PUBLICACIONES
AD-HOC

Doctrina

La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Estado actual de la cuestión en la legislación argentina

CAROLINA ROBIGLIO


AD·HOC

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

CAROLINA ROBIGLIO

ADHOC

1. Una vez más sobre la responsabilidad penal de las empresas

El eje en torno del cual han tenido lugar los debates sobre la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha ido cambiando al pasar el tiempo.

Desde la época de las fuertes posturas objetoras de la imputación penal a las empresas sobre la base de diferentes argumentos a los diversos niveles de la teoría dogmática del delito, y de la indudable predominancia del criterio *societas delinquere non potest*, se ha pasado al extremo contrario, y hoy ya prácticamente no se plantean dudas en torno del papel de las empresas como posibles sujetos pasivos de la imputación penal.

Hace unos años hubiéramos dedicado todo este espacio a exponer las diferentes posturas acerca de la vigencia o no de esa regla. Nos preguntaríamos si es conveniente y, en caso afirmativo, por qué penar a las personas jurídicas, y seguramente sostendríamos que no siempre es factible una respuesta penal adecuada cuando alcanza solamente a las personas humanas, si tiene la fuente en delitos cometidos en el ámbito de una empresa. Esto se relaciona con la eventual falta de proporción entre el daño causado por la acción de una empresa y la respuesta estatal penal tradicional dirigida a las personas físicas,

ya que aún si se identifica a las personas que actuaron y estas pudieran ser sancionadas, la medida de esa respuesta que habría de graduarse en función de la culpabilidad de cada una de esas personas humanas, podría presentarse como insuficiente frente a los alcances de la criminalidad económica que la empresa toleró o facilitó; en este aspecto se ha sostenido que las sanciones administrativas no llegan a ser adecuadas a los riesgos generados por la criminalidad organizada, que puede darse en la empresa. Por otra parte, se planteaban las dudas en torno de cómo evitar que una eventual pena aplicada a una persona jurídica alcanzara a sujetos ajenos al hecho, como por ejemplo los accionistas que no tuvieron ninguna intervención ni tomaron la decisión que lo motivó, o de cómo evitar la eventual disolución de empresas con actividad productiva real y útil —por contraposición a las citadas "pantallas" o "cáscaras"— como consecuencia del proceso penal.

Estaríamos comentando las posiciones doctrinarias —que calificaríamos como crecientes— que admiten la posibilidad de penar a las personas jurídicas, y analizaríamos tramo por tramo las objeciones planteadas por quienes se oponen, y las argumentaciones en su favor.

De esa forma, nos centraríamos en reseñar si la persona jurídica es capaz de realizar una acción final en términos de la teoría del delito, efectuaríamos un paralelo con su capacidad de autoorganización, y debatiríamos si es posible que se verifique el principio de culpabilidad, trataríamos de definir a qué se refiere ese concepto cuando se aplica a una persona jurídica, y si la pena cumple sus fines cuando es aplicada a un ente ideal o si se trata de un refuerzo de la pena aplicada a las personas humanas.

Las opiniones que sostienen la incapacidad de acción de las personas jurídicas[1] se han

[1] Bacigalupo, Silvina: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un

AD-HOC

atenuado,[2] se admite crecientemente que en el caso de las personas jurídicas, la acción penalmente relevante existe, y debe entenderse que es la acción realizada por el órgano del ente, en el marco de sus competencias y por lo tanto, realizada ostentando la representación del mismo.

Otro obstáculo teórico para reconocer carácter de sujeto imputado en el proceso penal a la persona jurídica ha sido su incapacidad en lo relativo al principio de culpabilidad, sobre la base de su carencia de ciertos elementos subjetivos como inteligencia y voluntad. Sin embargo, la doctrina ha reelaborado el concepto de culpabilidad, haciéndolo aplicable a personas humanas y jurídicas, exponiéndolo en términos de culpabilidad de organización o por defecto de organización. Tiedemann[3] explica que no es viable admitir una capacidad de culpabilidad del ente si se la entiende en un sentido ético-social o psicológico, pero considera que la culpa por la organización defectuosa es la base de la legitimación para admitir la punibilidad de las empresas y afirma que la culpabilidad de las personas jurídicas debe entenderse como la omisión del órgano de adoptar las precauciones necesarias para evitar que el hecho se cometiera, y garantizar el desarrollo ordenado de la actividad de la empresa.

Una posición más reciente frente a la cuestión de la culpabilidad de los entes ideales, es de Gómez Jara Díez,[4] quien se refiere a la culpabilidad empresaria, relacionándola con el concepto la cultura empresarial de incumplimiento de las leyes; delinea este

AD HOC

problema del sujeto del derecho penal", en García Cavero, Percy: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, pp. 71-99; p. 84.

[2] Hirsch, Hans J.: *Derecho penal. Obras Completas*, t. III, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 116.

[3] Tiedemann, Klaus: *Derecho penal económico*, Grijley, Lima, 2012, p. 235. Véase también Bacigalupo: ob. cit., p. 86.

[4] Gómez-Jara Díez, Carlos: *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas,* BdeF, Montevideo, 2010, pp. 20 y ss.

concepto definiendo al "buen ciudadano corporativo" o la "corporación fiel al derecho", como la corporación que ha institucionalizado una cultura corporativa de cumplimiento del derecho. Esto guarda relación directa con las elaboraciones doctrinarias y las modificaciones legislativas efectuadas para prevenir el blanqueo de activos y más recientemente la comisión de hechos de corrupción, que contemplan la implementación de programas de cumplimiento, sus características, su adecuación al ente y las consecuencias de su adopción o la falta de ella.

En lo relativo a la carencia de sentido de aplicar sanciones penales a las personas jurídicas, que sería otra de las objeciones tradicionales, el fin de prevención general de la pena —entendiendo a la pena como una herramienta para desalentar a otros de la comisión eventual de delitos—, se cumple por igual, aunque actualmente se habla de la función de la pena para contribuir al restablecimiento comunicativo de la norma y reforzar la fidelidad al derecho.[5]

Se admite que las objeciones teóricas se han sorteado y como conclusión en este punto, destacamos el criterio de Righi[6] en el sentido de que es contradictorio admitir que una persona jurídica pueda cometer infracciones administrativas y ser sancionada por ellas —cuestión que no recibe objeciones dogmáticas— y negarlo respecto de los delitos, dada la diferencia no esencial entre delitos e infracciones.

2. Legislación vigente en la Argentina

La situación normativa en la materia en la Argentina es muy particular, porque existen

[5] Gómez-Jara Díez, Carlos: "¿Un nuevo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas? Una respuesta a las críticas planteadas al modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial", en AA.VV.: *Cuestiones de derecho penal y política criminal*, ARA Editores, Madrid, 2010, p. 238.

[6] Righi, Esteban: *Derecho penal económico comparado*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991, p. 260.

AD-HOC

disposiciones legales que datan de diferentes épocas, por las cuales se prevén sanciones penales para empresas, pero están dispersas en diversas normas y su redacción es dispar.

Por otra parte, no se cuenta con disposiciones de naturaleza procesal vigentes en el orden nacional —más que algunas insertas en la ley 27.401—, que prevean de modo general cómo deben cumplirse respecto de las empresas los sucesivos actos que den validez a la imputación, garantizando el ejercicio de su derecho de defensa.[7]

2.1. Código Aduanero

En la ley 22.415[8] —Código Aduanero—, del juego de los arts. 876 y 888 resulta que cuando una persona de existencia ideal sea condenada por alguno de los delitos de contrabando simple, contrabando agravado, contrabando tentado o encubrimiento de contrabando, o la tentativa, entre las sanciones que se enumeran, se prevé el retiro de la personería jurídica y la cancelación de la inscripción, que se agregan a la pena privativa de la libertad que corresponda aplicar a las personas físicas y su destinatario son las personas jurídicas.

También se dispone que cuando una persona de existencia ideal sea responsable del delito, la inhabilitación especial prevista, que puede ser inhabilitación para el ejercicio del comercio, para desempeñarse como agente de transporte, como proveedor de abordo, como importador o exportador, se hará extensiva a los directores, administradores y socios ilimitadamente responsables, salvo que acreditaren haber sido ajenos al acto o haberse opuesto a su realización.

Como se observa, la redacción de estas normas indica que se

[7] Tiene disposiciones de esta naturaleza el nuevo Código Procesal Penal Federal modificado por la ley 27.482, cuya aplicación por el momento ha sido implementada solo en las jurisdicciones de Salta y Jujuy.

[8] *B.O.,* 23/3/1981.

AD-HOC

prevén penas para las personas jurídicas, pero no la forma de realizar la imputación.

2.2. Régimen penal cambiario

El art. 2º de la ley 19.359[9] establece en su inc. f) que cuando el hecho se hubiese ejecutado por los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia de una persona de existencia ideal, con los medios o recursos facilitados por la misma u obtenidos de ella con tal fin, de manera que el hecho resulte cumplido en nombre, con la ayuda o en beneficio de la misma, la persona de existencia ideal también será sancionada con multa; esta pena podrá aplicarse conjuntamente con la suspensión o cancelación de la autorización para operar o intermediar en cambios, la inhabilitación para actuar como importador, exportador, corredor de cambio o en instituciones autorizadas para operar en cambios.

En este caso, pese a lo breve del texto legal dedicado a la imputación de las personas jurídicas, se observan previsiones que no dejan lugar a dudas de que como punto de partida debe establecerse la responsabilidad de las personas humanas por los hechos, y luego, en función del vínculo que estas tuvieren con la empresa, y de las particularidades que pudiera revestir la forma comisiva, sea que el hecho se hubiera llevado a cabo utilizando los medios o recursos de la empresa facilitados por la misma, u obtenidos de ella con ese objetivo, si el hecho se hubiera cometido en nombre o beneficio o en ayuda de la sociedad comercial de que se trate, esta será también destinataria de una multa, que —según sea el criterio adoptado al graduar las penas por los jueces—, puede ser aplicada como pena única, o en forma conjunta con la suspensión o cancelación de la autorización para operar o con alguna

[9] *B.O.,* 10/12/1971; actualmente rige el texto ordenado por el dec. 480/95, *B.O.,* 25/9/1995.

AD-HOC

de las inhabilitaciones enumeradas en la norma.

2.3. Casos incluidos en el Código Penal

Las previsiones de responsabilidad de las personas jurídicas que se encuentran incluidas en el cuerpo del Código Penal, datan del año 2011 y se ubican en los arts. 304[10] y 313.[11]

El primero de ellos alcanza los casos de las diversas formas de blanqueo de capitales, al establecer que cuando los hechos delictivos previstos en el art. 303 del mismo Código, hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad, conjunta o alternativamente, las sanciones que allí se enumeran. Estas son: *1.* Multa de dos a diez veces el valor de los bienes objeto del delito; *2.* Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez años; *3.* Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez años; *4.* Cancelación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad; *5.* Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere; *6.* Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica. Sin embargo, cuando por alguna razón, fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad o de una obra o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por los incs. 2º y 4º.

La norma contiene una referencia a los parámetros para graduar las penas, que tienen lugar sobre la base del incumplimiento de reglas y procedimientos internos,

[10] Artículo incorporado por ley 26.683, *B.O.* 21/6/2011.

[11] Artículo incorporado por ley 26.733, *B.O.* 28/12/2011.

AD HOC

de la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, de la extensión del daño causado, del monto de dinero involucrado en la comisión del delito, y del tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica.

El art. 313 del C.P. reenvía al citado art. 304, cuando se tratare de los hechos delictivos previstos en los artículos que lo preceden, que son los tipos de financiación del terrorismo, uso de información privilegiada, manipulación de valores negociables, intermediación financiera no autorizada, registro irregular de operaciones en el mercado financiero, y cohecho en el ámbito financiero —arts. 306 a 312—, y se determine que hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, caso en el cual se aplicarán las disposiciones previstas en el art. 304 mencionado.

Luego agrega previsiones especiales para evitar que, en estos casos, la graduación de las sanciones afecte a terceros cuando se trate de la condena de personas jurídicas que hagan oferta pública de valores negociables o de personas jurídicas que se encuentren concursadas.

2.4. Régimen Penal Tributario

También la segunda parte del art. 13 del Régimen Penal Tributario (t.s. art. 279 de la ley 27.430[12]), que es aplicable a los delitos establecidos en ese régimen, dispone que cuando los hechos delictivos hubieren sido realizados en nombre o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad, conjunta o alternativamente, las sanciones allí enumeradas. Se trata de las penas de: *1.* Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de cinco años; *2.* Suspensión para participar en

[12] *B.O.* 29/12/2017. La ley penal tributaria incluyó la responsabilidad de las personas jurídicas solo a partir de la modificación que introdujo la ley 26.735, publicada en el *B.O.* el 28/12/2011.

AD-HOC

concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de cinco años; *3.* Cancelación de la personería, cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad; *4.* Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere; *5.* Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona de existencia ideal.

En este caso se prevén también como pautas para graduar las penas, el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica, y se dispone que si fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad o de una obra o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por los incs. 1º y 3º.

2.5. Ley de Responsabilidad Penal Empresaria 27.401

La ley 27.401[13] establece un sistema mixto de atribución de responsabilidad. Repasando los regímenes anteriormente reseñados, se advierte que esto es novedoso. En su art. 2º se prevé lo que denominaríamos responsabilidad transferida, en cuanto dispone que las personas jurídicas serán responsables por los delitos previstos en el art. 1º de la ley,[14] que hubieren sido realizados directa o indirectamente, con

AD-HOC

[13] *B.O.* 1º/12/2017.

[14] El art. 1º de la ley dispone: "*Objeto y alcance.* La presente ley establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, por los siguientes delitos: *a)* Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, previstos por los arts. 258 y 258 bis del C.P.; *b)* Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previstas por el art. 265 del C.P.; *c)* Concusión, prevista por el art. 268 del C.P.; *d)* Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previsto por los arts. 268 (1) y (2) del C.P.; *e)*

su intervención o en su nombre, interés o beneficio. De acuerdo con el texto de esta norma, no solamente la acción del representante legal o apoderado acarreará su responsabilidad penal, ya que se prevé que también será responsable el ente si quien hubiere actuado en su beneficio o interés, fuere un tercero sin atribuciones para representarla, aunque en ese caso se exige que la persona jurídica haya ratificado la gestión, aún de manera tácita. En esos supuestos, dispone la ley que la persona jurídica solo quedará exenta de responsabilidad si la persona humana que cometió el delito, hubiera actuado en su exclusivo beneficio propio, y sin generar provecho para la empresa.

Hasta ese punto, el régimen contenido en la ley 27.401, sería de responsabilidad transferida y, en general, si bien la redacción aborda más aspectos no presentaría diferencias sustanciales con el establecido en todas las otras disposiciones comentadas anteriormente; pero luego se adiciona un régimen de responsabilidad propia, al disponerse en el art. 6º que la persona jurídica podrá ser condenada aún cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que hubiere intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica.

En resumen, de la redacción de esta ley se desprende que habrá responsabilidad de la persona jurídica cuando el ilícito fuera consecuencia de la política de la empresa, es decir realizado en su nombre o representación por quien tenga facultades a ese fin —la intervención del órgano o su representante puede ser en la decisión o en la acción misma—, o cuando el ilícito procurase un beneficio para la persona jurídica, y, realizado por otros sujetos, sus órganos ejecutivos, por acción o por omisión, hayan convalidado lo actuado.

AD-HOC

Balances e informes falsos agravados, previsto por el art. 300 bis del C.P.”.

La técnica utilizada, por la que se atribuye la responsabilidad de las personas jurídicas en los arts. 2º y 6º de la ley 27.401 de manera combinada —transferida y propia respectivamente—, así como las vías distintas de posible extinción de la acción (art. 9º) y las consecuencias de la colaboración útil (art. 16), que podrían utilizar las personas jurídicas —no las físicas—, nos permite suponer que se trata de un régimen en el que se ha procurado como regla que la responsabilidad de las empresas transite caminos diferentes que aquella de las personas humanas, y que sea en principio una responsabilidad transferida, pero también que de manera subsidiaria, en caso de no ser factible la identificación de los autores, se cuente con la herramienta normativa que permitirá juzgar a las empresas separadamente.

En otro orden, debe destacarse que la ley 27.401 tiene varias referencias a los programas de cumplimiento, manuales o instrumentos similares: a su incumplimiento, como parámetro para la graduación de las penas (art. 8º); como requisito para la eximición de penas y sanciones administrativas en caso de denuncia espontánea a consecuencia de la detección interna del hecho ("un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los arts. 22 y 23 de esta ley", según el art. 9º); y también como requisito de los términos de los acuerdos de colaboración eficaz ("un programa de integridad en los términos de los arts. 22 y 23 de la presente ley", establece el art. 18).

AD-HOC

3. Regímenes de imputación

La cuestión sobre la conveniencia, la utilidad o la necesidad de someter a las personas jurídicas al régimen penal, se presenta en el plano teórico primero; la política criminal define los criterios que han de adoptar los legisladores, y cuando estas previsiones se han transformado en normas vigentes, una vez superada aquella discusión doctrinaria, se presenta otro interrogante —al que la doctrina ha dado más

de una respuesta—: se trata de establecer cómo compatibilizar la imputación al ente ideal con los principios que imperan en el derecho penal. Llevando esta problemática a un escenario práctico, debe determinarse qué actos y vínculos deben verificarse en cada caso para que la imputación a la empresa se corresponda con el esquema general, de modo que no se incurra en una imputación maquinal solo basada en el hecho de que la empresa haya estado vinculada con algún acto jurídico en cuyo contexto se cometió un delito.

En ocasiones el propio texto de la disposición legal brinda esa respuesta; en otras la norma no se refiere en absoluto a esta cuestión, como se advierte con claridad por las reseñas hechas en el acápite anterior.

Los dos sistemas teóricos reconocidos más tradicionalmente, han sido de responsabilidad transferida y de responsabilidad propia. El primero suele estar plasmado en la redacción de los textos legales, como delitos cometidos “en nombre…”, “con la ayuda…”, “en beneficio…” de la empresa; esas modalidades se presentan adicionadas a un injusto culpable llevado a cabo por una persona humana. Para que esa acción se conecte con la empresa y genere consecuencias penales para ella, debe existir un nexo; vale decir que si el representante legal o un tercero, según el caso, realizan una acción de esas características, a la que se agrega un beneficio para la empresa y esta tolera o convalida el hecho, cabría la aplicación de penas a la empresa por lo actuado por esas personas humanas.

En estos casos, verificados todos los requisitos, se evaluará la responsabilidad personal de cada uno, y se aplicarán penas a la persona humana de la manera tradicional, acorde a su culpabilidad y luego, acreditado el mentado nexo, se determinará la pena que corresponderá aplicar a la empresa.

El segundo sistema, de responsabilidad propia o por defecto

AD-HOC

de organización, se encuentra en fórmulas normativas del tipo *"es responsable…"*; se trata de la responsabilidad penal basada en la verificación de un resultado al que se agrega una organización empresaria defectuosa que hizo posible la comisión del hecho; se trata de deficiencias del ente, tales como la falta de implementación de controles, tener controles pero solo aparentes o inadecuados, la delegación de funciones o tareas en personas no idóneas, una confusa asignación de tareas, la tercerización de manera defectuosa, la omisión de realizar una adecuada y regular capacitación del personal, o de suministrarle los medios necesarios para cumplir las tareas, etcétera.

Una consecuencia práctica trascendente vinculada a la adopción de alguno de esos modelos, es que el de la responsabilidad por el hecho propio, admite como factible aplicar una pena al ente en respuesta a un hecho cometido en función de su propia personalidad, aún sin identificarse al autor individual. En cambio, cuando se trata de una responsabilidad transferida, para que sea viable la aplicación de penas a la empresa, es imprescindible establecer la responsabilidad penal de las personas físicas —más allá de que en el caso concreto su punibilidad sea posible o no—, además de acreditarse el aludido nexo.

Por la redacción de las normas reseñadas en el acápite anterior, se permite concluir que, aun con sus disímiles formatos, se había adoptado un sistema de responsabilidad transferida para todos los casos,[15] hasta la sanción de la ley 27.401. Ello es así aun con las mentadas distintas técnicas legislativas, e incluso habiendo referencias a manuales de cumplimiento o instrumentos similares, que, por su naturaleza son elementos inherentes en mayor medida a los esquemas basados en la responsabilidad propia del ente. En efecto, en esas

AD-HOC

[15] Esta opinión no es pacífica, véase por ejemplo BLANCO, Hernán: "Responsabilidad penal de la persona jurídica", comentario al art. 304 del C.P., en la *Revista APP*, consultada el 7/1/2019.

disposiciones se prevén consecuencias, por ejemplo, para el "incumplimiento de reglas y procedimientos internos", que es la expresión utilizada en el art. 304 del C.P. y también en el art. 13 del Régimen Penal Tributario, como parámetro vinculado a la graduación de las penas, y posteriormente, la ley 27.401 contiene una expresión igual en el art. 8º, que no deja lugar a dudas sobre cuál es su naturaleza, ya que está encabezado con el título "Graduación de la pena". Por esto se evidencia que las normas citadas atribuyen a ese tipo de instrumentos una función adicional, diferente de la propia de defectos de organización que puede dar lugar a la responsabilidad propia del ente, y que se vincula en regímenes de responsabilidad transferida, con los parámetros legales para la graduación de las penas

Con la ley 27.401, se agregó a nuestra legislación una forma de atribución de responsabilidad que se habría de calificar como mixta, emergente de la combinación de las previsiones contenidas en los arts. 2º y 6º de la ley, siendo el primero de ellos similar a las descripciones contenidas en las otras leyes comentadas anteriormente, pero con el agregado del art. 6º se adiciona al ordenamiento positivo la responsabilidad propia de la empresa también en casos en que no se haya podido identificar o juzgar a la persona humana que intervino en el hecho, aunque este sistema solo se aplicaría en tanto se pueda establecer que el delito no habría podido cometerse sin la tolerancia de los órganos del ente.

AD-HOC

4. El proyecto de Código Penal

En estos momentos existe un proyecto de nuevo Código Penal a estudio en el Senado de la Nación,[16] en el que se prevería la responsabilidad penal

[16] En nuestro país ha habido numerosos anteproyectos de reforma del Código Penal, el más reciente se encuentra en el Senado de la Nación; fue elaborado por la "Comisión para la Reforma del Código Penal de la Nación", creada por el dec. 103/17.

de las personas jurídicas en su parte general, para los casos de algunos delitos taxativamente enunciados.[17]

En el art. 39 se enumeran las penas que se prevén para las personas jurídicas, que serían aplicables alternativa o conjuntamente, y la forma de la atribución de responsabilidad, de acuerdo al texto proyectado, sería similar a la establecida en la ley 27.401. En el art. 38 se prevería que las personas jurídicas privadas de cualquier clase, sean responsables, en los casos expresamente previstos, por los delitos que hubieren sido realizados, directa o indirectamente en su nombre, interés o beneficio. Agrega que también serán responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuera un tercero que careciera de atribuciones para obrar en representación de ella, pero la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuese de manera tácita. Por otra parte, la persona jurídica quedaría exenta de responsabilidad si la persona física que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho para aquella.

También se prevé, en el penúltimo párrafo del mismo art. 38, que la persona jurídica podrá ser condenada aún si no fuera posible identificar o juzgar a la persona que hubiese intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitiesen establecer que el delito no hubiere podido cometerse sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica.

De manera también similar a lo establecido en la ley 27.401, se efectúa una referencia al incumplimiento de reglas y procedimientos internos como parámetro para la graduación de las penas (art. 41.1); se mencionan

[17] Entre los cuales se enumeran: trata de personas, delitos contra la administración pública, delitos contra el orden económico y financiero, terrorismo financiero, narcotráfico, delitos fiscales, delitos aduaneros, delitos cambiarios, tráfico de sangre y órganos, delitos contra el ambiente, delitos contra el patrimonio arqueológico y paleontológico, delitos relacionados con el deporte y delitos contra la propiedad intelectual.

AD-HOC

como posible condición a establecer en los acuerdos de colaboración eficaz, la de implementar un programa de integridad o efectuar mejoras o modificaciones en el preexistente (art. 41.3); y también se alude a ellos entre los requisitos para acceder a la exención de penas y sanciones administrativas al hacer la denuncia espontánea del delito, que la persona jurídica hubiese implementado un sistema de control y supervisión adecuados, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiese exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito (art. 41.2).

5. Problemas que se plantean

Como síntesis del repaso efectuado, se advierte la necesidad de destacar algunos de los puntos aludidos, que sin dudas merecen ser estudiados en profundidad.

1. Aún vigentes normas como las mencionadas del Código Aduanero, que no brindan pautas sobre por cuál de los modelos de responsabilidad ha optado el legislador, se había presentado algún grado de avance coincidente en las elaboraciones, sosteniendo que en nuestro sistema penal la responsabilidad se transfería a la empresa a partir de la responsabilidad de ciertas personas humanas que hubieran actuado en determinadas condiciones. Ello ha sido así a partir de la correspondencia de la redacción del art. 14 de la anterior ley penal tributaria 24.769, el art 13 del actual Régimen Penal Tributario, y del art. 304 del C.P.; sin embargo, la ley 27.401 introdujo un cambio al admitir un sistema combinado, en el que según las circunstancias del caso, podría pasarse del esquema básico de responsabilidad transferida a uno de responsabilidad propia, cuando no sea posible identificar o juzgar a los responsables y el hecho no se hubiera podido cometer sin la tolerancia de los órganos de la empresa.

2. Siendo que la ley 27.401 introdujo cambios en las características de la imputación penal de las personas jurídicas respecto de

AD-HOC

todas las otras previsiones normativas anteriores, cabe preguntarse si las particularidades de esta ley alcanzan también a delitos tipificados en otras normas.

En principio la respuesta sería negativa, porque el art. 1º de la ley 27.401 dispone: "La presente ley establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas… *por los siguientes delitos*…" (destacado agregado), y luego sigue una enumeración taxativa de figuras penales.

En cuanto a lo que se refiere al Régimen Penal Tributario, esa interpretación se vería corroborada ya que el régimen vigente actualmente se estableció por el art. 279 de la ley 27.430, que es posterior a la ley 27.401, sin que se modificasen las previsiones del art. 13 del Régimen Penal Tributario como para adaptarlas al sistema de la ley de responsabilidad empresaria, por lo que la intención legislativa habría sido la de mantener sistemas diferentes.

No obstante, para los delitos tributarios y para todos los que escapan de la enumeración del art. 1º de la ley 27.401, en torno de las previsiones de esta ley que pudieran contener figuras que resulten beneficiosas para los imputados y que no estuvieran previstas en otras disposiciones del ordenamiento, cabe preguntarse si podrían ser aplicadas extensivamente a los casos no contemplados expresamente, como una forma de procurar su solución con una ley más benigna, de acuerdo con la interpretación que impone el principio *pro persona*.

3. Un aspecto derivado del tema examinado, que es de gran actualidad y que merece ser especialmente destacado, es la trascendente función que se ha venido asignando por vía legislativa a los programas de cumplimiento en el ámbito penal.

Más allá de la función propia de estos instrumentos a nivel de administración de empresas y para plasmar la calidad de empresa éticamente comprometida con

AD-HOC

el cumplimiento de las leyes, su función adicional con consecuencias en términos penales comenzó a advertirse hace ya varios años por las previsiones de la ley de prevención del blanqueo de activos.[18] Ahora, en lo que se refiere a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, los legisladores han definido para estos instrumentos funciones diferenciadas. Se adopte alguno de ambos modelos o la forma mixta de la ley 27.401, se trata de un elemento al que las leyes penales asignan funciones vinculadas con la imputación y con la exención o morigeración de la responsabilidad, además de la graduación de las sanciones eventuales, por lo que su importancia en la vida empresaria ya no se vincula solamente con la gestión de los negocios.

Por un lado, el programa tiene su función en el contexto de establecer las características de la organización del ente y de la motivación de la empresa para desenvolverse dentro del ordenamiento jurídico, y consecuentemente, como factor para determinar su eventual responsabilidad penal; luego, la ya comentada previsión del cumplimiento o no de los programas para graduar la pena en caso de dictarse una condena respecto de una persona jurídica; finalmente, también como requisito para el acceso a diferentes institutos como la exención de pena por denuncia espontánea del hecho o como requisito para realizar acuerdos de colaboración con los fiscales (arts. 9º y 18 de la ley 27.401).

4. Una vez definida la política criminal en materia de personas jurídicas, establecidas las disposiciones de esa naturaleza que las rigen, y esclarecido el modelo de imputación, nace un nuevo inconveniente para quienes deben llevarlo a la práctica y las partes de esos procesos: hasta hace muy poco tiempo no se contaba con disposiciones de orden procesal en el nivel nacional que previeran cómo deben

[18] Ley 25.246, *B.O.* 10/5/2000.

AD-HOC

cumplirse respecto de las personas jurídicas los sucesivos actos procesales. Actualmente la ley 27.401 tiene algunas disposiciones y también el Código Procesal Penal Federal que como se dijo, aún no se aplica de manera generalizada.

En otra ocasión hemos destacado la labor de los jueces, defensores y fiscales hace tres décadas ante la falta de disposiciones específicas del Código Aduanero para realizar la imputación de las empresas y sin contar tampoco con normas procesales, resultando un ejemplo de ello el desarrollo que se puede encontrar en los considerandos de las resoluciones dictadas por las diferentes instancias al resolverse el caso "Wakin".[19]

En la actualidad se ha afianzado la interpretación que admite la responsabilidad penal de las empresas, así lo entienden los legisladores, la mayor parte de los autores de la dogmática y también la jurisprudencia, sin embargo, falta aún camino por recorrer para que la aplicación del derecho en ese aspecto sea homogénea.

[19] *Fallos,* 314:775.

AD-HOC