte, Jakobs elaboró su teoría desde la prevención general positiva. Su concepción parte de que la finalidad de la pena es mantener la vigencia de la norma y ya no se enfoca exclusivamente en el individuo, sino que toma en cuenta la complejidad de las estructuras sociales. Así, Jakobs cambia el concepto del sujeto de derecho penal, explicando la nombrada Bacigalupo, que la definición de sujeto por él propuesta consiste en que:

El sujeto del Derecho penal es aquél que sea competente y no necesariamente el sujeto que realizó la acción. Dentro de estos parámetros no resulta imposible imaginar a la persona jurídica como un sujeto *competente* y, por lo tanto, como un sujeto imputable. (Bacigalupo S. , 1998, pág. 220)

Consecuentemente, Silvina Bacigalupo (1998) explica que Jakobs entiende de otro modo la culpabilidad, vale decir, “(...) no como alternativa de acción del sujeto, sino como alternativa de elaboración del conflicto social por parte de la sociedad, que tampoco presupone necesariamente un sujeto individual, aunque el Derecho positivo se limite a éstos” (pág. 219). Todo este razonamiento encuentra su razón de ser en la finalidad de la pena, una finalidad entendida por Jakobs como prevención general. Pues, la pena busca mantener la vigencia de la norma ante la sociedad, y como será desarrollado en este capítulo, la persona jurídica es un sujeto capaz tanto de violar la norma, como de mantener su vigencia. En suma, en cuanto a la finalidad de la pena, el propio Jakobs (1997), ha sostenido que “El fin de la pena es, según la concepción aquí desarrollada, de tipo preventivo-general; se trata de mantener el reconocimiento general de la norma (no de intimidación o escarmiento)” (pág. 584).

Dicho esto, por nuestra parte entendemos que el marco normativo vigente en Argentina permite establecer una finalidad de la pena para las personas jurídicas enfocada en la prevención general positiva. En efecto, las normas que establecen que la finalidad de la pena es de carácter de prevención especial positiva, son las referidas a la pena privativa de la libertad. Aun si se diera el caso de que el Código Penal así lo disponga en el futuro, en virtud de su propio artículo 4, la 27.401 (en tanto ley especial) podría establecer otra finalidad para las penas que no sean las de prisión.

Si bien, como hemos explicado en capítulos anteriores ciertos sectores de la doctrina, como por ejemplo Abraldes (2018) entienden que la redacción del texto normativo impone un

sistema de responsabilidad por el hecho de otro, es decir vicarial, en virtud del desarrollo argumental hasta aquí expuesto, consideramos que la norma es clara en cuanto a que la responsabilidad es por un hecho propio. Incluso el propio Abraldes (2018, pág. 86) reconoce que no toda la doctrina es unánime en cuanto a su afirmación, así como lo hemos explicado a lo largo del presente trabajo.

Recapitulando, entonces, cabe recordar que la norma aclara que cuando la persona humana que participe en el hecho actuare en su exclusivo beneficio y sin generar provecho para la persona jurídica esta última no será responsable. De este modo, es posible identificar la intención legislativa de responsabilizar a la persona jurídica por un hecho que le sea atribuible a ella misma, independiente y diverso de la actuación de sus dependientes. Como señalamos reiteradamente, si se atribuyese responsabilidad a la persona jurídica por un hecho de conexión, según lo explicado en el segundo capítulo, no se cumpliría con el principio de culpabilidad. Esta prescripción normativa, lejos de ser redundante, aclara rotundamente que no nos encontramos ante un hecho de responsabilidad por transferencia.

El ente ideal, en el marco de la ley bajo análisis, es un sujeto de imputación penal. Ciertamente, cuando en el capítulo 2 explicamos este artículo, expresamos que no se pretende atribuir responsabilidad penal a una empresa por el simple hecho de que sus dependientes utilicen su estructura para delinquir. Aquí lo que se busca es analizar el comportamiento de la empresa y si éste merece reproche. De allí el sentido de la segunda parte de este párrafo. Si la persona jurídica se benefició habrá de analizarse, entonces, conforme el resto del articulado, si ese beneficio le es reprochable o no, debiendo ponderarse, por una parte, la responsabilidad de la persona humana, y por otra, el comportamiento de la firma ante esta situación.

Al afirmar entonces que la empresa es sujeto de imputación penal, entendemos que la finalidad de la pena a su respecto está orientada a la prevención general, ello por cuanto, al momento de elevar el proyecto para su sanción, se consignó que el objeto de la ley era incentivar a las personas jurídicas a que implementen programas de cumplimiento y eviten la comisión de delitos de corrupción, como así también que cooperen con las autoridades en la investigación de éstos (Vítolo, 2018, pág. 13.) A la vez, otro de los objetivos por los cuales se sancionó la ley (como bien hemos explicado en la introducción de este trabajo) ha sido el de cumplir con los lineamientos de la OCDE.

Consideramos que el primer objetivo señalado se vincula directamente con la finalidad de la pena. Toda la ley tiene un enfoque preventivo, y teniendo esto en cuenta, junto con el contenido de las penas previstas, se sigue que la finalidad es justamente la de una prevención general positiva. Esto es así dado que, como explica Roxin (1997, pág. 91) sobre dicha finalidad

“la pena tiene la misión de "demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo”. Esto puede entenderse como la búsqueda por mantener, y en su caso recuperar, la vigencia de la norma. Además, está destinada a la totalidad de las personas jurídicas y busca brindar una mayor seguridad jurídica a su ámbito de actuación. De este modo, la amenaza de la pena no sólo procura evitar que las personas jurídicas participen en estos delitos cuya ley bajo análisis pretende combatir, sino también que colaboren en la prevención de la comisión de éstos en los casos que les corresponde.

V.4 Elementos integrantes de la culpabilidad

Nos ocuparemos ahora de establecer cuáles son los elementos que deben concurrir para que una persona sea merecedora de reproche, vale decir, los requisitos que deben cumplirse para que al autor de un delito se le pueda reprochar tal conducta y, en consecuencia, imponérsele la pena. Históricamente, se ha entendido que hay tres elementos que integran la culpabilidad: la capacidad de comprender la ilicitud (capacidad de culpabilidad), posibilidad de conocimiento de ilicitud (conciencia de la antijuridicidad) y exigibilidad (Bacigalupo E. , 1999, págs. 423-424). Sobre este aspecto, Zaffaroni (1999) entiende que son: “la reprochabilidad, la disposición interna contraria a la norma, la posibilidad de realizar otra conducta, la posibilidad de motivarse en la norma, la exigibilidad y el ámbito de autodeterminación” (pág. 12). Si bien Zaffaroni da mayores elementos, en realidad éstos se pueden agrupar dentro de estas tres categorías generales.

Por su parte, Jakobs cuando explica el tipo de culpabilidad positivo -pues, como dijimos, el tipo de culpabilidad se integra junto con el tipo negativo al que define como “Los elementos de la inexigibilidad pueden denominarse tipo de exculpación” (Jakobs, 1997)- menciona como sus elementos estructurales:

a) La culpabilidad presupone el injusto. El injusto es el comportamiento típico evitable (doloso o imprudente) que no está justificado. No existen peculiaridades en relación con el injusto como elemento del tipo de culpabilidad.

b) El autor sólo es responsable por el déficit de motivación jurídica si en el instante del hecho constituye un sujeto con la competencia de poner en cuestión la validez de la norma, es decir, si

es imputable; a') Es imputable una persona definible como un igual. (...) La capacidad de culpabilidad es, pues, imputabilidad más exigibilidad en cada ámbito (...). Ser imputable quiere decir ser definido como igual (...). (...) En la medida en que falta la igualdad, se renuncia a la estabilización de la expectativa normativa (es decir, que haya de imponerse contrafácticamente) que el autor ha defraudado (...).

c) La imputación a título de culpabilidad presupone asimismo que la motivación del autor se produzca, en el ámbito de las normas básicas para la estructura estatal y social, no respetando una norma relevante, o, en el ámbito de las normas disponibles en cuanto a su contenido, no respetando el fundamento de validez de las normas; se trata de la intelección del injusto. (Jakobs, 1997, págs. 598-600).

A continuación, explicaremos el contenido de estos elementos estructurales y cómo ellos resultan aplicables a la conducta de las personas jurídicas. En este sentido, traemos a colación nuevamente las ideas de Gomez Jara Diez (2011), cuando explica que “es claro que los contenidos de las categorías penales serían diferentes, pero habría una analogía funcional” (citado por González Sierra, 2012). Pues, tras el análisis que haremos a continuación, se podrá vislumbrar que algunos conceptos pueden fundar más de uno de sus elementos estructurales, sin embargo, en esencia, el contenido de la culpabilidad es el mismo. Es lógico que existan matices que se adapten a las características propias de la persona jurídica, del mismo modo que ha ocurrido con otras categorías de la teoría del delito. Sin embargo, ello no obsta a que el concepto de culpabilidad sea aplicable a la actuación de los entes ideales.

V.4.1 Existencia del injusto

Si bien Jakobs (1997) expresa que no existen peculiaridades en cuanto al injusto como elemento del tipo de culpabilidad, creemos útil traer a colación lo explicado por González Sierra sobre este aspecto con relación a las personas jurídicas. Este autor expone la existencia

de teorías dogmáticas que, en resumen, proponen que -en criterio que compartimos- la responsabilidad penal de las personas jurídicas existe, que está consagrada en la ley penal española (en su caso el art 31 bis del CP español¹⁴, cuya redacción es similar al contenido de la 27.401) y que, conforme a los mandatos constitucionales, al ser la persona jurídica un sujeto de imputación, se requiere de una culpabilidad propia, no por un modelo vicarial ni responsabilidad por un hecho de conexión entre su dependiente y la persona jurídica (González Sierra, 2012, págs. 258-259).

Así, en igual sentido que Jakobs, continúa explicando el mentado autor español que la culpabilidad se integra por “1 Injusto personal= Defecto de la Organización 2- Culpabilidad =

¹⁴ Art 31 bis:1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto 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 haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios

Cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad” (González Sierra, 2012, pág. 260). Debemos remarcar que el defecto de organización para la responsabilidad penal implica un defecto en el caso concreto que guarde relación con el resultado. En efecto, Gomez-Jara Diez (2011) remarca que:

Por otro lado, el defecto organizativo debe tener una relación con el resultado lesivo de tal manera que aquel pueda considerarse como su antecedente normativo, esto es, entre el defecto organizativo y el resultado lesivo debe existir una relación normativa de imputación, en donde se estime que la lesión o puesta en peligro tuvo lugar en el riesgo no permitido creado por la persona jurídica, esto es, por el defecto organizativo. (Gómez-Jara Diez, 2011, como se citó en González Sierra, 2012, pág. 264)

De esta manera, al afirmar la existencia de un injusto propio de la persona jurídica -presupuesto de la culpabilidad-, podemos avanzar en el análisis de los demás elementos que integran la categoría en cuestión.

V.4.2 Capacidad de imputabilidad y medidas de seguridad.

Este elemento estructural versa sobre la capacidad de comprender la ilicitud, es decir, si la persona era capaz, consciente al momento de realizar el delito. Conforme el art. 34 inciso 1° del Código Penal queda establecido que quien no podía comprender en el momento del hecho la criminalidad del acto o dirigir sus acciones no será punible, pero en el caso de enajenación se podrá ordenar una medida de seguridad.

Sobre este aspecto debemos destacar que cierto sector de la doctrina ha sostenido la inculpabilidad de las personas jurídicas al carecer de la posibilidad de la autodeterminación, pues ésta “no tiene conciencia y voluntad en sentido psicológico y similar, por tanto, al de la persona física” (Cerezo Mir, como se citó en Donna, 2018, pág. 60). Desde este punto de vista se ha sugerido, entonces, que las penas previstas para aquéllas por la comisión de delitos tienen la naturaleza jurídica de una medida de seguridad. De este modo, explica Rodríguez Estévez (2015, págs. 138-141) que tanto Mir Puig como Silva Sánchez en España entendieron, en virtud del texto legal, que establecía en el art. 129 del Código Penal Español del año 1995¹⁵ que las

¹⁵ Artículo 129. Texto según redacción del año 1995

penas eran accesorias y que tenían una finalidad preventiva. Entonces, sostuvieron que no había necesidad que la actuación de la persona jurídica fuera analizada con los requerimientos del principio de culpabilidad.

Sobre el particular, S. Bacigalupo (1998, págs. 165-168) menciona que Stratenwerth parte de la idea de que sólo las personas físicas tienen capacidad de voluntad y reprochabilidad ya que entiende que la imputación penal comprende una “realización de su parte subjetiva, ya sea el dolo o, en su caso, especiales elementos subjetivos del tipo (...)” (Bacigalupo S. , 1998, pág. 167). De este modo, una vez cometido el ilícito por una persona física, se recurre a un criterio de relación funcional entre esta persona y la persona jurídica y en caso de darse se aplica esta medida de seguridad que, tiene un fin distinto para las personas jurídicas. Este fin de la medida de seguridad propuesto es un fin de prevención general. Aquí podemos apreciar cómo se ha intentado abstraerse del análisis de la capacidad de culpabilidad de las empresas para sortear estratégicamente este obstáculo y poder aplicar, sin aparentes tensiones con los principios y normas vigentes, las sanciones que se han ido legislando.

Al respecto se elaboraron certeras críticas que compartimos, pues entendemos que esta solución es incompleta e ilógica. En primer lugar, se ha puesto de relieve que, a diferencia del texto legal español del año 1995, en nuestro país, ya con el régimen penal tributario que establecía la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁶, no se dispusieron sanciones con el carácter de medidas de seguridad, sino precisa y literalmente como penas. Inclusive, sin perjuicio de que los principios generales se regularon fuera del código penal, la pena de multa está definida como pena en el Código Penal (Rodríguez Estévez, 2015, págs. 140-141). Si bien esta definición fue dada cuando no estaba en vigencia ni en discusión la 27.401, los mismos argumentos pueden aplicarse a ésta, en tanto la 27.401 en su art. 7 define cuáles son las penas

1. El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

- a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.
- b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.
- c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.
- e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.

2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.

3. **Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma.** (el destacado nos pertenece) (Agencia Estatal Boletín Oficial de Estado, Ministerio de la presidencia, justicia y relaciones con las cortes, s.f.)

¹⁶ Ver ley y modificatorias. Resulta de interés señalar que ambos regímenes prescriben penas similares para las personas jurídicas, pero el objeto y alcance de este trabajo es analizar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la ley 27.401.

aplicables a las personas jurídicas y en el art. 1 dice que “la presente ley establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas”.

Por tal motivo no se puede sostener que estas sanciones constituyan medidas de seguridad. En cambio, por las razones expuestas es razonable considerar que configuran verdaderas penas y por ello debe analizarse la capacidad de culpabilidad de la empresa para poder imponérsela.

En segundo lugar, en cuanto a lo propuesto por Stratenwerth, consideramos que su argumento carece de sentido lógico por cuanto parte de la base de que las personas jurídicas son incapaces de culpabilidad, entendiendo que el sistema penal está diseñado sobre una concepción de imputación individual. Por ello, es que entiende que se deben aplicar las sanciones como si fueran medidas de seguridad. El problema es que éstas también están diseñadas con criterios preventivos individuales. En otras palabras:

Sin embargo, cree poder solucionar el problema adaptando el sistema penal existente para sujetos carentes de culpabilidad: es decir, el sistema de medidas de seguridad. Pero, a su vez, se encuentra con que los fundamentos de las mismas, la prevención especial, también están elaboradas para un sujeto con características humanas. (Bacigalupo S. , 1998, pág. 168).

Se sigue de ello que definir a las sanciones para las personas jurídicas como medidas de seguridad no es una solución adecuada, sino que más bien esquiva el problema de resolver la capacidad de culpabilidad de éstas. Así, se ha dicho que “la imposición de sanciones punitivas sin culpabilidad constituiría en definitiva, materialmente, un cuerpo extraño en el Derecho Penal. Éste quedaría desnaturalizado, en esa medida, convirtiéndose en un mero derecho de responsabilidad” (Hirsch, citado por Rodríguez Estévez, 2015, pág. 46).

Por otro costado, en respuesta a la postura de que las personas jurídicas carecen de capacidad psíquica y por lo tanto no tienen capacidad de culpabilidad, cabe recordar los conceptos explicados al desarrollar la capacidad de acción de aquéllas. Al respecto, Gómez Perdiguero (2018) ha explicado que “desde el derecho penal económico, la afirmación de que la persona jurídica actúa no depende de leyes físicas, sino de leyes jurídicas. Jurídicamente, esto sucede cuando las personas físicas (...) que componen la persona jurídica cumplen con normas jurídicas” (pág. 75). Esta afirmación refuta categóricamente todo planteo en rechazo de la capacidad de culpabilidad por carecer de facultades psíquicas la persona jurídica. Pues, el argumento de que no tienen facultades psíquicas implica que no pueden comprender la

dirección de sus acciones no resulta aplicable en tanto que el foco debe colocarse en cuestiones naturales, sino más bien normativas.

Como dijimos, según la postura que aquí sostenemos, la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe ser analizada desde las posturas funcionalistas. Es, justamente, en este punto donde se entrelazan las mismas cuestiones que fueron analizadas en dicho capítulo sobre la aptitud del sujeto de imputación para desenvolverse en la sociedad y en el mundo jurídico. Así, desde el funcionalismo se ha expresado que “En la cuestión de la imputabilidad de una acción se trata de si la acción antijurídica constituye expresión de un déficit de fidelidad al Derecho o si al autor se le puede distanciar de la antijuridicidad de su acción” (Jakobs, 1997, pág. 582). Entonces, valga la redundancia, esta falta de lealtad a la norma debe analizarse sobre la conducta de la persona jurídica, como sujeto de imputación.

Otro fundamento doctrinario que deviene oportuno citar para superar las críticas sobre la incapacidad de culpabilidad del ente ideal, relacionado con la falta de capacidad psíquica de la persona jurídica, mediante las cuales se expresaba que la persona jurídica carecía de la libertad de autodeterminación, fue desarrollado por Gómez Jara Diez. De este modo, González Sierra, quien sintetizó la postura del mentado autor, ha explicado que aquéllas cuentan con su “organización interna compleja” que define como capacidad de autoorganización, autoconducción y autodeterminación” (González Sierra, 2012, pág. 207). Partiendo de esta base concluye que las personas jurídicas cuentan con capacidad de imputabilidad, pues entiende que su imputabilidad se puede analizar desde “la conciencia y comunicación: Igual autorreferencialidad, recursividad y reflexión, por un lado, y por otro, el sistema organizativo: Sistemas que pueden mostrar indicios racionales de autorreferencialidad suficiente, lo que se plasma en sistemas autopoieticos de orden superior” (González Sierra, 2012, pág. 207). De manera coincidente, otros autores han entendido que:

El ámbito en el que se puede ser culpable es, pues, al mismo tiempo, un ámbito libre, de autodeterminación, pero ésta no en el sentido de libre albedrío, sino en el de falta de obstáculos jurídicamente relevantes para sus actos de organización. (Jakobs, 1997, pág. 586).

En este punto consideramos relevante señalar que esta falta de obstáculos para sus actos de organización se vincula con el concepto de “cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad” (González Sierra, 2012, pág. 260), que será explicado a continuación, en relación con la capacidad del ente ideal de motivarse en la norma.

De este modo, como habíamos adelantado, este aspecto de la culpabilidad -analizado desde la teoría normativa- permite aceptar y atribuir responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin crear un nuevo sistema de derecho y superando las posturas que afirman que la empresa carece de libertad de autodeterminación que conlleva necesariamente a su inimputabilidad.

Por otra parte, se ha explicado que la capacidad o incapacidad de imputabilidad de las personas jurídicas se debe analizar de acuerdo a las condiciones propias de cada una de ellas. En efecto, parafraseando a Gómez Jara Diez, se dijo que

(...) solamente las personas jurídicas que tienen la suficiente autorreferencialidad y complejidad interna suficiente pueden ser “sujetos de derecho penal”, pues solamente ellas tienen la capacidad de expresar con sentido “su reprobación a las normas jurídicas”, de tal manera que una persona jurídica pequeña o insuficientemente compleja no podría generar una expresión con sentido lo suficientemente comunicativa. (Gómez-Jara Diez, como se citó en González Sierra, 2012, pág. 266).

Continúa explicando este autor sobre lo propuesto por Gómez Jara Diez que el art. 130.2 del CP español consagra la capacidad de imputabilidad de la persona jurídica. El citado código prescribe -en un sentido similar al del art. 3 de la 27.401¹⁷- que la transformación, fusión, escisión de la persona jurídica no extingue la responsabilidad penal y que tampoco la extingue la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica (González Sierra, 2012, pág. 267). Al respecto, el referido doctrinario señaló que “el CP ha optado inicialmente por un criterio formal (persona jurídica) pero luego, para completar ese criterio, exige también un criterio material (la autorreferencialidad y complejidad suficiente) como es el que la persona jurídica mantenga algo que le da individualidad” (González Sierra, 2012, pág. 267). En virtud de la clara similitud de la norma española con la argentina, consideramos que

¹⁷ Art. 130. 2 Código Penal Español: 2. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella. No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

esta postura dogmática explica también la normativa nacional objeto de estudio y nos permite concluir, entonces, que los entes ideales según la ley local tienen capacidad de culpabilidad.

V.4.3 Posibilidad de conocimiento de la ilicitud (conciencia de antijuridicidad).

En este aspecto de la culpabilidad se analiza si el autor del delito sabía, o debió haber sabido que su manera de obrar configuraba un ilícito penal. Si en la categoría anterior se analizaba la cualidad del autor para poder comprender la norma, aquí lo que se examina es que, si teniendo esa conciencia, esa facultad de comprensión, se pudo motivar en la norma para guiar su obrar sabiendo que su conducta está prohibida. No es determinante que conozca la gravedad de la conducta, sino basta con conocer la desaprobación del sistema penal de este obrar. En otras palabras “no significa que se requiera también el conocimiento de la gravedad de la amenaza: es suficiente que el autor pueda saber que realiza un hecho que está amenazado con pena” (Bacigalupo E. , 1999, pág. 426).

Ahora bien, sobre el particular con respecto a la persona jurídica, se ha dicho que “La búsqueda de la culpabilidad de una persona jurídica debería partir entonces, hipotéticamente, de la constatación de algo así como un “poder organizarse de otro modo”” (Silva Sánchez, como se citó en González Sierra, 2012, págs. 264-265). Ello quiere decir que, la capacidad de motivarse en la norma va a estar definida por las posibilidades, o bien, en palabras de Jakobs (1997): “falta de obstáculos jurídicamente relevantes para sus actos de organización” (pág. 586). Pues, lo que la ley, y por ende la sociedad, espera de la conducta de las personas jurídicas es que éstas se organicen, dentro de su ámbito de actuación de acuerdo a sus posibilidades, de modo tal que no cometan las conductas reprochadas en los artículos ya analizados a lo largo de esta tesis. Y, si lo hiciesen, se les reprochará el no haber adoptado las medidas a su alcance que hubieran prevenido, o detectado y denunciado los hechos de corrupción en las condiciones establecidas por la 27.401. Ello guarda una estrecha relación con el concepto de “exigibilidad” que será tratado seguidamente.

Cabe preguntarse, entonces, cómo se determinará la falta de motivación en la norma. La respuesta a esta pregunta la encontramos en lo explicado por Gómez-Jara Diez, quien ha confeccionado el concepto de “cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad” (citado por González Sierra, 2012, pág. 265).

En esta cultura de incumplimiento encontraremos los motivos, la expresión de la idiosincrasia de la persona jurídica, su historia de vida que dará cuenta si pudo motivarse o no en la norma y si adoptó una actitud sobre su defecto de organización que la llevó a ser merecedora del reproche penal con motivo del ilícito cometido a causa de aquél. Para ello es

fundamental tomar en cuenta su estructura, el volumen de sus operaciones, sus códigos de ética, la eficacia de sus programas de cumplimiento y la adecuación a los riesgos propios de su actividad. Sobre esta proposición se ha explicado que:

Se trata de buscar algo diferente al defecto de organización pero que tenga relación con él, se trata de buscar algo que pueda ser permanente en la organización, algo así como parte de “su personalidad”, y que sea análoga a la capacidad de poner en entredicho el contenido de las normas, su fuerza, sus alcances y su cumplimiento, algo del interior de la persona jurídica que sea capaz de manifestar una desaprobación de la norma jurídico penal (González Sierra, 2012, pág. 265)

Nuevamente, consideramos que hemos demostrado que, desde las proposiciones funcionalistas, podemos guiar el abordaje de la ley 27.401 y que ésta puede ser perfectamente aplicada, sin la necesidad de efectuar una reforma al sistema penal, pues desde la citada perspectiva, las personas jurídicas pueden motivarse en las leyes y su falta de motivación será merecedora del reproche penal prescripto por la ley bajo análisis.

V.4.3.1 Error de prohibición

Tanto en el Código Penal como en la ley 27.401 no hay prescripción alguna acerca del error de prohibición y sus consecuencias, a diferencia de lo que sucede con el error de tipo, que encuentra regulación en el art. 34 inc.1^o¹⁸. El error de prohibición es una suerte de definición negativa de este aspecto de la culpabilidad, pues en palabras de Zaffaroni (1999): “De allí que error de prohibición sea el que únicamente impide la comprensión de la antijuridicidad, sin afectar el conocimiento de los elementos requeridos en el tipo objetivo” (1999, pág. 183).

Como bien sabemos, este error puede ser vencible o invencible. En caso de invencibilidad, no se aplicará pena dado que es contrario al principio de culpabilidad castigar a alguien que no merece reproche ya que obró motivado por un error que no pudo sortear. En cambio, si fuese vencible (es decir, evitable), aunque la ley nada establece, la doctrina entiende que ello se tiene en cuenta por los jueces al momento de aplicar la sanción, siguiendo los

¹⁸ El hecho de que el error de tipo encuentre su regulación en este artículo ha sido objeto de discusiones dogmáticas, pero al exceder este tema el objeto del trabajo no lo hemos desarrollado. A tal fin sugerimos leer Lascano, Carlos Julio: “Derecho Penal parte general libro de estudio”, 2005, págs. 282 y ss.

lineamientos de los arts. 40 y 41¹⁹, aplicándose una pena más cercana al mínimo de la escala prevista para el delito. Al respecto se ha sostenido que:

Lamentablemente, nuestro código no contiene una fórmula general de la culpabilidad disminuida o atenuada, lo que acontece en otros textos, de modo que esa menor culpabilidad operará en nuestro sistema a los efectos de los arts. 40 y 41, sin que le sea permitido al juez estar por debajo de la escala legal. (Zaffaroni, 1999, pág. 221).

Nos compete ahora examinar cómo opera el error de prohibición sobre las personas jurídicas. En primer lugar resaltamos que, en la misma línea que explica Zaffaroni, al carecer de referencias expresas en la ley 27.401, entendemos que en caso de cometerse un ilícito y haber actuado la persona jurídica bajo un error de prohibición corresponde aplicar los mismos lineamientos que rigen en el derecho penal nuclear. Es decir, si el error es invencible no se aplicará sanción penal, mientras que si es vencible, ello será tenido en cuenta al momento de graduar la pena.

Veámoslo con un ejemplo. Podría suceder que la persona jurídica A al momento de fusionarse con el ente B contrate a una consultora para el *due diligence*. Sin embargo, esta consultora, en una conducta difícilmente detectable por la persona jurídica A, le brinda a ella información falsa, creyendo a partir de los datos brindados que estaba comprando una empresa “limpia”. Ciertamente, la vencibilidad o no del error es una materia que deberá establecerse en cada caso concreto de acuerdo a las circunstancias del caso. Para ello se deberá tener en cuenta la “cultura empresarial de cumplimiento o incumplimiento de la legalidad”. Esta particular característica de cada entidad torna imposible dar una fórmula que determine cuál es el límite de la vencibilidad del error, pues, como se ha dicho, “En realidad, la vencibilidad o evitabilidad del error de prohibición es un límite de culpabilidad, es decir un límite de exigibilidad y

¹⁹ **ARTICULO 40.-** En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

ARTICULO 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;
2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

consiguiente reprochabilidad. Por ende, bien sabemos que a ese respecto no suele haber reglas fijas e inmovibles” (Zaffaroni, 1999, pág. 218).

V.4.4 Exigibilidad

La exigibilidad es, en cierto modo, la medida de la reprochabilidad. Determina en qué circunstancias se le puede demandar al autor del hecho el no haberse motivado en la norma y, por ende, no haber obrado conforme a derecho. Vale decir, solamente será posible reprochar una conducta e imponer una sanción penal a aquél que le era exigible motivarse en la norma y no lo hizo. En el caso contrario, no será culpable penalmente por su conducta. Así como hemos mencionado que los límites del error de prohibición no son claros ni estáticos, lo mismo ocurre con la exigibilidad. Pues, en ella se tendrán en cuenta las cualidades individuales de cada autor en el caso concreto y los criterios normativos establecidos respecto de la conducta esperada por la sociedad. Dentro de este marco, la doctrina ha señalado que:

La posibilidad exigible se determina conforme a criterios que el orden jurídico proporciona: el reproche se funda en la disposición interna del autor, que se evidencia en la existencia de una posibilidad exigible de actuar de otra manera, la que se determina conforme a ciertos criterios que la ley señala. (Zaffaroni, 1999, pág. 28)

El concepto de exigibilidad es esencial dentro de la estructura de la culpabilidad porque encuentra su génesis en la idea de libertad del sujeto de imputación. Esta idea de libertad es lo que luego legitimará el reproche, pues, si el sujeto fue libre, y se pudo determinar para cometer el injusto, entonces le corresponde la sanción penal. Si el sujeto no actuó con esta libertad, es lógico, conforme al principio de culpabilidad, que no se le pueda exigir el cumplimiento de las normas, por lo tanto, no merece el reproche penal. Justamente “la idea de exigibilidad responde a la libertad de elección del sujeto y, por ende, el reproche jurisdiccional por parte del Estado se encuentra totalmente legitimado en razón de la capacidad de autorregulación o autodeterminación del imputado (...)” (Rodríguez Estévez, 2022, pág. 16).

En este contexto, debemos analizar cómo se determinará la exigibilidad de la persona jurídica. Como hemos señalado, la exigibilidad es una cuestión a dilucidar en el análisis de cada sujeto en el caso concreto, circunstancia que también es válida para los entes ideales. Ahora bien, la ley 27.401 brinda parámetros generales que definen ciertas conductas, entre ellas los programas de cumplimiento interno y su contenido, que le son exigibles a las personas

jurídicas, cuyo incumplimiento podrá determinar su merecimiento de sanción penal. Dicho programa debe ser adecuado a los riesgos propios de la actividad de la empresa y cumplir con lo regulado en los arts. 22 y 23.

El concepto de exigibilidad presenta un rol trascendental en el análisis de la culpabilidad de la persona jurídica. Rodríguez Estévez (2022, págs. 16-17) entiende que desde esta definición, es posible analizar la conducta de las personas jurídicas mediante un sistema de responsabilidad por el hecho propio, respetando el principio de culpabilidad. Ciertamente, si analizamos este concepto considerando las definiciones que hemos dado de *compliance*, de la imputación objetiva sobre la conducta de la empresa y de la finalidad de la pena en el marco de la presente ley, podemos dar la respuesta a la pregunta de investigación en sentido afirmativo.

Recapitulando e integrando los conceptos ya abordados, cabe recordar que uno de los fines de la ley bajo análisis fue la implementación de estos programas de cumplimiento y la colaboración de las empresas en la prevención de los delitos de corrupción. Asimismo, la ley procura que la aplicación de estos programas no sean una pantalla, sino que sean eficaces. Para ello, brinda lineamientos generales para guiar su incorporación, los que deben ser adecuados al riesgo propio de la actividad de cada empresa. Se advierte, entonces, una exigencia a las personas jurídicas, la sociedad confía en que van a tener estos mecanismos de control interno que no solamente van a prevenir la comisión de los delitos de corrupción mencionados en el art. 1º, sino que, además, en caso de detectarlos una vez cometidos, los denunciarán.

Por tanto, si la persona jurídica no previene el hecho, no lo detecta o no lo denuncia, será merecedora de una sanción penal. Sin embargo, si el ente tuvo un programa de cumplimiento interno adecuado y, pese a ello, el delito se cometió de todos modos y no pudo ser detectado, la empresa no será responsable penalmente, pues no le era exigible la conducta. Ahora bien, si el programa no era el adecuado y la persona jurídica se pudo haber organizado de otra manera será merecedora de reproche penal. Es por ello que adherimos a lo explicado por Rodríguez Estévez al decir que la exigibilidad es la base del sistema de imputación penal por hecho propio. Asimismo, ello guarda coherencia con la finalidad de la pena, pues, se busca mantener la vigencia de la norma. En palabras del nombrado doctrinario:

En efecto, así como en el plano de la culpabilidad individual se fundamentaba el ámbito de libertad de la persona en el plano normativo, no existen óbices para considerar a la persona jurídica como un centro de imputación normativo — aunque carezca de las condiciones psíquicas y psicológicas de la persona para

poder afirmar su libre determinación— que le permitan ser considerada culpable de un delito en términos penales. Así, en un contexto social donde la noción de ciudadano se encuentra estrictamente vinculada a la interacción social, los ciudadanos que deciden organizarse a través de la existencia de personas jurídicas —las cuáles ciertamente cada vez influyen más sobre la vida económica, política y social de las personas-, pueden perfectamente ser destinatarias de reproche jurídico penal en atención a la defraudación de expectativas sociales que lleven adelante, expectativas normativas que les haga exigibles actuar conforme al ordenamiento jurídico vigente. (Rodríguez Estévez, 2022, pág. 17)

A la vez, esta tesis supera la crítica de Zaffaroni expuesta en su voto en el caso *Fly Machine*, ocasión en la que se pronunció en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el cual conformó la disidencia del fallo, en tanto que el voto mayoritario confirmó la resolución de la Cámara Nacional de Casación Penal declarando la nulidad del procedimiento contra dicha la empresa). Sin perjuicio de que se trató de un voto en disidencia, efectuado con mucha antelación a la ley 27.401 y en referencia a una normativa distinta a la aquí analizada - Código Aduanero- (pues la resolución fue dictada en el año 2006 siendo que la ley bajo análisis fue sancionada en el año 2017), este pronunciamiento del referido ministro de nuestro máximo tribunal significó un fuerte precedente al pronunciarse en contra de lo aquí sostenido. Ello es así dado que Zaffaroni (2006, considerando n° 11) dejó en claro que las prescripciones constitucionales impiden la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en los siguientes términos :

Que más allá de lo expresado en torno al concepto de acción, existen otras limitaciones que no hacen viable la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En efecto, una de ellas esta configurada por la imposibilidad de realizar a su respecto el principio de culpabilidad dado que no resulta factible la alternativa de exigir al ente ideal un comportamiento diferente al injusto

precisamente por su incapacidad de acción y de autodeterminación. (Zaffaroni, 2006, pág. 13)

Consideramos que esta objeción ha sido superada tras la sanción de la 27.401. Damos razones. En primer lugar, al igual que Rodríguez Estévez, Zaffaroni entiende que el análisis de la culpabilidad de las personas jurídicas debe tomar como eje el concepto de exigibilidad. No obstante, Zaffaroni entendió que las personas jurídicas no tienen capacidad de acción y de autodeterminación y como consecuencia de ello, no se les puede exigir otro comportamiento, por lo que sancionarlas contraría el principio de culpabilidad. Sin embargo, analizando la ley 27.401 desde una perspectiva funcionalista, hemos demostrado en el capítulo III que las personas jurídicas sí tienen capacidad de acción, y en este capítulo, que también tienen capacidad de autodeterminación. Como consecuencia, entonces, a los entes ideales se les puede exigir un determinado comportamiento y, si su conducta se contrapone a lo exigido, les cabrá el reproche penal.

Tal como hemos ejemplificado en el segundo capítulo, en el caso que la persona jurídica por medio de su directorio tome conocimiento de la comisión de un hecho delictivo de corrupción, o inclusive, para procurar su impunidad, encomiende a un tercero ajeno a la empresa a cometerlo, queda claro que los deberes instituidos no fueron respetados (*v.gr.* no tomar parte en la comisión de delitos, ya sea no ratificando estas gestiones, sea no encomendándolas; contar con un programa de cumplimiento interno idóneo para detectarlos - en el marco de las posibilidades ya explicadas en este trabajo-, denunciar el hecho, entre otras). La conducta antes descripta no se adecúa a la expectativa social, por lo que deberá responder penalmente, en tanto le era exigible evitar que ello ocurriera. Vale decir, pudo haber obrado de otro modo o, en otros términos, debió organizarse de otro modo.

En síntesis, entendemos que hemos podido explicar cómo se pueden articular los conceptos estructurales de la culpabilidad y cómo, tras la comisión de los delitos previstos en la ley 27.401, se pueden determinar aquellos casos en los que la persona jurídica debió haberlos evitado para no incurrir en responsabilidad penal. De este modo, se define la posibilidad de reproche por su conducta y, con la aplicación de la pena correspondiente se dará cumplimiento al fin de la norma, logrando estabilizarla.

V. 5. Conclusiones parciales

Como hemos visto, las teorías normativas desarrolladas permiten una aplicación de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas sin la necesidad de modificar las

categorías de la teoría del delito y respetando el principio de culpabilidad. Si bien la clasificación del contenido estructural de la culpabilidad puede variar, como hemos explicado, los elementos esenciales son los mismos. De este modo se puede sancionar penalmente a las sociedades respetando los conceptos clásicos de imputabilidad, exigibilidad y capacidad de conocimiento de la norma, para poder determinar el merecimiento de pena por el autor del delito.

En resumen, podemos concluir que el principio de culpabilidad tiene jerarquía constitucional. De allí se deriva, entre otras pautas, que no se puede castigar a nadie por un hecho cometido por otro, tal como lo expresa el último párrafo del art. 2 de la 27.401.

Por otra parte, la culpabilidad en sentido estricto, es decir, como la última categoría de la teoría del delito, funciona como un límite, una medida a la imposición de la pena al autor de un hecho ilícito. En efecto, en este análisis se concluye si le corresponde al autor del hecho ilícito un reproche penal por no cumplir con una conducta que le era exigible.

A la vez, la culpabilidad se estructura con un conjunto de condiciones que serán determinadas de acuerdo a la teoría de la finalidad de la pena que se adopte. Éstas tradicionalmente se han clasificado en: la capacidad de comprender la ilicitud (imputabilidad), posibilidad de conocimiento de ilicitud (conciencia de la antijuridicidad) y exigibilidad. Estos elementos estructurales, definidos según las teorías normativas, pueden ser afirmados y analizados respecto de la persona jurídica.

La imposición de medidas de seguridad como alternativa para evitar examinar la imputabilidad no es una solución viable, pues esquivaría el análisis de la culpabilidad de su conducta, siendo que las sanciones han sido previstas con la naturaleza jurídica de una pena propiamente dicha. Por otra parte, en los arts. 9, 22 y 23 se encuentra la base de la cual partir para ponderar la exigibilidad de las personas jurídicas ante los riesgos propios de su obrar en orden a la prevención de su intervención en delitos de corrupción. Es decir, en estas normas se encuentran las disposiciones que determinan los lineamientos generales de la conducta exigida. Por último, si bien la ley no establece cuál es la finalidad de la pena, entendemos que, a partir del estudio de sus fundamentos, ésta es de prevención general positiva y que, en virtud de la especialidad de la ley y la naturaleza de las penas, esta interpretación es compatible con el ordenamiento constitucional vigente.

Tradicionalmente, se han definido como elementos estructurales para determinar la culpabilidad, que el autor del delito sea capaz de comprender la ilicitud de su actuar, que este haya podido ser consciente de que su obrar era ilícito y que se le pueda exigir haber obrado conforme a derecho.

Desde las teorías funcionalistas se puede justificar la aplicación de sanciones penales a las personas jurídicas garantizando el cumplimiento del principio de culpabilidad, es decir, haciéndola responsable por un hecho que puede serle reprochado a título personal por su modo de actuar. Para ello no es necesario reformular la teoría del delito ni prescribir una nueva parte general del derecho penal. A tal fin es trascendente que exista un injusto que tenga vinculación normativa con el defecto de organización.

El desapego a la norma por parte de la persona jurídica no se analiza sobre cuestiones físicas o psíquicas, sino desde una perspectiva normativa. De este modo, las empresas cuentan con capacidad y libertad de auto organizarse, lo que se implica que tengan autodeterminación. De ello se concluye que las personas jurídicas son sujetos de imputación, es decir, cuentan con capacidad de culpabilidad.

El concepto aportado por Gómez-Jara Diez de “cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad” resulta significativo para establecer la capacidad de motivarse en la norma de la persona jurídica y evaluar qué disposición adoptó sobre un eventual defecto organizativo. Se deben ponderar las características particulares de cada empresa y de la actividad desarrollada.

A su vez, la noción de exigibilidad resulta crucial para justificar que la sanción penal a las personas jurídicas respeta la culpabilidad. Así, este concepto, vinculado estrechamente a la idea de libertad del sujeto, da cuenta que las empresas deben cumplir con las prescripciones de la ley 27.401 para satisfacer la expectativa de conducta que tiene la sociedad sobre ellas. Si dentro de sus posibilidades no cumplen con dichas exigencias, serán merecedoras del reproche penal, a título propio.

VI. Conclusiones finales. Capacidad de culpabilidad de la persona jurídica

En este estadio nos encontramos en condiciones de dar respuesta a los interrogantes que motivaron todo el desarrollo de nuestra propuesta. Ambas preguntas planteadas encuentran un factor en común: la responsabilidad por el hecho propio o ajeno. Del examen que hemos efectuado con respecto a la actuación de las personas jurídicas en general y en particular según el texto normativo de la 27.401, abordamos detalladamente cómo debe ser entendida dicha capacidad de obrar para lograr su adecuación a la naturaleza jurídica de la empresa en un modo compatible con los principios del derecho penal.

A tal fin, al comienzo de este trabajo analizamos los distintos sistemas de atribución de responsabilidad a las sociedades. En dicha instancia postulamos lo que ahora reafirmamos en cuanto a que el sistema adoptado por la 27.401 es el de atribución de responsabilidad por hecho propio, siendo éste el único que se supera el test de constitucionalidad. A efectos de dar sustento

a nuestro planteo, tras desarrollar las prescripciones legales para atribuir a la persona jurídica la participación a título propio en la comisión de un ilícito (con independencia de los humanos intervinientes en el hecho), explicamos cómo debe interpretarse el concepto de acción respecto del ente ideal para luego abordar la manera en la que se aplica la teoría de la imputación objetiva. A la luz de esta teoría, interpretamos el artículo 9 de la ley y pudimos concluir razonablemente que la 27.401 en dicho artículo, en conjunción con el 22 y 23 (es decir, a través de los programas de cumplimiento), deja una base cierta como punto de partida para fijar cuál es el ámbito de actuación dentro de los riesgos permitidos y cuáles no lo son. Por otro lado, para complementar el análisis examinamos múltiples tópicos como la finalidad de las penas, con relación a la cual concluimos que, en el caso de la ley bajo estudio, aquella se define según la prevención general positiva, lo cual justificamos que es acorde a nuestro sistema legal.

Por último, a efectos de responder el segundo interrogante planteado, en el capítulo que antecede, desarrollamos el esquema de la culpabilidad como última categoría de la teoría del delito, como así también destacamos la jerarquía constitucional del principio de culpabilidad. Sobre ello ilustramos que un sistema de atribución de responsabilidad penal que no sea a título propio no podrá ser aplicado en nuestro ordenamiento jurídico. Al efecto, demostramos cómo desde las teorías normativas se puede explicar el merecimiento de reproche penal de las personas jurídicas por conductas atribuibles a ellas. En síntesis, podemos decir que, siguiendo el marco normativo analizado, una persona jurídica puede cometer un ilícito y ser merecedora de una sanción penal por un hecho propio. Para ello, su obrar consiste en una omisión conformada por la infracción de los deberes a su cargo lo que genera un defecto en el modo de organizarse. A la vez, el examen del tipo objetivo se completa con la ponderación de riesgos delineada por los arts. 9, 22 y 23 (*compliance program* como autorregulación de la autonomía corporativa) según los postulados de la imputación objetiva. Si no concurren causas de justificación, avanzamos al siguiente escalón de la teoría del delito, es decir, la culpabilidad; en tanto consideramos que hemos justificado cómo es que los entes ideales son sujetos de imputación normativa, se encuentran en condiciones de comprender los alcances de las conductas permitidas y si, pudiendo proceder del modo exigido no lo hicieren, dicho incumplimiento podrá reprochárseles al no haber obrado conforme a la exigencia y serán sancionados penalmente.

De este modo, se garantiza la personalidad de la pena, es decir que de ninguna manera la ley pretende castigar a la persona jurídica por un hecho cometido por un tercero, por más dependiente de ésta que sea. El análisis efectuado nos da como resultado que la conducta castigada por la sociedad es la intervención de las personas jurídicas en la comisión de delitos

cuando éstas podrían haberlo evitado. Al respecto, se pretende castigar que éstas obtengan beneficios de delitos de corrupción, a la vez que se procura incentivarlas a que se involucren en tareas de prevención de los ilícitos y que se erijan como entes que colaboren con la justicia en el esclarecimiento de los hechos criminales.

VII. Bibliografía

- Abraldes, S. (2018). La responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas. En D. R. Vítolo, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas* (págs. 19-100). Rubinzal-Culzoni.
- Agencia Estatal Boletín Oficial de Estado, Ministerio de la presidencia, justicia y relaciones con las cortes. (s.f.). Recuperado el 29 de 01 de 2024, de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&b=182&tn=1&p=19951124#a129>
- Alcuacil Césari, J., & Campos, C. (2019). Art. 24. Contrataciones con el estado nacional. En L. Anllo, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas Programas de integridad (compliance) ley 27.401 comentada* (págs. 269-284). Buenos Aires: Hammurabi.
- Arburola Valverde, A. (18 de 07 de 2010). *derechopenalonline*. Recuperado el 9 de mayo de 2024, de <https://derechopenalonline.com/la-teoria-de-la-imputacion-objetiva-en-el-derecho-penal/>
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho penal parte general, 2º edición totalmente renovada y ampliada*. Madrid: Hammurabi.
- Bacigalupo, S. (1998). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona: Bosch.
- Bernate Ochoa, F. (2019). El "compliance" y la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia. *Revista de Derecho Penal Derecho Penal Económico, 1*, 9-28.
- Borzi Cirilli, F. (2018). Régimen Penal Empresario (Según L. 27401) análisis, debate parlamentario y comparativa con la experiencia española. *La nueva ley de responsabilidad penal de personas jurídicas y el compliance. Análisis de la ley 27401, Suplemento Especial(F4 ej 2)*, 29-42.
- Carrió, A., & Reussi, M. (mayo de 2018). La responsabilidad penal de la persona jurídica. Una norma fundamental que deja más dudas que certezas. *Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria, Suplemento Especial*, 39-52.
- Cesano, J. D. (18 de mayo de 2018). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reciente reforma legislativa argentina. Algunas cuestiones dogmáticas y político criminales de la ley 27.401. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 1-20.
- Dino, C. C. (2019). Imputación Objetiva y "compliance" penal. (E. A. Donna, Ed.) *Revista de Derecho Penal Derecho Penal Económico, 1*, 91-128.
- Donna, E. A. (2018). *Delitos contra la administración pública- tercera edición ampliada y actualizada con las leyes 26.683 y 27.401*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Durrieu, N. (2018). La autodenuncia y otras exenciones de pena. (N. Durrieu, & S. Raúl R., Edits.) *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria*, 141-153.
- Fernández, M. J. (2018). Responsabilidad sucesiva: la debida diligencia en los procesos de transformación societaria y adquisiciones. *Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria, supl. esp.*, 133-139.
- Fly Machine S.R.L. s/ recurso extraordinario (Corte Suprema de Justicia de la Nación 30 de 5 de 2006).
- González Cussac, J. L. (2013). El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *DPyC 2013 (cita online La Ley AR/DOC/1583/2013)*.
- González Sierra, P. (2012). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Granada: Editorial de la Universidad de Granada.
- Grisetti, R. A. (2018). Ley de responsabilidad penal empresaria 27.401. Aproximación al análisis de sus disposiciones. *elDial.com*, 1-21. Obtenido de https://www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseno/v2/doctrina1.asp?id=10513&base=50&t=d

- Gómez Perdiguero, J. (2018). ¿Puede la empresa actuar penalmente? En J. Peralta, & B. Rusca, *Fundamentos del Derecho Penal y delitos de cuello blanco* (págs. 65-77). Córdoba: Alveroni.
- Hernández, H. (Julio de 2010). La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. *Política Criminal*, 5(9), 207-236. Recuperado el 08 de 8 de 2023
- Jakobs, G. (1992). El principio de Culpabilidad. *Anuario Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, 1051-1083. Recuperado el 21 de abril de 2024, de <https://www.studocu.com/latam/document/pontificia-universidad-catolica-madre-y-maestra/derecho-procesal-civil-i/jakobs-culpabilidad-apuntes/90078948>
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal parte general fundamentos* (2° edición ed.). (J. Cuello Contreras, & J. L. Serrano González de Murillo, Trads.) Madrid: Marcial Pons.
- Jakobs, G. (2003). ¿Punibilidad de las personas jurídicas? En E. Montealegre Lynett, *EL funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs* (págs. 325-348). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Komarofky, N. (2017). El nuevo régimen legal de responsabilidad penal de la personas jurídica por delitos que impliquen corrupción . *LA LEY (cita online AR/DOC/3130/2017)*.
- Larriva, W. F. (2018). Consideraciones preliminares sobre compliance en el sector de retail. (R. R. Saccani, & N. Durrieu, Edits.) *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria, Suplemento Especial*, 417-426.
- Lascano, Carlos Julio. (2005). *Derecho Penal parte general libro de estudio* (Vol. 1° reimpresión). Córdoba: Advocatus.
- Masini, M. F. (2020). Análisis dogmático de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con relación a los programas de compliance. *Revista Argumentos*(10), 20-31. doi:10.5281
- Melhem, M. I. (2018). Los procesos de verificación (due diligence) y la transmisión de la responsabilidad en los procesos de fusión y adquisición de sociedades (arts. 3° y 23 inc. VII de la ley 27.401). *Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria, supl. especial*, 123-132.
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal Parte General 10° edición actualizada y revisada*. Barcelona: Reppertor.
- Núñez, R. C. (1999). *Manual de Derecho Penal parte general* (Vol. 4° edición). Córdoba: Marcos Lerner.
- Oliva, J. P. (2012). Criterios de Imputación en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *La Ley (cita online AR/DOC/7854/2012)*.
- Pappa, R. G. (2018). Los pilares y elementos estructurales de la ley 27401. *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria, suplemento especial*, 9-20.
- Rodríguez Estévez, J. M. (2015). *Imputación de Responsabilidad Penal para la Empresa*. Buenos Aires: Euros Editores SRL.
- Rodríguez Estévez, J. M. (01 de abril de 2022). Responsabilidad penal empresarial en argentina: los fundamentos del reproche corporativo. *La Ley España*(9), 1-30.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal parte general. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito* (Vol. Tomo I). (D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, & J. d. Remesal, Trads.) Madrid: Civitas.
- Ruibal, G. (2019). ART 9° EXENCIÓN DE PENA. En L. Anllo, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Programas de integridad (compliance) Ley 27.401 comentada* (págs. 158-164). hammurab.
- Scali, L. (2021). discusiones en torno a los modelos de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas. (I. d. Penales, Ed.) *Revista de Derecho Penal Económico*(2), 253-280.

-
- Vidal Albarracín, G. (2018). La responsabilidad penal de la personas jurídica por hechos de corrupción de terceros: el caso del despachante de aduana. *Sup. Esp. Compliance (cita online LL AR/DOC/1024/2018)*, 99-104.
- Vítolo, D. R. (2018). Nueva ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas. Cuando el congreso sabe escuchar. *Suplemento especial. La nueva ley de responsabilidad penal de personas jurídicas y el compliance. Análisis de la ley 27401*, 13-28.
- Vítolo, D. R. (2018). Penas y Sanciones. En D. R. Vítolo, S. Abraldes, J. De la Fuente, & E. I. Saux, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas* (págs. 491-514). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Vítolo, D. R. (2018). Penas y Sanciones. En D. R. Vítolo, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas* (págs. 515-622). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Zaffaroni, R. E. (1999). *Tratado de derecho penal parte general IV*. Buenos Aires: Ediar.