

## Apuntes sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Por Pablo R. Banchio

### Primera Parte

#### 1. Introducción [arriba]

La cultura occidental se constituyó de manera destacada alrededor del escenario marítimo mediterráneo, un mar grande pero de dimensiones accesibles y fácil navegación. Esto contribuyó a que Occidente tuviera posibilidades dinámicas y marítimas vinculadas a la audacia de renunciar a tener piso lo que favoreció el despliegue comercial y la confluencia de diferentes culturas[1]. El aporte de los elementos griego, romano, judeocristiano y luego germano brindó un medio de equilibrio marítimo y terrestre muy diverso de las grandes masas de la territorialidad asiática y africana o de la simple disolución marítima. Este equilibrio cultural marítimo y terrestre fue el que permitió con el paso del tiempo que se instalara el centro de gravedad de occidente en el Atlántico[2].

Ese hombre marítimo descrito por Hegel[3], con el sentido de audacia y dinámica histórica que trae aparejado, desplegó una cultura comerciante y en términos análogos a ambos caracteres, construyó lo jurídico.

De la destreza para dominar la materia y la confianza para manejar la técnica hizo su propio piso y pensó de igual forma al derecho; es decir como adaptación a la satisfacción de sus necesidades, a las que las instituciones particulares que fue creando intentaron dar respuesta. El hombre que hace cosas para satisfacer sus necesidades adecua también el derecho con esa finalidad objetiva y desde allí lo construye. Parte de un mundo conocido (equilibrio tierra agua), lo que tiene, y busca lo que va a tener, haciendo un derecho antropocéntrico tal cual lo necesita.

El derecho penal no ha sido la excepción a esta búsqueda de Occidente ya que ha evolucionado a lo largo de la historia. De la mano del progreso de la cultura y de sus cambios de paradigmas ha ido enfocando su campo de acción poniendo el acento en la protección de diferentes bienes jurídicos que han sido objeto de su tutela.

La Edad Antigua occidental es el tiempo en que comienza la diferenciación entre ser y deber ser, característica de nuestra cultura. Los ordenamientos estaban generalmente referidos a la voluntad de los dioses y el valor más representativo era el orden. Las penas y los sujetos penales giraban entonces en torno a ellos. Cadáver, sepultura, tabú eran conceptos altamente constitutivos; por ende, en busca de ese orden, tanto hombres, animales y objetos de diversa índole eran sujetos de normas, generalmente individuales, de derecho penal.

En la Edad Media, cuando los protagonistas de la historia eran el Estado (principalmente imperial) y la Iglesia y el hombre sólo valía como partícipe de ellos; las comunidades de personas debían necesariamente ser sujetos del derecho penal. El fuerte sentido de pertenencia a la colectividad y de responsabilidad por ella de los pueblos germanos y el sentido divino de la naturaleza humana aportado por el cristianismo centraron el campo de tutela en las agrupaciones y en las personas, desapareciendo otro tipo de objeto y paulatinamente también los animales.

En la Edad Moderna comenzó la incorporación del individuo como un tercer protagonista de la historia cada vez más inclinado a desplazar a los otros dos, hasta que fuerzas vinculadas al racionalismo confluyeron al final de esta Edad con el voluntarismo para adorar el derecho positivizado en nombre de la razón. Entonces, gradualmente fueron desapareciendo otros sujetos penales distintos del hombre hasta consagrarse éste como principio y fin de todo el derecho[4].

En la Edad Contemporánea se va produciendo una clara disolución del Estado en la sociedad civil convirtiéndose en una pieza más de su desenvolvimiento. Esta característica que eclosionó gradualmente a lo largo del siglo pasado la distingue de la actual "post modernidad" donde se produce un debilitamiento de la razón y del sujeto que pasa a ser considerado, en mucho, un producto socioeconómico circunstancial[5].

Consecuentemente con ello, y con la expansión de la actividad económica y el creciente protagonismo del comercio en la vida postmoderna, el derecho penal ha debido ampliar necesariamente su campo de tutela a medida que han surgido nuevos intereses de protección que se extendieron de los bienes jurídicos individuales a los de la sociedad civil. Ello comenzó a manifestarse mediante numerosas leyes especiales que evidencian el proceso actual de descodificación y se refieren entre otros casos, a la vida económica general, a la solidaridad social, a peligros de diversa profundidad para la convivencia social y el amparo del medioambiente, delitos que en un comienzo se llamaron no tradicionales.

A su vez, en tiempos de la globalización postmoderna que facilita la expansión mundial de las actividades delictivas, tiende a producirse una sobreutilización de las formas asociativas a través de personas jurídicas, lo que contribuye aún más debilitamiento del perfil tradicional del Estado, demasiado limitado en el espacio para responder a la economía planetarizada.

Muchas veces hay una minusmodelación de la estatalidad y una plusmodelación de las personas jurídicas y los grupos económicos del ámbito privado, y es lógico entonces que el derecho penal reaccione ampliando su objeto para abarcar dentro del mismo la actividad desplegada por este sujeto de derechos y delitos que es la persona jurídica, que en la forma de sociedad anónima, se ha convertido en el instrumento predilecto de la expansión capitalista. De este modo, el derecho penal complementa la noción de persona consagrada a sus fines y reincorpora a las personas jurídicas al elenco de los sujetos pasibles de sanción.

La globalización abarca una honda modificación de los modelos tradicionales en todo sentido y se debe en mucho al triunfo en la guerra del siglo XX (dos episodios calientes y uno frío) del paradigma anglosajón expresado en las ideas de Occan y Locke de un Estado mero gobierno y protector del propietario sobre el modelo estatal hegeliano, manifestado en forma extrema en el fascismo italiano, nazismo alemán y comunismo soviético, y también respecto de las ideas de Descartes y Leibniz. Una sola lengua y un solo mercado constituyen realidades básicas de un mundo donde los lugares surgen de la economía y no de la situación geográfica natural[6].

No es casualidad entonces que en el derecho penal anglosajón, como simple dato de realidad empírica, se haya impuesto sin más debate la responsabilidad penal a las personas jurídicas, en tanto en el ámbito de la cultura continental la respuesta ha sido diversa no obstante que la Unión Europea propugne su establecimiento en los ordenamientos represivos de todos sus miembros.

La teoría general del derecho se nutre recíprocamente con la historia del derecho y del derecho comparado que a través de ella son comprensibles. Lo común y lo abarcativo del derecho se reconocen mejor atendiendo a sus horizontes temporales y espaciales. Lo que la teoría general

del derecho brinda al conocimiento jurídico en lo material se asemeja a lo que la historia del derecho y el derecho comparado le dan en lo temporal y lo espacial[7].

Por ello, los puntos que abordaremos en las páginas que siguen serán la evolución histórica en la cuestión que nos ocupa, las razones de los cambios de la respuesta penal acerca de la responsabilidad de la persona jurídica, su situación en Argentina y en los sistemas de derecho comparado.

## 2. Horizonte histórico [arriba]

El derecho se desenvuelve al hilo de la finalidad objetiva de los acontecimientos y si bien se proyecta al provenir, la base sobre la que se construye es histórica. Y al igual que el hombre occidental, el presente en que se sitúa y el provenir (destino) que procura construir también forman parte de la historicidad. Sólo conociendo la historia es posible saber cuál es la realidad social sobre la que se constituyen los distintos elementos del mundo jurídico. Desconocerla en cambio, lleva a la incompreensión de los marcos en que se desenvuelven los repartos[8].

Si bien la idea que el delito sólo proviene de la conducta humana, que es el primer elemento de la infracción punible, parece una verdad indiscutida para la conciencia jurídica moderna, ello no fue así a lo largo de la historia. A cada modelo cultural de sociedad le correspondió un tipo de respuesta penal diferente ante el fenómeno delictivo y a la forma de sancionarlo, ya que las conceptualizaciones en torno al sujeto del derecho penal han ido variando en el transcurso del tiempo, obedeciendo al contexto social, cultural y filosófico en que se han desarrollado.

### 2.1 Antigüedad

En el derecho de la antigüedad las entidades colectivas, familia, clan, ciudad, e incluso los animales y los muertos, eran susceptibles de pena y de sanción para servir a la finalidad objetiva de intimidación, realizadora del valor orden que se atribuía al derecho penal. Como consecuencia del principio unilateral de la represión, se perseguía a cualquier agente delictual aun después de su muerte.

En Grecia, que legó a Occidente la sed de sabiduría de la filosofía y las proyecciones antropocéntricas y tensas de su arte[9], los conceptos cadáver y sepultura eran altamente constitutivos con significados vinculados a las raíces mismas de su concepción del mundo.

No es de extrañar entonces que en Atenas se les cortara las manos a los cadáveres de los suicidas, que en Esparta se enjuiciara la memoria de Lisadao bajo la imputación de sedición[10] o que Sófocles relate que Creonte haya mandado dejar insepulto el cadáver de Polinices resentido contra el pueblo de Tebas[11].

También durante el Siglo de Pericles, el Tribunal del Pritaneo juzgaba gravemente a aquel animal u objeto de piedra, hierro o madera que hubiera causado la muerte de un hombre, y se purificaba el territorio haciéndolo transportar más allá de las fronteras de la ciudad. Según la legislación de Atenas anterior a Dracón y por aplicación del Código de Solón, el perro debía ser entregado a quien mordía.

La cultura judeo-cristiana, nacida junto a mares, partió de la fe judía en un solo Dios, enorme, irrepresentable y de cierto modo innombrable, en el que creía todo el pueblo con quien había celebrado una alianza[12]. Desde esta concepción religiosa de lo jurídico, la Biblia nos cuenta los castigos a ciudades (Sodoma y Gomorra) comunidades (los egipcios) y familias.

En el Libro de Josué se relata que los israelitas apedrearon a Acán hijo de Zara y a sus hijos en el valle de Acor, hasta matarlos y luego quemaron sus cadáveres. El Libro II de Moisés habla de la culpabilidad del padre que azotará a los hijos hasta la tercera y cuarta generación[13].

Con arreglo a las normas del Exodo y del Levítico, el buey homicida debía ser muerto a pedradas según el derecho hebreo.

Roma, una cultura superficial que se apoyó en individualidades que pudieron ser unidas por requerimientos muy poco exigentes (de pago de tributos y de culto al emperador) adquirió y reelaboró culturas que le eran ajenas por lo que no varió en considerar a los muertos y los animales como sujetos del derecho penal.

Durante el Imperio adquirieron un notable desenvolvimiento la propiedad privada y libertad de contratación en torno a las que se organizó el Derecho. Si bien no se conoció la figura de la persona jurídica, se otorgaron con finalidades prácticas ciertos derechos a determinados conjuntos de individuos a los que, en consonancia con ello, se los consideró sujetos del derecho penal.

En la ley de las doce tablas se distinguieron diversas épocas en referencia a los animales y las cosas; primitivamente ambos eran considerados sujetos penales, luego se los tomaba simbólicamente como objeto de herir la imaginación del pueblo y finalmente el animal sólo era abandonado a título de indemnización.

En lo que respecta a la consideración que el derecho romano hacía de la capacidad penal de las personas jurídicas, Savigny y Gierke son contestes, en este aspecto, al sostener que no pueden cometer delitos ni ser castigadas corporativamente. Mestre sostiene lo contrario[14] al igual que Bacigalupo tímidamente apoyada en Schmitt[15].

La ley 9, § 1 del Digesto *quod metus causa*, 4, 2 tomada de Ulpiano, supone que las *universitates* pueden cometer delitos como un extremo indiscutible desde el punto de vista del *metus*[16]; y el parágrafo 3 de la misma ley, que constituye una aplicación de esos principios, presume también que los *Campani metu illato* podían arrancar una obligación al fiador[17].

La ley 15, § 1, *de dolo*, 4,3 tomada también de Ulpiano contiene otro ejemplo de responsabilidad penal de un grupo por dolo. El colegio de los decuriones, que para el jurisconsulto romano -bajo el nombre de curia, decuria o decuriones- era una *universitas*[18] fue considerado por este precepto como capaz de dolo[19].

Plutarco a su vez, nos refiere que en ocasión del homicidio de un ciudadano romano, la comunidad acusó a toda la ciudad, ni más ni menos como se hubiese tratado de una sola persona privada, empero la ciudad ganó la causa porque la comunidad del pueblo no era de ningún modo culpable[20]. Se trata aquí de un proceso formal contra la ciudad de Queronea que Plutarco describe casi con los mismos términos usados por Platón al comparar la ciudad con el individuo[21].

Gierke al referirse a este relato (verdadera refutación de su doctrina) dice que Roma conoció el delito y la pena de la *universitas* solamente en el *ius gentium* (derecho internacional) haciendo notar las posteriores atenuaciones de esta doctrina. Igualmente toma a Ulpiano citando otro texto suyo que para él implica la irresponsabilidad penal de la agrupación. Es sobre todo la ley 15, § 1, Digesto *de dolo*, 4.3, la que le suministra su principal argumento[22]:

Curiosamente Bacigalupo, siguiendo a Schmitt, se basa en el mismo texto para sostener lo contrario y afirmar que el jurisconsulto romano sostuvo la posibilidad del ejercicio de una acción penal contra el municipio cuando el recaudador de impuestos engañó a una persona enriqueciendo al mismo tiempo a la ciudad (*actio de dolo malo*). Como resultado, los habitantes de la ciudad debían devolver lo obtenido ilícitamente por medio de la acción de los recaudadores[23].

Mestre se encarga de refutar con buenos argumentos las tesis de Gierke basándose en que Ulpiano escribió a principios del siglo III cuando la asamblea de los ciudadanos había perdido casi todas sus atribuciones (con la consecuente imposibilidad material de causar un perjuicio por dolo) pasando todos los poderes al colegio de decuriones contra los cuales la acción de dolo, como vimos, era posible y está reflejado en la Ley 15 § 1, Digesto *de dolo*[24]:

Savigny, a su vez, manifiesta que la *accion quod metus causa* puede ser intentada contra una persona distinta del autor de la violencia y contra terceros para reparar el daño[25]. Cree entonces que a pesar de la Ley 9, § 1, Digesto 4, 2, la *universitas* no puede hacerse culpable del delito de *metus*[26], y que si la ley 9, § 8 contiene un ejemplo de la *accion quod metus causa* contra una ciudad, ésta es responsable, no como autora del *metus*, sino en situación de reparar el daño. Sin embargo, la interpretación de Mestre parece suponer que el delito de *metus* -ya se cometa por un individuo o por una *universitas*- es únicamente como verdadera autora del delito por lo que esta última puede ser perseguida[27].

Más tarde, una novela de Majoriano publicada en el año 458 en su Título 7 prohíbe condenar a las curias a una pena corporativa *nunquam curiae a provinciarum rectoribus generali condemnatione mulcentur*[28]. Esta disposición fue dictada apenas dieciocho años antes de la caída de Roma en una época en que las instituciones municipales habían caído completamente y el Imperio se mantenía sólo de nombre; además no se refiere más que a una sola especie de personas jurídicas, las curias, y deja intactos los principios de la ley 9, § 1 con relación a cualquier otra *universitas populus, curia, collegium y corpus*.

## 2.2 Alta Edad Media

La caída de Roma y la irrupción en el antiguo territorio del Imperio de los pueblos germanos (guerreros) que deambularon por sus regiones, produjo en el primer período medieval (hasta el año 1000) el repliegue de los hombres en su propio espíritu, sostenido por la referencia de Dios, y en las colectividades a las que pertenecían -familia, clan, ciudad- acentuado por la contribución germánica de fuerte individualidad en la comunidad[29].

Durante esta etapa continuaron aplicándose penas a los animales e incluso existieron abogados especializados en su defensa. Respecto de los muertos, la influencia del cristianismo hizo que ellas fueran desapareciendo gradualmente no obstante algunas esporádicas aplicaciones.

En este sentido, conforme a las constituciones del Sínodo de Valence, los muertos a consecuencia de un duelo quedaban privados del sepelio eclesiástico y de las oraciones mortuorias. San Luis, rey de Francia, estableció la pena de multa para el suicida, ejecutándose la sanción mediante la confiscación de los bienes del difunto en provecho del señor feudal.

Durante el reinado de Felipe el largo, se aplicaron penas corporales contra los muertos, quemándose los cadáveres a título de castigo[30].

La responsabilidad criminal de las agrupaciones de personas ocupaba un lugar de relativa trascendencia en el sistema de sanciones de los primitivos germanos. La venganza de sangre constituía la reacción penal típica, la cual recaía con frecuencia sobre cualquiera de los que integraban la *Sippe* (familia) a la que pertenecía el autor que había cometido la ofensa

Las penas por los delitos más graves trascendían la persona del autor para trasladarse a los miembros de la familia que integraba mediante la imposición de sanciones como el destierro, la privación de sus bienes o también de ciertos derechos. Se esperaba que el amor a los hijos o a los padres sirviera de contrapeso a las tentaciones criminales cuando fallase el instinto de la propia conservación.

Estas costumbres se trasladaron al derecho medieval de los distintos pueblos germánicos admitiéndose ampliamente la solidaridad criminal, aun incluso antes del reconocimiento como categoría jurídica de los entes colectivos. Conforme las Leyes de Eurico (467-485), los visigodos se dividían en decenas y centenas y en caso de comisión de delito por parte de un miembro de la comunidad, los demás integrantes ligados de recíproca responsabilidad debían detener al infractor o contribuir al pago de la composición[31].

Esta responsabilidad que aparece entre los francos, los bohemios y en algunas ciudades italianas es recogida por la Bula de Oro (1002) que también impone penas a las corporaciones[32].

En Inglaterra el sistema usado era el de la *view of frank pledge* por el cual cuando un individuo cometía un crimen se exigía la reparación a su familia o a su clan. Mas tarde, bajo la influencia germana de los sajones, se impuso a todos los hombres la asociación en grupos de diez y cada miembro del grupo respondía de la buena conducta de los demás, en un caso de responsabilidad colectiva aunque no corporativa[33].

En España algo parecido era recogido por el Fuero de León, para el supuesto en que se impusiese a un sujeto una pena pecuniaria, respondería por ella solidariamente la ciudad a la que perteneciese, con la finalidad de que no se pudiera alegar insolvencia o desconocimiento del paradero del autor. Este precepto se encontraba en los fueros de Cuenca y, aunque limitado, en el de Castilla. El fuero de San Miguel de Escalada responsabilizaba al jefe de familia por los delitos cometidos por las personas que vivían en su casa[34].

### 2.3 Baja Edad Media y Edad Moderna

El mismo panorama se presentó durante la Alta Edad Media hasta que las necesidades prácticas que enfrentaron los canonistas para explicar el fenómeno real de la organización de la Iglesia (cuyos derechos no pertenecían a los fieles sino a Dios) los llevaron a desarrollar lo que conocemos como el comienzo de la teoría de la personalidad jurídica. Según este concepto la persona jurídica sólo tenía una existencia ficticia, una vida fingida. En este principio se basó toda la doctrina de entonces.

Con la finalidad de evitar que el castigo a las ciudades adictas al Emperador (Federico II) que se rebelaban contra el Papa recayera sobre todos y cada uno de sus miembros, culpables o no, se elaboró el principio de individualidad de la pena, *delictum personae non nocet ecclesiae* (el delito de un individuo no puede tener como consecuencia la condena contra un grupo).

Para poder justificar este axioma, la *universitas* era tratada como un *individuum fictio* (persona ficticia), *cum collegium in causa universitas fingatur una persona*; por lo tanto, no tenía capacidad de acción y por ende tampoco capacidad delictiva: *impossibile est, quod universitas delinquat*. Por ello, la *universitas*, al igual que un ser sin alma, tampoco podía ser excomulgada. Es el origen del axioma *societas delinquere non potest o*, expresado también de otro modo *universitas delinquere nequit*.

El canonista medieval Sinibaldus Fliscus o Fieschi, consagrado Papa en 1234 con el nombre de Inocencio IV, desarrolló esta formulación doctrinal en *Apparatus (Commentaria) in libros quinque decretalium*[35], donde consagró la máxima referida en una Decretal de 1244 manifestando además *peccata suos teneat auctores* (que cada pecado tenga su autor) lo que constituye a su vez el principio de la culpabilidad[36].

A partir de ese entonces la persona jurídica comienza a ser considerada como una persona ficticia, punto de partida de la teoría posteriormente desenvuelta y sistematizada en el siglo XVIII, rechazándose para sus seguidores la responsabilidad criminal de las personas jurídicas ya que consideraban que en los casos de comisión de un delito en el seno de una persona jurídica la responsabilidad penal alcanzaba únicamente a las personas físicas que actuaban por ella.

Empero, debido a la relativa desorganización del Imperio y a la diversidad de fuentes predominantes en el derecho europeo occidental, en los siglos posteriores, sin derrocar el criterio de la ficción, continuó aceptándose el hecho de responsabilizar a las personas jurídicas. No es de extrañar que los glosadores, para quienes la *universitas* estaba formada por la suma de sus miembros, encontraran más facilidades para edificar la doctrina afirmativa de una cierta responsabilidad en determinados delitos, con una posición intermedia que no abjuraba totalmente de la ficción, pero que al mismo tiempo aceptaba la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas.

Los postglosadores distinguieron entre los delitos cometidos por los miembros de la corporación, aun actuando como representantes de la *universitas* y los cometidos por esta última en forma propia, siendo éstos los únicos por los que se puede sancionar a la persona colectiva.

Esta teoría, y su larga práctica que se extendió hasta el siglo XVIII, fue desarrollada en particular por Bartolo de Sassoferrato, quien al referirse a la ley 16, parágrafo 10, del título 19, Libro 48 del Digesto, fundamentaba del modo que reseñamos la capacidad delictiva de la *universitas*.

La correspondencia entre estas ideas y la práctica del derecho determinó la subsistencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas durante el resto de la Edad Media y la Edad Contemporánea.

El derecho francés estuvo siempre dominado por esa concepción. El rey y el parlamento de París infligieron en muchas ocasiones penas corporativas a las ciudades. Así a Tolosa en 1331, Montepellier en 1379[37] y Burdeos en 1548[38]. El propio parlamento de París declaró su culpabilidad por la falta de sus Regidores, y fue sancionado con confiscación de su patrimonio en beneficio del Rey. Incluso la Sorbona fue condenada por sentencia del Parlamento de París, del 4 de Diciembre de 1561. La Ordenanza de Procedimiento Criminal de 1670 en su Título XXI, art. 1º, se ocupaba de la forma de procesar a las comunidades de las ciudades villas y aldeas, cuerpos y compañías[39].

En la jurisprudencia inglesa, la posibilidad de la represión colectiva que se admitió desde los tiempos medievales perduró en la Edad Moderna. Con respecto a los muertos se conoce el caso de Cromwell, cuyo cadáver fue ahorcado por orden de Carlos II.

En Alemania, el Espejo de Sajonia (*Sachsenspiegel*-1274) recogía esta responsabilidad colectiva contrariando al Papado. En propio Derecho canónico establecía el *interdictum locale* lanzado contra un Estado, diócesis o ciudad como una pena grave que fue usada infinidad de veces.

En España, la Novísima Recopilación (lib. II, t. I, ley 11) recoge la prohibición de Carlos V y Juana de Castilla a los jueces eclesiásticos de poner entredichos en los pueblos por deudas aun cuando fuese mediante bulas. Contemplando cierta reminiscencia de las leyes del Estilo los Usatges de Cataluña continuaron estableciendo la responsabilidad colectiva, en tanto Las Partidas (7ª, 31, 9) establecían que el delito de traición importaba el desheredamiento de los hijos del autor[40].

## 2.4 Edad Contemporánea

La Edad Contemporánea, en gran medida continuadora de los últimos siglos de la modernidad, trajo aparejada la consolidación de los estados nacionales, declarados absolutos y soberanos que requerían la irresponsabilidad en lo interno y externo, adoptando respectivamente las ideas de Hobbes y Bodin. Estas influencias determinaron que, tanto en la doctrina como en la legislación, se restableciera en plenitud el criterio de la ficción y se impusiera la idea de la responsabilidad individual, ahora con un nivel de elaboración filosófica muy elevado con relación a la formulación clásica de Inocencio IV y que se deberá en mucho a la obra de los pandectistas alemanes Savigny, Puchta y Windscheid.

Sumado ello al auge de las ideas individualistas y su consagración política con el triunfo de la Revolución Francesa, significó en derecho penal el reconocimiento de la persona natural como la sola capaz de dirigir y controlar su comportamiento y, por tanto, de ser declarada culpable. Siendo la culpabilidad la base indispensable de la pena, único medio de reacción penal admitido entonces, ésta sólo podía ser impuesta a la persona natural.

De esta manera, se excluyó a las agrupaciones de individuos constituidas formalmente del ámbito del derecho penal. Se puede decir que el reconocimiento verdadero, tal y como se concibe en la época actual, del principio *societas delinquere non potest* supone una herencia de la Revolución Francesa. Este movimiento, inspirado en las ideas burguesas de libertad absoluta de comercio jamás hubiera podido restringir la actuación de las nacientes sociedades comerciales en los albores del capitalismo.

Inspirada en las ideas de Rousseau, para quien todas las corporaciones se fundían en el Estado[41], para impedir la supervivencia del *Ancien Régim* y como forma de poner fin a los abusos de la nobleza que poseía bienes bajo formas societarias regidas por un estatuto comercial subjetivo con privilegios corporativos, a instancias de Mirabeau y Touret el principio de la ficción que consagró el acto de comercio como objeto del *Code de Commerce* de 1807, terminó plasmándose en el Derecho Penal moderno con su codificación en 1810[42].

En Alemania, donde el Estado, nutriéndose de las ideas de Fichte se consolidó en forma tardía bajo la influencia prusiana, -de cuyo Consejo Savigny era ministro-, la noción de irresponsabilidad social basada en la ficción, alcanzó su punto más alto con el Código Penal Alemán que, aunque tardío, fue calificado como un código hecho por profesores para profesores debido a su abstracción y calidad técnica logradas mediante las categorizaciones dogmáticas. La influencia kantiana, inspiradora del Código Civil Austríaco, fue decisiva para excluir la punición de las personas ideales ya que la pena estaba orientada a la personalidad moral del hombre.[43]



Esta posición dominante desde fines del siglo XVIII, en la que la responsabilidad era considerada como más respetuosa de la naturaleza de la persona humana, fue principalmente respaldada e impulsada en el derecho penal por Feuerbach quien, respondiendo a la filosofía del derecho natural apriorista nacida en aquella época, postulaba que sólo al individuo que delinque es factible sancionarlo con una pena.

La idea rectora configuraba al delincuente como un sujeto éticamente responsable y libre que se levanta una mañana y decide voluntariamente infligir el orden. De ahí, que el delito se definiera como la manifestación de la voluntad mala y reprochable. Esta afirmación tiene como presupuesto la existencia de esa voluntad libre; para formar el gobierno, para contratar y para delinquir. La culpabilidad era concebida entonces como culpabilidad de voluntad[44].

Consecuentemente, la teoría del delito se desarrolló como una teoría de la imputación de acciones. Este punto de partida implica que sólo el hombre puede cometer un delito por gozar de libre voluntad y ya no los animales, los cadáveres o las corporaciones. Por lo tanto, sólo es imputable un delito si se puede imputar a un sujeto. El Derecho Penal a la luz de estas ideas se configura como la distinción entre sujetos libres y no libres[45].

Como reacción a esta concepción aparece en materia penal la teoría del bien jurídico elaborada por Birnbaum, que permite una mayor amplitud ya que, según la misma, el objeto propio del delito es un bien y no un derecho subjetivo. Ello da lugar al nacimiento del positivismo, que presenta además una nueva concepción de la sociedad que ya no es la sociedad de los hombres individuales ni la del contrato social[46].

A partir del desarrollo que le brinda Ihering, la teoría del bien jurídico adquiere una importancia trascendente[47]. Para el profesor de Göttingen, la sociedad se concibe como una persona ideal, lo que conduce a replantear el problema del sujeto. Esto permite configurar tres tipos diferentes de seres animados: los animales, las personas y la sociedad. Descartando los animales, también serán de ahora en más sujetos del derecho los conjuntos de personas, toda vez que el mismo derecho permite que éstas se agrupen como personas jurídicas[48].

En las postrimerías del siglo XIX, esta misma idea permitió sostener que las personas sociales tenían voluntad y que la expresaban de igual forma que las personas individuales. Otto Gierke, mostrando cierta inclinación por el medioevo alemán y desconfianza a la antigua Roma, prefiere elaborar una doctrina basada en la realidad que define como históricamente oportuna y genuinamente alemana partiendo de la crítica formulada por Beseler a Savigny[49]. A esta nueva teoría adhieren varios pandectistas (Regelsberg y Dernburg), jurisconsultos franceses (Mestre) y británicos (Freund). Sienta las bases que darían sustento doctrinario a la justificación sobreviniente en la etapa posterior.

Se produce una nueva flexibilización en torno a la idea del sujeto del Derecho Penal, cuyo resultado no será la aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero se empieza a pensar en dos tipos de sujetos diferentes: los culpables y los no culpables, a los que se les debería aplicar una medida de seguridad. De ahí que una de las soluciones que se ofrecen para el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sea la aplicación de una medida de seguridad, al menos para aquellos autores que reconocen como mínimo la existencia de capacidad de acción de las corporaciones, como el mencionado Mestre, Hafter, Saldaña, von Liszt y Busch.

En este sentido, el primer esquema dogmático de la teoría del delito que surge a partir de 1881 por la obra de von Liszt plantea un nuevo horizonte del Derecho penal, según el cual el Estado y el Derecho existen a causa del hombre. Por ello sostiene, junto con Ihering, que el Derecho

Penal tiene que proteger intereses y que para esa protección el Derecho ha creado la sociedad. El delito se define como un fenómeno natural y la acción es la humana y voluntaria. No se renuncia al elemento de la voluntad, pero se lo concibe desde puntos de vista deterministas. Los elementos de la teoría del delito son la modificación del mundo exterior, ello es antijurídico, y la necesidad de un elemento subjetivo constituido por la culpabilidad en la forma de dolo o culpa[50].

## 2.5 El tránsito a la Postmodernidad

El fin de la Edad Contemporánea está marcado por el auge del capitalismo y la fuerza expansiva de la sociedad anónima como uno de los motores de la aceleración del curso de la historia. El derecho comercial dejó de ser el derecho objetivo del acto de comercio para retomar su carácter subjetivo inicial, no ya con el comerciante, sino con la empresa. Como principio básico del capitalismo económico, el Estado se limitó a desempeñar un papel de protección con las premisas que sancionaron las legislaciones liberales de comienzos del siglo XIX que perduraron hasta mediados del XX.

En esos momentos, totalmente consolidado el desarrollo del capitalismo en su aspecto comercial, éste fue dando paso a la fase del capitalismo financiero, con la transnacionalización del comercio, de las grandes corporaciones multinacionales, de la desmaterialización de los títulos de crédito y de la propiedad en general. Comenzó a producirse un cambio en los criterios de responsabilidad penal de las personas jurídicas debido, particularmente, a su notable crecimiento, a su intervención en todos los aspectos de la vida de la comunidad, no sólo económico sino también social y cultural y justo es reconocerlo, debido al creciente auge de la criminalidad en los llamados delitos económicos, o de cuello blanco según el nombre que se debe a Sutherland[51].

Entonces se desarrolló un incipiente movimiento doctrinario que, retomando las teorías de la realidad y multiplicándolas en diferentes vertientes[52], propugnó la sanción material de las personas sociales. Esto encontró rápido eco en todos los sistemas privados, tanto civil como comercial y laboral; no así en el ámbito penal, en el que chocó con los problemas de limitación dogmática antes vistos, a pesar de lo que tuvo recepción más o menos amplia en gran parte de los ordenamientos.

El derecho occidental anglosajón, más aferrado a la experiencia que a la razón “razonada” de los alemanes y a la razón “mandada” de los franceses[53] no ha tenido ningún problema en responsabilizar penalmente a las personas jurídicas basado en finalidades prácticas y de orden social.

En el derecho continental, en general se han elaborado tres modelos diferentes para dar respuesta al problema. Como continúan vigentes los postulados dogmáticos de influencia germánica, algunos sistemas jurídicos penales niegan la posibilidad de responsabilizar a las personas morales. Bélgica, Grecia, Luxemburgo, Portugal y Suiza casi absolutamente; Alemania, Austria, Dinamarca, Italia, Polonia y Suecia que tienen el principio de culpabilidad plasmado en sus constituciones postulan su punibilidad sólo a título contravencional trasladando el problema del ámbito del derecho criminal al del derecho penal administrativo al igual que Argentina.

España, reflejando su dualidad al igual los personajes cervantinos[54], ha consagrado una especie de *tertius genus*, ya que ha establecido la utilización de medidas de seguridad. Finalmente quienes consagran la responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante la aplicación de la teoría del delito tradicional en los entes colectivos son Francia[55], Holanda (la

razón mandada) y Dinamarca y Noruega (bajo la influencia de las escuelas del realismo escandinavo).

En las postrimerías del siglo recientemente pasado, tanto autores españoles (Silvina Bacigalupo, Zugaldía Espinar y Silva Sanchez, entre otros), portugueses y alemanes (Tiedemman, Hirsch, Ackermann[56]) han replanteado la vieja polémica a la luz de las directivas europeas que aconsejan este tratamiento; ya que, a partir de principios de 1996, la Comisión de Bruselas ha fomentado introducir en las legislaciones nacionales de la Unión Europea la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

### **3. Teoría general de la responsabilidad penal de las personas jurídicas [arriba]**

Como planteáramos en la Introducción, que el derecho penal haya debido ampliar necesariamente su campo de protección acompañando el surgimiento de nuevos intereses de tutela provocó la discusión sobre la legitimación material del mismo aplicado a la actividad económica, debiendo replantearse los nuevos fines de la política criminal y su compatibilización con las estructuras tradicionales de la dogmática penal.

Empero ello, en cuanto al fondo de la discusión, la elaboración por la dogmática de los planteos teóricos referentes a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no ha cambiado mucho, observándose que la misma continúa centrada en tres argumentos principales que se esgrimen en contra de su capacidad criminal: su incapacidad de acción, su incapacidad de culpabilidad - estrechamente vinculado con la personalidad de las penas-, y el problema de la clase de sanciones que serían aplicables a las personas jurídicas ya que la pena, por esencia, está orientada sólo al hombre[57].

Para el análisis que sigue tendremos como definición de delito a la acción típica, antijurídica y culpable, como una fórmula que tiene vigencia hasta hoy, pese a diversas variaciones formales en las palabras que la integran (a lo que debe agregarse alguna mutación del contenido de cada uno de los términos).

La caracterización a que estamos aludiendo viene a constituirse en el común denominador de los autores modernos, sea que ellos sustenten la teoría causalista, la de la acción final o el funcionalismo (radical) de Jackobs o (moderado) de Roxin[58]. Es cierto que un pequeño grupo modifica algunos de los términos o los reemplaza por otros que considera más expresivos o exactos y que otros agregan nuevas características, pero la tendencia claramente dominante emplea las cuatro notas que indicamos.

El problema de si el concepto expresado en los cuatro vocablos señalados constituye una definición nominal o material de delito queda fuera de discusión en este trabajo; pero desde ahora podemos anunciar que lo que debe buscarse como fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un concepto adecuado a la finalidad objetiva de la especie.

Ciertamente que la comprensión cabal del concepto no puede darse mientras no se explique el significado de cada una de sus notas, lo que haremos de manera sucinta para analizar junto a cada una de ellas las teorías que postulan, valiéndose de las mismas nociones analizadas, la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La conducta humana es el sustrato básico del concepto de delito; en ella se insertan y sostienen todas las demás características (típica, antijurídica y culpable). Resulta así que éstas pasan a convertirse en predicados de esa conducta, la cual adquiere en la oración el valor de sustantivo.

La realidad confirma la estructura gramatical, porque la conducta humana sirve de base fáctica a cualquier hecho punible y a éste se llega siempre a partir de ella, en tanto converjan las notas siguientes que la califican. Tanto ello así que la acción de las personas jurídicas debe llevarse a cabo necesariamente por personas físicas, quienes deben actuar en calidad de órgano o representante legal, pero la imputación de la acción se debe hacer a aquella.

El concepto de acción, tanto como el de persona, no nos es dado por lo que la ley penal prescribe; por el contrario, el concepto de conducta es prejurídico, y hemos de mirarlo como algo que tiene realidad en el mundo exterior al sujeto, independientemente de la existencia o no de una legislación o de un ordenamiento jurídico que lo definan.

La acción, base indefectible de la imputación criminal consiste, según nuñez, en un hacer voluntario y consciente y en un sentido amplio comprende el no hacer determinado por la voluntad, ya que nunca puede haberse producido sin ella, por cuanto la idea de acción en ese sentido y siguiendo a Soler, involucra la de finalidad ya que no es un proceso causal ciego, sino inteligente, de dominio y dirección por la voluntad, de factores exteriores en los límites de las posibilidades de percepción y comprensión humanas[59].

La teoría clásica del delito realizó un esfuerzo muy serio para mantener a la conducta como algo situado dentro del plano físico, en el que no aparecía como determinante ningún ingrediente psíquico. Ello con el propósito de preservar una construcción teórica muy ordenada, sintetizadora y simétrica para el delito; pues la conducta, señalada como sustrato material, sería seleccionada mediante la tipicidad, luego valorada objetivamente (en sí misma) conforme al ordenamiento jurídico, en la fase predicativa de la antijuridicidad, para, finalmente, efectuar la valoración de sus aspectos psíquicos en la verificación de su última característica, la culpabilidad.

Este concepto de conducta permite simplificar en gran medida la comprensión de esa compleja elaboración jurídica que es la responsabilización en materia penal de las personas jurídicas, aunque no es el único posible. La teoría de la acción final enriqueció la noción de conducta incorporándole algunos elementos que la concepción causalista incluía en el tipo.

Hans Welzel sostiene que el análisis del concepto de acción no se debe basar en la causalidad, sino en la finalidad y es el dirigirse intencionalmente a una meta previamente elegida, sólo la acción humana ve adónde tiende, a diferencia del resto de los procesos naturales, que actúan de modo ciego. La finalidad descansa sobre la capacidad del ser humano de presagiar las consecuencias de su ataque causal y por la utilización de sus medios orientar planificadamente el devenir a su meta. La voluntad que dirige el hecho causal es por ello la espina dorsal de la acción final, el factor director, que configura al fenómeno causal externo. La dirección final de la acción se consume en tres estadios: a) comienza con la anticipación mental de la meta a conseguir; b) de ello se deriva la selección de los medios accionales necesarios para la consecución de la meta; c) la conclusión está formada por la realización de la acción volitiva en el mundo de los hechos empíricos[60].

Dentro de las críticas que se han alzado en contra de esta concepción final de la acción merece destacarse la de Jescheck para quien la conducción del desenvolvimiento causal, característica para el devenir de la acción final a través de impulsos volitivos, falta en la omisión. Con independencia de ello, la acción imprudente tampoco se deja ordenar sin dificultades dentro del concepto final de acción. Por tanto, tampoco esta teoría puede servir para formular un concepto de acción completo y útil para una correcta y completa dogmática en el análisis que ensayamos en este trabajo[61].

La conducta, dice Bacigalupo, es un comportamiento exterior evitable, es decir que el autor hubiera podido eludir si se hubiera motivado para hacerlo. Un comportamiento es evitable cuando el autor tenía la posibilidad de dirigirlo a un fin determinado por el mismo. La conducta, pues, sólo es relevante para el Derecho en cuanto sea soslayable y el autor tenga la posibilidad real de dirigir sus acciones, toda vez que las normas jurídicas no pueden mandar ni prohibir una acción imposible de hacer u omitir[62].

Es por ello que la gran mayoría de los autores finalistas que toman como punto de partida un concepto de acción psicológico no pueden llegar a ninguna respuesta positiva en cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Otros doctrinarios de la moderna dogmática penal que se postulan como superadores de ambas corrientes antagónicas, como Roxin, también excluyen expresamente los actos de la persona jurídica[63] de su concepto de acción, aunque, como veremos luego al desarrollar su sistema racional-final o teleológico funcional, alcanzan a concebir la responsabilidad penal de las asociaciones de personas.

Este autor germano define la acción como una conducta humana significativa en el mundo exterior, que es dominada o al menos dominable por la voluntad[64].

La persona jurídica carece entonces de toda capacidad natural de acción ya que las acciones relacionadas con ella son realizadas por personas físicas que en su calidad de miembros integran los órganos de las jurídicas.

Si bien no suele ser frecuente que en países tan disciplinados como Alemania, haya una corriente discrepante en general de la doctrina de un jefe de escuela, Günther Jakobs, separándose decididamente de la influencia de Welzel, propugna una renormativización de los conceptos jurídico-penales alejándose de la dogmática ontologicista de su ex maestro[65], para desarrollar una fundamentación que aparece más conveniente para explicar la acción de una persona jurídica[66].

El autor funcionalista parte de la teoría de sistemas de Luhman para afirmar que en la determinación del concepto de acción no sólo se trata de imputar una conducta a un sujeto, sino que el concepto de acción define a su vez al sujeto. La acción es una categoría de la teoría de la imputación y la finalidad de la imputación depende de la finalidad de la pena que es el restablecimiento de la vigencia de la norma. Por lo tanto, la imputación determina que tipo de persona debe ser castigada para la estabilización de la vigencia de la norma: aquel sujeto que realizó la acción típica, que se ha comportado de manera antijurídica y culpable[67].

En los conceptos causal o final de la acción lo esencial es el acto de voluntad y si bien para Jakobs la voluntad también es relevante, lo que le importa señalar es que, a diferencia de dichas concepciones, la acción no depende de cómo se produjo la formación de la voluntad ya que la dirigibilidad de ésta carece de toda influencia respecto del concepto de acción.

Jakobs elabora así un concepto que elimina la dirigibilidad de los impulsos pero que determina la dirigibilidad de la acción en función de las capacidades individuales del autor.

La acción se define, entonces, como la evitabilidad individual de la producción de un resultado. Esta eludibilidad se encuentra desvinculada así del reconocimiento de la norma el que no aporta nada a la capacidad del autor para producir o evitar un resultado típico ya que el

reconocimiento jurídico es algo que pertenece a la dirigibilidad de los impulsos y no a la dirigibilidad de la acción.

Por eso mismo, la acción no se comprueba ni aun en la persona física de forma meramente natural, ya que el sistema psíquico y cuerpo es valorado siempre por sus efectos externos. Desde un punto de vista normativo no es necesario que el sujeto de la imputación tenga que estar compuesto igual que una persona física. El sistema de un sujeto de imputación también puede estar determinado por otros elementos como ser el estatuto y los órganos de una persona jurídica que se pueden definir como un sistema independientemente de las personas físicas que lo integren. En tanto las acciones de un órgano sean realizadas de acuerdo a las competencias que le confiere el estatuto, serán acciones propias de la persona jurídica de que se trata[68].

Otro de los autores que acepta la capacidad de acción de las personas jurídicas es Tiedemann quien afirma que, reelaborando el concepto de culpabilidad de las entidades colectivas, se abre la posibilidad de imputar la acción de una persona física como una acción propia de la persona jurídica.

A partir de una reforma al ordenamiento penal alemán efectuada en 1987, Tiedemann afirma que la existencia de una norma de imputación permite aceptar la existencia de una acción de la persona jurídica, aunque ésta tenga que ser realizada por un órgano u otra persona en nombre de la misma, es decir, aunque se trate de la imputación de una acción ajena[69].

Hirsch sostiene que las acciones de los órganos o representantes de las personas jurídicas constituyen las acciones propias de las mismas. En este sentido, se debe admitir a la acción de las personas jurídicas como una acción realizada por otra persona, en este caso física. Se trata de una forma de acción determinada por la propia estructura de la corporación que, por otro lado, constituye una realidad innegable[70].

El profesor de Colonia parte de considerar que las personas jurídicas son una realidad indiscutible en la sociedad actual y, precisamente, por tal existencia son destinatarias de obligaciones de tal modo que pueden cometer una lesión a ese deber cuando no cumplen las órdenes normativas que se les dirige. Partiendo del hecho de que la corporación actúa externamente a través de acciones humanas provenientes de sus órganos, podemos predicar que estas acciones son también las suyas propias y por ello, las asociaciones de personas legalmente reconocidas son capaces de acción[71].

Propugna que debe haber una acción llevada a cabo por un órgano o representante y no se debe tratar de la acción de cualquier persona vinculada a la empresa, sino sólo de aquellas personas con capacidad directiva que actúen en nombre de la empresa. Patrocina también la responsabilidad de la persona concreta que actúa ya que la afirmación de la punibilidad de las asociaciones de personas debe ser vinculada a una acción penalmente típica de una persona natural que actúa por la asociación[72]. En esa medida se habla del hecho vinculante. Por eso, el problema también es independiente de la polémica penal, relativa a si con relación a la estructura de la acción penalmente relevante, se debe partir de un concepto final, causal o social. De lo que se trata en nuestra cuestión no es de los elementos estructurales del actuar, sino de su relación con el sujeto[73].

Para Baumann tampoco parece haber dificultades para atribuirle a la persona jurídica capacidad de acción. Expresa que en el derecho civil no existe al respecto ninguna duda y tampoco deberían existir reparos en el derecho penal. Es el derecho visto como una unidad, el que en forma soberana determina a quién debe atribuirse una conducta jurídicamente relevante, y no

se comprende por qué razón una persona jurídica capaz de celebrar contratos no puede también celebrar contratos engañosos o usurarios[74].

Vinculada con la cuestión anterior hay que saber cuáles son los actos de los dirigentes de la persona jurídica, que comprometen la responsabilidad de ésta.

Desde luego la actividad de la persona jurídica se desarrolla mediante la actuación de seres humanos que obran por ella y para ella, de tal manera que la gestión realizada por cuenta de la entidad le es imputada a ella misma. Pero ¿cuáles son los principios que rigen esa imputación, o en otras palabras cuál es el criterio que permite discriminar los actos de los dirigentes de la persona jurídica para saber cuáles son los que se imputan a la entidad y comprometerían su responsabilidad penal, y cuáles otros no se imputan a la entidad y comprometen la sola responsabilidad de los actuantes?

Este problema depende, en verdad, del punto de vista que se adopte acerca del fundamento en que se sustenta dicha imputabilidad, tema que ha suscitado la larga polémica entre quienes se atienen a la teoría de la representación y quienes propician la teoría del órgano.

Conforme a la tesis de los teóricos de la ficción, las personas jurídicas carecen de voluntad, por lo que deben ser asimiladas a las personas humanas también carentes de voluntad, como los niños de escasa edad o los dementes. Por ello y para que puedan hacer valer su capacidad de derecho, la ley provee a unos y otros seres -los naturales carentes de voluntad por inmadurez o enfermedad mental y los ficticios por imposibilidad natural- de representantes legales, que actúan y obran en nombre de ellos; por tanto, cuanto realicen éstos en los límites de su ejercicio obligan y compromete a la persona representada, como en los supuestos ordinarios de mandato[75].

Quienes se enrolan dentro de esta teoría consideran que siendo las personas jurídicas entes reales que expresan su voluntad por medio de sus agentes, no hay un dualismo entre éstos y la entidad que permita oponer a ambos factores como polos opuestos de una relación jurídica. No existe entre la entidad y sus dirigentes un vínculo contractual, sino una relación institucional, que proviene de la constitución y organización de la persona jurídica. Los administradores de ésta no están fuera sino dentro de ella, y ofician o actúan como órganos suyos[76].

Siendo esta entidad un núcleo humano organizado de tal modo que cuenta con un dispositivo de poder y actuación que expresa y realiza la finalidad del núcleo, no hay objeción para que los seres humanos que sirven a la entidad y manejan ese dispositivo sean considerados, mientras ejercen esa función, parte integrante de aquel núcleo, puesto que efectivamente lo son. En el orden práctico, esta formulación es útil para explicar por qué razón responde la entidad por la actuación de sus dirigentes u órganos, sea en el orden contractual o extracontractual, cuando ellos han obrado en función de tales[77].

### 3.1.1.3 Código Civil argentino

En Argentina, el sistema del Código Civil está instrumentado principalmente por el artículo 36 que salvo la frase final, que importa un enrolamiento del codificador en la teoría de la representación, sienta el principio de que el exceso obrado más allá de los límites de la función de órganos de la persona jurídica, ya no es atribuible al ejercicio de la función en cuanto tal, desde que la excede. En otros términos, el órgano tiene señalado en el estatuto de la persona jurídica la órbita de su funcionamiento, de manera que, cuando la actividad de quien se desempeña en aquel carácter se desorbita, el exceso no es obra del órgano en cuanto tal, sino

del individuo humano que ha determinado esa irregularidad que no puede ponerse a cargo de la entidad, que queda extraña a la desorbitación (*ultra vires*).

### 3.2

La opinión hasta ahora dominante afirmaba que a la asociación de personas le falta la capacidad de actuar culpablemente[78]. Actualmente, un sector de la doctrina sostiene la aceptación de la capacidad de culpabilidad de la personas jurídicas rebajando las exigencias del principio de culpabilidad con relación a los entes societarios con fundamento en una responsabilidad orientada en categoría sociales y jurídicas.

En este sentido, Tiedemann elaboró la propuesta de la culpabilidad de organización[79]. Como ya viéramos, este autor acepta la capacidad de acción de las personas jurídicas y también reconoce en ellas capacidad de culpabilidad, sirviéndose del criterio de la culpabilidad por defecto de organización[80].

En virtud de este concepto de culpabilidad normativo - social, que permite formular un reproche social propio a la organización, los hechos individuales errados de los miembros o representantes deberían ser imputados a la agrupación en su conjunto, por no haber adoptado los demás miembros que la constituyen las medidas de precaución oportunas para evitar la ejecución de hechos delictivos en el mismo desarrollo de la empresa. La razón es que las medidas de precaución omitidas, y los deberes que así se infringen consisten respectivamente en medidas y deberes de vigilancia, de control y de organización, que obligan a la misma agrupación como tal agrupación. Ahora veremos cómo salva el obstáculo principal para la imputación de un delito: la capacidad de culpabilidad.

A partir de la constatación de que la exigencia de culpabilidad en el marco de la infracción administrativa es inferior a la exigida en el ámbito penal, Tiedemann parte de considerar un concepto de culpabilidad orientado por categorías sociales y jurídicas. El reproche social que fundamenta la responsabilidad de la persona jurídica es la culpabilidad de organización ya que la persona jurídica es responsable por los hechos realizados por individuos porque ésta y sus órganos o representantes no han tomado las suficientes medidas de cuidado que son necesarias para garantizar un negocio ordenado y no delictivo[81].

Así, el hecho individual del directivo se considera como un hecho de la empresa en tanto la persona jurídica haya omitido tomar medidas de prevención necesarias para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad misma[82].

Para su discípulo Deruyck no es decisivo que el deber de vigilancia sea violado por el órgano de la empresa, sino que basta simplemente que lo sea por la organización. La culpabilidad se limita al reproche de que no se ha tomado una decisión colectiva adecuada a la legalidad[83]. De esta manera, la premisa de un concepto penal de la culpabilidad es largamente abandonado. No es de sorprender que esta posición sea coincidente, en cuanto a las consecuencias, con el modelo de medidas de seguridad.

Stratenwerth subraya, en principio, que respecto a la responsabilidad de las organizaciones sólo puede tratarse únicamente de su responsabilidad por los actos de sus miembros que desempeñan cargos directivos ya que cualquier otra solución conduciría a una responsabilidad por caso fortuito. Pero su modelo de medidas de seguridad, desprovisto de límites de prevención especial, le permite sacrificar estas premisas necesarias de la política criminal[84]. La responsabilidad de la empresa entra en consideración siempre que, como sucede en el planteamiento de Deruyck, se hubieran sobrepasado los límites del riesgo permitido[85].



Por su parte Hirsch, en el mismo sentido acepta a su vez la culpabilidad de la persona jurídica mediante el reemplazo del contenido ético-social de la culpabilidad por el concepto de interés público.

Utiliza para ejemplificar dos supuestos. Primero el reproche social a una empresa que arroja residuos químicos a un río que consiste en sindicarse en el común de la gente, a dicha empresa como culpable de la conducta incriminada. Estas afirmaciones son a su entender una realidad y se trata de juicios de valor que en ningún caso son indiferentes desde un punto de vista ético. Como consecuencia de ello, determina la culpabilidad de la persona jurídica a partir de la culpabilidad del órgano que realizó la acción, a lo que agrega la exigencia de la posibilidad de que el hecho delictivo hubiese sido evitado por la persona jurídica[86].

En segundo lugar analiza como el art. 231 del Tratado de Versalles que imputó al II *Reich* alemán el inicio de la I Guerra Mundial significó un grave reproche para ese estado a punto que disolvió la República de Weimar y volvió a ser cargado al III *Reich*. Este ejemplo sería ilustrativo a tal efecto, porque demostraría como la culpabilidad, en un supuesto de esta naturaleza, no sería algo éticamente indiferente. De este modo, al hacersele un reproche de culpabilidad a la corporación estaríamos aplicando un parámetro social[87].

La consecuencia final es que la persona jurídica tiene una responsabilidad colectiva, de la que Hirsch no exime a la persona concreta que actuó sin que ello vulnere el *non bis in idem* puesto que se trata de una responsabilidad penal acumulativa y no de una doble punibilidad[88] y termina argumentando que, con relación a la cuestión de si existe culpabilidad penalmente relevante, de lo que se trata es sólo de que sean consideradas a favor del autor del hecho antijurídico determinadas anomalías y déficits de conocimiento que van en contra de su motivación a un actuar conforme a Derecho.

Para Hirsch, la esencia de la corporación consiste justamente en que no es una mera suma de personas individuales, sino que constituye una estructura independiente que se separa de ellas. La culpabilidad de la asociación no es idéntica a la culpabilidad de sus miembros. La capacidad penal tampoco fracasa si se tiene en cuenta el requisito de la culpabilidad. En el caso de las asociaciones se da más bien un fenómeno paralelo al de la culpabilidad individual[89].

Por su parte, Baumann al referirse a la capacidad de culpabilidad manifiesta que el derecho determina en forma soberana a sus destinatarios y está también en condiciones, por consiguiente, de establecer normas para las personas jurídicas que éstas deben respetar (a través de sus organismos). El derecho dice quién es el punto final de imputación de una conducta y quién debe hacerse responsable de una conducta contraria a las normas. La culpabilidad moral sólo puede existir en el organismo y la culpabilidad en sentido jurídico también en la persona jurídica[90].

Silvina Bacigalupo, parte de la nueva dogmática penal del funcionalismo y, tomando como antecedente la teoría de la imputación objetiva de Jackobs, elabora en consonancia argumental con ella una interpretación respecto de las posibilidades de la misma para atribuir penalmente responsabilidad a las personas jurídicas sin entrar en contradicciones sistemáticas con aquellos autores finalistas que limitan la discusión a las respuestas de sistemas de imputación penal. En este sentido, analiza la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas basada en dos tipos de prevención, la que denomina general integradora y la positiva[91].

En 1970, Roxin afirma en su famoso escrito *Kriminalpolitik* la necesidad de reconsiderar las premisas metodológicas de la dogmática penal. En este sentido, sostiene la tesis de que todas

las categorías de la teoría del delito se encuentran en función de cuestiones de política criminal, sosteniendo así un reproche de culpabilidad orientado por criterios preventivos.

Así, la tipicidad tiene por objeto realizar el principio *nullum crimen sine lege*, la antijuridicidad, tiene por objeto la correcta regulación de intereses (individuales) y contrainteresses (generales de la sociedad); es decir, la ponderación de intereses socialmente regulados en situaciones de conflicto, y la culpabilidad tiene por objeto responder, desde consideraciones de prevención general y especial, a la cuestión normativa de si y en que medida un comportamiento amenazado en principio con una pena requiere en determinadas circunstancias aun una sanción penal[92].

Tomando siempre como punto de partida el derecho positivo, Roxin demuestra de qué manera diferentes categorías de la teoría del delito -vgr. las causas de exclusión de culpabilidad- sólo se pueden explicar a partir de cuestiones político-criminales estrechamente relacionadas con los fines de la pena.

Distingue en tal sentido dos categorías: la responsabilidad y la culpabilidad. La responsabilidad determina después de la antijuridicidad otra valoración dentro de la teoría del delito: una valoración bajo el punto de vista de la responsabilidad penal del autor. Este replanteamiento da lugar a un nuevo sistema de la responsabilidad penal, en el que es necesario incluir factores político-criminales.

No obstante su punto de partida metodológico que sirve de base a quienes quieran revisar el concepto de sujeto, ya que Roxin cuestiona la idea de culpabilidad basada en la posibilidad de actuar de otra manera, su teoría "personal" de la acción como exteriorización de la personalidad excluye consecuentemente la responsabilidad de las personas jurídicas como reflejamos al exponer su concepto de acción[93].

Conforme expusiéramos, para Jakobs la pena siempre supone la reacción frente al quebrantamiento de una norma. Esta reacción demuestra en todos los casos que se debe respetar la norma quebrantada. Y esta reacción se manifiesta siempre a costa del quebrantamiento de la norma. Jackobs presupone que el fin del derecho penal es la estabilización de un cierto orden social y por ende, que la conexión entre la pena y la culpabilidad es un requisito para obtener tal fin[94].

Si solamente se impone una pena cuando resulta necesaria para mantener el orden, la culpabilidad es sólo relevante cuando se trata de tal necesidad. El quebrantamiento de la norma no es un conflicto penalmente relevante por sus consecuencias externas ya que el derecho penal no puede repararlas, sino que lo es por la necesidad de evitar la contradicción de la norma con un comportamiento externo y objetivo, ya que importa por el resultado, ya que la pena no es una compensación del daño sino la reacción necesaria del ordenamiento penal ante su violación[95].

La negación de la norma produce un conflicto social en la medida en que se cuestiona la norma como modelo orientativo de conductas. Por lo tanto, la función del derecho penal no debe ser la evitación de la lesión de bienes jurídicos sino la reafirmación de la vigencia o reconocimiento de la norma, dicho por él mismo, el derecho penal cumple la función de confirmar la identidad normativa de la sociedad, consecuentemente no es necesaria una verificación empírica de la utilidad de la pena. Jakcobs elabora un concepto de culpabilidad que no se vincula en ninguna forma de reproche al sujeto -excluyendo así la necesidad de fundamentar una respuesta sobre la libertad de voluntad, ya que el derecho penal no tiene lugar en la conciencia individual sino en la comunicación[96].

La teoría social de la que parte y la definición de la finalidad de la pena en el sentido de la estabilización de normas y no de protección de bienes jurídicos, permite cuestionar tanto el concepto de acción como el de culpabilidad y dar un paso decisivo en la superación conceptual de los obstáculos que en la dogmática tradicional han impedido el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La teoría de la acción entendida como comportamiento exterior evitable se considera como una teoría del sujeto que no tiene por qué depender del carácter de una persona individual y de esta manera transforma totalmente el marco teórico en el cual se plantea la cuestión.

El propio Jakobs sostiene respecto de la persona jurídica que para la acción y para la culpabilidad las formas dogmáticas son las mismas (no sólo las normas) tanto para la persona natural como para las jurídicas[97]. La concepción de Jakobs determina una nueva visión del sujeto del derecho penal que ya no es exclusivamente el individuo y su conducta humana.

El replanteamiento llevado a cabo por este autor funcionalista implica reorientar la discusión en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas como un replanteamiento de la idea del sujeto del derecho penal: efectivamente se puede afirmar que el ser humano individual no es el único sujeto posible del derecho penal[98].

Ese sujeto puede ser configurado a partir de los elementos ya vistos de la persona jurídica: estatutos y órganos. El sujeto del derecho penal es aquel que sea competente y no necesariamente el sujeto que realice la acción. Dentro de estos parámetros no resulta imposible imaginar a la persona jurídica como un sujeto competente, y por lo tanto imputable. Para Jakobs el sujeto no se encuentra predeterminado ontológicamente sino que depende de cada estado de evolución de la sociedad.

Afirma Bacigalupo, que los puntos de partida metodológicos de Jakobs permiten este abordaje pero no es posible afirmar que su teoría en la elaboración actual permita el reconocimiento de la persona jurídica como sujeto del Derecho Penal, dado que mantiene en la concepción del sujeto un referente material determinado por la persona y cuyo ámbito normativo se encuentra dado por el ciudadano[99].

El problema de la función de la pena, por esencia orientada sólo al hombre, se toma como tercer motivo para negar la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas.

El principal medio de que dispone el Estado como reacción frente al delito es la pena en el sentido de restricción de derechos del responsable. El orden jurídico prevé además las denominadas medidas de seguridad destinadas a paliar situaciones respecto de las cuales el uso de las penas no resulta plausible. De manera que el sistema de reacciones penales se integra con dos clases de instrumentos: penas y medidas de seguridad.

Desde la antigüedad se discute en el derecho penal acerca del fin de la pena. El concepto clásico que, como vimos, se remonta a Kant, estaba orientado a la personalidad moral del individuo y fue variando de la mano de los cambios históricos y culturales. Hay tres concepciones que en sus más variadas combinaciones continúan caracterizando la discusión. Las diversas teorías parten de puntos de vista retributivos o preventivos, puros o mixtos y se encargan de fundamentar y explicar de diversos modos los presupuestos que condicionan el ejercicio del *ius puniendi* y la finalidad perseguida por el Estado con la incriminación penal.

En Hirsch encontramos que el concepto de pena no debe únicamente contentarse con el aspecto de la prevención sino más bien debe analizarse si la pena puede satisfacer su función primaria de castigar el hecho cometido en forma justa y adecuada a la culpabilidad.

Como vimos al desarrollar otros conceptos de este autor relacionados con su teoría respecto de la acción y la culpabilidad, Hirsch cree firmemente en la posibilidad de que la persona jurídica actúe en forma contraria al deber. Correcto es entonces, reaccionar contra la lesión culpable al bien jurídico con una sanción penal, amenazada previamente, sin distinguir si su autor es una persona física o jurídica. Efectivamente, las normas de derecho dirigidas a una asociación de personas que interesan penalmente no resultan en modo alguno éticamente indiferentes[100].

A su vez, piensa Hirsch que es posible que la prevención general y especial puedan llegar a tener sentido y efectividad respecto a las personas jurídicas. Con relación a la prevención general, pone el ejemplo del supuesto en el que se impusiera una sanción dineraria contra una sociedad anónima por un hecho delictivo. Esto conllevaría que las demás empresas se planteasen si vale la pena correr un riesgo de sanción de esta naturaleza.

Respecto de la prevención especial, este autor fundamenta que, con el mismo ejemplo expuesto, la misma persona jurídica que ha sufrido la sanción tendrá a partir de entonces más cuidado de entrar otra vez en conflicto con la ley respectiva ya que, finaliza su argumentación Hirsch, manifestando que las personas jurídicas están sometidas a la opinión pública y; por ello, se esforzarán a partir de entonces en impedir nuevos daños a su imagen[101].

Tiedemann opina que las sanciones administrativas como el decomiso de la ganancia ilegítimamente obtenida por el autor del ilícito no cumplen el fin preventivo de la pena por lo que cabe extender las mismas a la personalidad jurídica de la empresa de modo de desplegar un doble juego preventivo, tanto para los directivos responsables del hecho como para la empresa, quienes se abstendrán así en el futuro de cometer o reincidir en la comisión de un delito[102].

## **4. Horizonte de derecho argentino [arriba]**

### **4.1 Doctrina**

La gran mayoría de los autores de la doctrina nacional niegan la posibilidad de imputar penalmente a las personas jurídicas. Por citar sólo algunos de los más importantes, expresamente sostienen la tesis contraria entre otros, Jiménez de Asúa, Soler, Núñez, Creus, Laje Anaya, Caballero, Terán Lomas, Zaffaroni, Gomez y Ramos[103].

Sin pretender ser exhaustivo, la gran mayoría parece haberse inclinado de una manera decisiva por la incapacidad de acción entre los distintos obstáculos enunciados para construir una responsabilidad penal del ente ideal. Efectivamente, se enrolan dentro de esta postura Sebastián Soler, Ricardo C. Núñez, Carlos Fontán Balestra, Eugenio Raúl Zaffaroni, Carlos Creus, Justo Laje Anaya y José S. Caballero[104], en tanto Luis Jiménez de Asúa, en cambio, resuelve la cuestión a partir de la incapacidad de culpabilidad[105].

Otro sector doctrinal de gran amplitud, fundamentalmente del Derecho Civil y la Filosofía Jurídica, sostiene con amplitud la responsabilidad penal de las personas jurídicas y discute la afirmación según la cual esas entidades no podrían cometer delitos.

Guillermo Borda se encuentra entre ellos y entiende que para muchos negocios las personas ideales son los testaferros perfectos, por la posibilidad de disimular cuál de los dirigentes o

accionistas -si se trata de una sociedad anónima- ha decidido la comisión del delito penal que ha ejecutado el empleado.

De ahí que la responsabilidad penal de las personas jurídicas sea posible, justa y a veces indispensable ya que cuando se abusa de las mismas, pretendiendo utilizarlas con fines no queridos por la ley, es lícito rasgar o cortar el velo de la personería, para penetrar en la verdad que se esconde detrás de él, y hacer prevalecer la justicia y las normas de orden público que han pretendido violarse y la solución debe venir, por la vía legislativa[106].

Quienes primero advirtieron este problema fueron los jusfilósofos. Enrique R. Aftalión señaló en 1949 que, para interpretar el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la delincuencia financiera, había que dejar de lado las gafas ahumadas de penalistas, de especialista en subsunciones y figuras delictivas para elevarse a un plano más alto, desde la que pueda otearse la totalidad del paisaje jurídico[107].

Sostuvo que la doctrina moderna ha ensayado la refutación de varias de las consideraciones negativas respecto de la responsabilidad del ente colectivo, señalando que si bien sólo el individuo humano es pasible de una pena privativa de libertad, con todo hay otras sanciones, como la pena de multa, el retiro de personería jurídica o la caducidad de concesiones del Estado, que pueden convenir a las personas jurídicas[108].

Aftalión cree que el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es desenfocado por todos aquellos que lo encaran a la luz de la lógica del ser, es decir, que esta perspectiva lleva a considerar a dicha responsabilidad como imposible, incomprensible o contradictoria. Pero en cambio, la posición normativa y estimativa de la teoría egológica del Derecho muestra que la cuestión no consiste en preguntar si es posible hacer penalmente responsables a las personas jurídicas ya que la experiencia jurídica lo contesta afirmativamente, sino en determinar en cada caso si ello es justo o no, y sostiene que hay que tratar el tema desde el punto de vista axiológico y de acuerdo con los criterios metódicos que exigen esta clase de cuestiones.

Critica la postura de los partidarios de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, que arguyen entre otras cosas, que su tesis es una consecuencia de las modernas teorías sobre el delito, que lo definen como una acción típicamente antijurídica y culpable. Y, frente a esta posición, que él califica de insostenible, se limita a decir lo siguiente: 1° que el argumento pierde fuerza si se recuerda que nada impide al ordenamiento jurídico disociar los conceptos de obligación y de responsabilidad, e imputar las consecuencias del acto a otro ente que el agente humano que lo realizó; 2° que si aún así subsiste alguna dificultad para compaginar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con la llamada teoría jurídica del delito, y dice que es del caso recordar, una vez más, la célebre crítica que dirigía von Ihering al formalismo jurídico en el sentido de que la vida no debe plegarse a los principios sino que éstos deben modelarse sobre aquélla[109].

Del mismo modo, Julio Cueto Rúa y Carlos Cossio, fueron prestigiosos y decididos partidarios de la responsabilidad de las personas jurídicas en materia penal. Para Cueto Rúa, habrá responsabilidad penal de la persona jurídica cuando una determinada conducta referida al ente ideal en su condición de centro de imputación normativo, que será cumplida y sufrida por las personas físicas designadas de un modo mediato por el ordenamiento jurídico, le es impuesta coactivamente[110].

También Werner Goldschmidt, en 1968, afirmó que tanto personas jurídicas de derecho público y de derecho privado, como asociaciones lícitas sin personalidad jurídica y, en fin, sociedades al margen de la ley o expresamente prohibidas llevan a cabo delitos de todo tipo. La realidad

sociológica de la organización y la realidad psicosociológica de la voluntad colectiva resisten todo intento de atomización en actos individuales[111].

Carlos Nino, a su vez, postula que una vez que se comprende que el concepto de persona colectiva forma parte de una técnica especial para hablar abreviadamente de un complejo de relaciones entre individuos, se revela claramente que la responsabilidad penal de las personas colectivas implica, tras el velo de la personificación, penar a ciertos individuos por los actos de otros, o sea estatuir un modo de responsabilidad vicaria[112].

En tanto la doctrina específica del derecho penal en nuestro país se ha mantenido al margen del problema negando, basada en categorías dogmáticas, tal responsabilidad con excepciones como Gonzalez, Chichizola, Spolansky, D'Albora (h), Baigúny otros autores cuyo número se va incrementando.

Nemesio Gonzalez se manifiesta a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas[113] en un trabajo que tiene la virtud de haber iniciado el camino desde la concepción tridimensional ofreciendo un enfoque desde la teoría trialista[114].

Sostiene que no sólo es posible que las personas jurídicas sean reprimidas penalmente sino que no hay incompatibilidad entre la responsabilidad penal de éstas y la de las personas que forman sus órganos, en virtud de cuyos actos se sanciona a las primeras. Concluye que los mismos fundamentos aducidos para sustentar la responsabilidad civil delictual son válidos en el campo penal. Si bien excluye la responsabilidad penal de las personas jurídicas de carácter público, cita como ejemplo la situación de los delitos colectivos, cuando pese a ser pocas las personas que delinquen en un Estado, el oponente fracciona esas conductas y procura sanciones contra todo el Estado al que pertenecen estos individuos sufriendo las consecuencias todos los miembros de él[115].

Mario Chichizola opina que es una necesidad ineludible e impostergable de la época la incorporación al Código penal del principio de la responsabilidad de las personas jurídicas, dado el extraordinario poderío que han alcanzado esas entidades y las maniobras dolosas que efectúan con alarmante frecuencia. Si la responsabilidad penal de las personas de existencia ideal no se ajustara perfectamente a la concepción del delito elaborada por la doctrina, habrá que revisar ésta y no pretender que la realidad se adecue a las teorías elaboradas con prescindencia de ella[116].

Para Norberto Spolansky, la persona jurídica es una construcción conceptual de carácter técnico para interpretar las acciones de las personas físicas desde la óptica de ciertas normas jurídicas de modo tal que, cuando una persona jurídica realiza un acto voluntario ese es el acto de un individuo o un grupo de ellos (órgano de la persona ideal) que merece sanción en tanto con su conducta inflija el orden normativo. Refiriéndose al sujeto sobre el cual recae la pena, para no vulnerar el principio de culpabilidad, construye una posición propia que puede resumirse manifestando que en principio, se presume que frente a la infracción cometida por un sujeto o grupo de ellos, que como órgano de la sociedad no realizó lo que debía, excepto que pruebe lo contrario, la responsabilidad lo compromete en relación del acto propio y culpable al no haberse opuesto a la causación del ilícito[117].

Francisco D'Albora (h) postula que, aunque deban redefinirse algunas categorías dogmáticas, es necesario admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas ante la evidencia de que en el mundo globalizado éstas son una herramienta importantísima en el área de los negocios, debiendo asumirse la posibilidad de su concreta utilización con fines delictivos. Desde la perspectiva funcionalista, plantea este autor, que tanto el concepto de acción como el principio

de culpabilidad deben ser funcionales a las exigencias de una política criminal efectiva y por tanto, tener un contenido distinto atento la diferente naturaleza de las categorías de persona[118].

David Baigún ha desarrollado una propuesta muy compleja estructurada a partir de un sistema de doble imputación que contempla la disímil naturaleza de la acción societal o institucional compaginándola con el homólogo de la responsabilidad penal individual[119].

Lo denomina sistema de la doble imputación por cuanto reside, al producirse un hecho delictivo protagonizado por la persona jurídica, en reconocer la coexistencia de dos vías de imputación, por una parte, la que se dirige al ente ideal como unidad independiente y por la otra, la atribución tradicional a las personas físicas que integran la persona jurídica.

El punto central de esta construcción radica pues, en la creación de un diseño especial que parte de una concepción distinta de la acción llevada a cabo por la persona jurídica a la cual denomina acción institucional y que es el punto de partida para elaborar posteriormente un concepto diverso del tipo penal, una noción de antijuridicidad adecuada a este sistema y especialmente la adopción de una categoría especial (responsabilidad social) que sustituye, en el modelo diseñado por Baigún, a la tradicional culpabilidad. También de la misma plataforma se derivan las particularidades de las reglas de autoría y participación, tentativa y concurso de delito como las notas especiales en materia de penas y medidas de seguridad, sobre todo en lo que concierne a la finalidad de las llamadas consecuencias jurídicas[120].

En materia de penas construye una escala gradual descendente sin que signifique un número cerrado: 1) cancelación de la personería jurídica, 2) multa, 3) suspensión total o parcial de actividades, 4) clausura, 5) pérdida de beneficios estatales, 6) prohibición de actuar en el mercado, 7) publicación de la sentencia condenatoria, 8) prestaciones obligatorias y 9) confiscación [121].

Respecto de las medidas de seguridad enumera 1) vigilancia judicial, 2) auditoría periódica y 3) presentación de estados contables. Todas ellas deben operar con una duración limitada y sólo en casos excepcionales, el tribunal podrá prorrogar por otro período la vigencia de la medida.

#### 4.1.1 Los proyectos de Código penal

Carlos Tejedor, autor del Código Penal argentino, sólo se refería a las corporaciones para establecer que únicamente podían ser responsables criminalmente los individuos que cometían un delito; por lo que solamente podían ser afectados sus bienes particulares y no los de la corporación. Esta referencia desaparece en el proyecto de 1881 y en el Código de 1886. Empero ello, tres proyectos de Código Penal propusieron legislar sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El Proyecto de 1937 de Coll y Gomez y el de 1941, elaborado por Peco contenían sanciones consistentes en la pérdida de la personería jurídica a partir de los textos de los arts. 392 del proyecto de 1937 (Proyecto Coll-Gómez) y 268 del proyecto de 1941 (Proyecto Peco), que prevenían la pérdida de la personería jurídica y la anulación de prerrogativas y concesiones que se hubieran otorgado a sociedades comerciales incurso en delitos de monopolio o fraudes al comercio o la industria. Si bien las normas mencionadas aplicaban sanciones de tipo administrativo, la consecuencia estrictamente penal estaba fijada en los artículos anteriores (arts. 388 a 391 del proyecto de 1937 y 264 a 267 del proyecto de 1941) privación de libertad y multa, que se aplicaban a los directores y administradores que hubieran participado en tales hechos.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas aparece indudablemente reconocida en el artículo 42 del Proyecto de Código Penal elevado por el Poder Ejecutivo al Congreso en el año 1951. Así, en el Libro I, Título 3, Capítulo 1 ("De los autores y partícipes") se la incluyó al prescribir que las disposiciones del Código se aplicarán a todos los sujetos de derecho, con excepción de las personas jurídicas de existencia necesaria. Por ello eran punibles las fundaciones, asociaciones y sociedades, con exclusión del Estado Nacional, las provincias, los municipios y la Iglesia, de conformidad con la enumeración del antiguo artículo 33 del Código Civil, siempre que el delito fuere cometido por sus órganos sociales en representación de ellas y con desviación delictiva de la actividad propia de la sociedad, responsabilidad que no exime la de las personas naturales que hubieran participado criminalmente en el hecho. A su vez, los artículos 47 y 48 consagraban el sistema de responsabilidad de la innovación respecto de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas introducida por el Proyecto.

Este proyecto presentado por Isidoro De Benedetti no fue considerado en ninguna de las dos Cámaras del Congreso Nacional y esta norma nunca pasó de proyecto pero anticipa la diferencia entre sociedades de objeto ilícito y de objeto lícito con actividad ilícita, que tratan los artículos 18 y 19 de la Ley de Sociedades Comerciales.

## 4.2 Legislación

Desde la perspectiva normativa respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas hay que distinguir tres ámbitos, a) en los regímenes penales administrativos (aduanero, tributario y fiscal) la misma está ampliamente consagrada, b) el Código Penal no la admite y c) gran cantidad de leyes especiales -algunas incorporadas al Código Penal- la estatuyen expresamente.

El trasfondo histórico de la división entre derecho contravencional o penal administrativo y derecho penal criminal se apoya en la suposición de que el ilícito infraccional a diferencia del criminal, sería valorativamente neutro desde el punto de vista ético-social[122]. Esta distinción, rechazada por gran parte de la doctrina, se disuelve en una sociedad pluralista ya que en ambos ordenes se lesionan normas ético-sociales (contrabando, daño ambiental, evasión impositiva) y resulta imposible delimitar claramente entre las normas de derecho positivo dictadas por un Estado aquellas que tienen fundamento ético de las valorativamente neutrales[123].

Veremos a continuación que tanto el derecho aduanero como el régimen tributario y una gran cantidad de leyes -muchas actualmente vigentes- contienen sanciones a las personas jurídicas que importan un reconocimiento de su capacidad penal.

### 4.2.1 Código Aduanero

La legislación aduanera contiene disposiciones que imponen sanciones especiales para las personas jurídicas involucradas en la comisión de ilícitos aduaneros. Efectivamente, el Código Aduanero (Ley 22.415)[124] en su Sección XII. Disposiciones Penales, Título I Delitos Aduaneros, Capítulo Quinto. Disposiciones Comunes Penales, establece en su art. 876 inc. 1º) que en los supuestos previstos en distintos artículos se aplicarán de modo especial a las personas de existencia ideal diversas sanciones: a) la pérdida de las concesiones, regímenes especiales, privilegios y prerrogativas de que gozaren; b) la inhabilitación especial para ejercer actividades de importación o exportación. Además, en determinados supuesto cuando una persona de existencia ideal fuere responsable del delito, la inhabilitación especial prevista se hará extensiva a sus directores, administradores y socios ilimitadamente responsables y no responderá quien acreditare haber sido ajeno al acto o haberse opuesto a su realización; y c) el retiro de la



personería jurídica y, en su caso, la cancelación de la inscripción en el Registro Público de Comercio, cuando se tratara de personas de existencia ideal.

A su vez, el art. 888 prevé que cuando una persona de existencia ideal fuere condenada por algún delito aduanero e intimada al pago de las penas pecuniarias que se le hubieren impuesto no fuera satisfecho su importe, sus directores, administradores y socios limitadamente responsables responderán patrimonialmente y en forma solidaria con aquélla por el pago del importe de dichas penas.

En su art. 903, dispone la responsabilidad solidaria en el mismo sentido que el artículo precitado, pero cuando sus dependientes cometan infracciones aduaneras. Esta responsabilidad indirecta constituye una excepción al principio general del derecho criminal en virtud del cual debe existir identidad entre el delincuente y el condenado. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado que, en materia aduanera y tratándose de penas pecuniarias, no se aplica la regla de que la responsabilidad penal es personal, creándose una responsabilidad penal fundada en la presunción *juris et de jure* de participación en las infracciones para ciertas clases de personas[125].

En tal sentido, tiene dicho desde antaño que la legislación aduanera, a diferencia de la civil y comercial, responsabiliza a las personas jurídicas, en cuanto son capaces de mantener relaciones con la Aduana, por los fraudes o contravenciones de sus empleados y dependientes; y castiga no sólo las defraudaciones consumadas, sino la posibilidad del fraude, sin tener en consideración si hubo intención dolosa u error[126].

Las particulares características del delito infraccional aduanero que tiende a proteger intereses supraindividuales del quehacer económico hallándose comprometido el interés general hacen que el bien jurídico tutelado por la figura central, el delito de contrabando, sea todo el control aduanero de las importaciones y exportaciones tendiente a posibilitar las políticas económicas orquestadas en el ámbito del comercio exterior[127].

Los bienes jurídicos tutelados por las figuras contravencionales son satelitarios de aquél, pues tienden a proteger el correcto uso de los medios operativos aduaneros con miras a no poner en peligro el bien jurídico principal[128].

A través de las infracciones se pretende captar de los ilícitos tanto a los actos preparatorios (falsas declaraciones de mercadería que aún no se ha pasado por la aduana) como a los actos posteriores al cruce irregular de la barrera aduanera consistentes en el aprovechamiento económico de la mercadería ilegítimamente introducida (tenencia de mercadería extranjera en plaza sin acreditar su legítima introducción).

Podemos colegir que lo único que importa a los fines de la responsabilidad de las personas jurídicas es la comprobación del hecho perjudicial para la renta aduanera, con independencia de la declaración de culpabilidad de cualquier otro sujeto, sea dependiente o asalariado, quedando a salvo, en este supuesto, el derecho de aquellos para repetir la multa contra el que la causó.

#### 4.2.2 Régimen Penal Tributario

Es en la materia penal tributaria también encontramos diferentes normas referidas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y actuación de representantes, directores y miembros de las mismas. En la ley 11.683 ya se preveía la sanción con pena de multa a las personas ideales (art. 51) por infracciones formales, omisión de impuestos y defraudación.

La Ley 23.771, denominada Régimen Penal Tributario y Fiscal, que reprime los ilícitos tributarios y previsionales, admitía expresamente en su art. 12 la punibilidad de los entes ideales y la consecuente responsabilidad de los representantes de éstos, estableciendo para ellos la pena de prisión por los delitos previstos en la ley sin formular distinguir con relación a la pena de multa con la que se conmina ciertas conductas.

Si bien la sanción aplicable no lo es directamente hacia las personas jurídicas, la punibilidad alcanzaba no solamente a quienes ejercen su representación y a quienes puede imputarse el delito tributario sobre la base de una autoría personal y directa, sino que extendía la autoría a los representantes y directivos que, por su jerarquía y competencia, se encontraban en situación de impulsar y producir estos delitos.

Esta ley fue derogada y reemplazada por la Ley 24.769, denominada a su vez Régimen Penal Tributario que establece en su art. 14 un precepto similar al contenido en la anterior normativa respecto de la pena de prisión, pero amplía el círculo de autoría a aquellos autorizados que hubiesen intervenido en el hecho punible inclusive cuando el acto que hubiere servido de fundamento a la representación sea ineficaz. No hace referencia, en cambio, a las penas de pérdida de beneficios y de la posibilidad de obtener o de utilizar beneficios fiscales que, como sanciones prevé en el art. 5.

Exige una actuación personal y directa de los representantes para la aplicación de las sanciones, lo que se compadece con los principios generales del derecho penal en cuanto a la personalidad de la pena y admite la imputabilidad de las personas jurídicas en cuanto a la aplicación de sanciones económicas, contenidas en la ley 11.683, de procedimientos tributarios.

Otra diferencia establecida por la ley 24.769 con relación a su antecesora es que parece haberse extendido a las personas jurídicas de derecho público, por cuanto eliminó de su articulado la expresión contenida en la ley 23.771 que la restringía a personas jurídicas de derecho privado.

#### 4.2.3 Leyes especiales

Dentro del orden normativo nacional fueron dictadas gran cantidad de leyes especiales<sup>[129]</sup> - algunas complementarias del Código Penal- que sancionan expresamente la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

Contienen normas de este tipo las siguientes normas: Ley 817 de inmigración y colonización, art. 41; Ley 2.872 de ferrocarriles, arts. 92 y 93 y su decreto reglamentario (art. 112); Ley 5.125 que impone multas a las sociedades anónimas que no presenten balances, art. 2; Ley 9.643 de Warrants y de Certificados de Depósito, art. 37, incorporado al Código Penal por art. 38<sup>[130]</sup>, Decreto 84.651/41 de régimen de cambios; Decreto 12.647/49, sobre reglamentación del art. 17 de la ley 12.160; sobre la Comisión organizadora del Banco Central y del Instituto Movilizador de inversiones bancarias.

Ley 12.830, sobre represión del agio, arts. 4, 6, 9 y 10 (derogó la ley 12.591 que la contenía en el art. 12); Ley 12.906 de monopolios, arts. 3, 5, 7, 15 y 21; Ley 12.962 del régimen de control de cambios, art. 3; Ley 13.985 de delitos contra la Seguridad de la Nación, art. 12 inciso d; Ley 14.878, de vinos, art. 24 y 25; Ley 15.885, de fondos comunes de inversión, art. 39; Ley 17.671 de Potencial Humano, art. 40 inc. A; Ley 18.425, de promoción comercial y desarrollo de supermercados, art. 21; Ley 18.829, de agentes de viajes, arts. 10, 11, 12 y 13; Leyes 19.359 y 22.338 de Régimen Penal Cambiario (t.o.1995) art. 2; Ley 19.511, de metrología legal, art.19; Ley 19.882, de identificación de mercaderías, art. 12 inc. d).

Ley 20.318, de Servicio Civil de Defensa, art. 29; Ley 20.425, de inseminación artificial de animales, art.5; 20.429, de Armas y Explosivos, art. 36 inc. 4; Ley 20.680, de abastecimiento, arts. 8 y 19; Ley 20.974, de identificación del potencial humano de la Nación, art. 40; Ley 21.526, de Entidades Financieras, arts. 41 y 42; Ley 22.262, de defensa de la competencia, art. 42; Ley 23.737, de tenencia y tráfico de estupefacientes, art. 37; Ley 24.051, de residuos peligrosos, art. 57; Ley 24.192, de prevención y represión de violencia en espectáculos deportivos, art. 11; Ley 24.241, del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones; arts. 140 y 144; Ley 24.449 de tránsito, art. 76; Ley 24.557, de riesgos del trabajo, art. 32, Ley 25.156, de defensa de la competencia, art. 47 y Ley 25.246, de lavado de dinero, art. 23[131].

### 4.3 Jurisprudencia

La controversia teórica instalada en la doctrina penal se ha trasladado al ámbito de los tribunales, donde podemos encontrar una marcada tendencia a considerar procedente la imputación delictiva de las personas jurídicas en términos puntuales.

Particularmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha hecho efectiva en diversos pronunciamientos la mencionada responsabilidad legal, de orden penal, de las personas jurídicas.

En la causa "*Pallavicini y Cía., S.A. s/ Impuestos Internos*" del 17/04/50 sostuvo que a los fines sancionatorios del derecho penal fiscal es viable que la acción penal pueda ejercitarse contra las corporaciones, quienes podrán ser condenadas a las penas pecuniarias fijadas en la materia[132].

En "*Minetti S.A. y Compañía Limitada*" del 20/04/45 sostuvo que la posibilidad de aplicar multas a los directores, administradores, gerentes o miembros de las personas jurídicas o sociedades establecida por el artículo 12 de la ley 12.591, no excluye la de hacer recaer dichas sanciones sobre las entidades como tales sino que coexiste con esta última.[133].

En "*Calera Avellaneda S.A.*", el 27/04/45 afirmó que la ley 12.591 no establece las multas como fuentes de recursos sino como sanciones[134].

En autos "*Diebel y Saporiti y Dirección General de Hospitales de Santiago del Estero c/ Aduana*", del 20/12/44, afirmó que la excepción a la regla general de irresponsabilidad penal de las personas jurídicas del artículo 43 del Código Civil establecida por los artículos 1027 y 1028 de las Ordenanzas de Aduana debe interpretarse restrictivamente limitándola a aquellas personas jurídicas de existencia voluntaria, de interés privado, creadas con fines económicos[135].

Asimismo merecen destacarse los fallos "*Nación Argentina vs. S.A. Maderas Industrializadas Delta*" del 22/12/77 en el que al tiempo de afirmarse le carácter penal de las multas impuestas por la ley de abastecimiento se mensura la aplicación de la sanción mediante la incidencia socioeconómica de la infracción cometida.

En la causa "*Cia. Swift de La Plata vs. Nación Argentina*" del 7/7/39 se sostuvo que la multa aplicada por una infracción aduanera tiene carácter penal[136].

En "*Banco de Santander y otros*" del 21/2/78 se sostuvo que las sanciones de la ley penal cambiaria poseen sustancia represiva[137] y se pronunció en favor de la constitucionalidad del artículo 2 de la ley 19.359, que establecía la responsabilidad de las personas jurídicas y la consecuente responsabilidad solidaria de sus directores, administradores y gerentes.

Lo propio fue resuelto en “*Wlodavsky, Pedro y otros*” el 9/8/77, afirmando el Tribunal que las sanciones autorizadas por la ley 19.359 eran de naturaleza represiva y no se aplicaban las reglas comunes a la responsabilidad por actos delictuosos lo que permitía dirigir la acción contra personas jurídicas a los fines de su condena en la forma prevista por las leyes especiales[138].

En sentido análogo se expidió en “*Banco Comercial de La Plata y otros*” al manifestar que en materia penal administrativa no se aplican las reglas comunes de la responsabilidad por actos delictuosos, lo que permite dirigir la acción contra personas jurídicas[139]

En “*Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Administración Nacional de Aduanas s/ recurso de apelación*”, el 2/7/1993 dejó sentado que a la luz de lo dispuesto por el art. 1027 bis de las Ordenanzas de Aduana, correspondía concluir que Y.P.F. no goza de inmunidad en materia infraccional aduanera[140]

Por su parte, la Cámara en lo Penal Económico también ha emitido pronunciamientos favorables a la imputación de las personas jurídicas por la comisión de ilícitos.

Así lo hizo el 14/3/63 en la causa “*González e Hijos SRL*”[141], el 31/10/62 in re “*Leiro G. y otra*”[142], la Sala I en la causa n° 9962 del 6/01/68 donde sostuvo que se reconoce responsabilidad penal a las personas de existencia ideal, bajo la faz práctica frente a las indispensables modalidades impuestas por la índole del sujeto contra el cual se ejercita la acción penal

La misma Sala el 07/06/1977 en la causa “*Danduf S.A., South American Electric Co. S.A y otros s/ ley 19.359*” resolvió extender el reproche penal a las personas físicas autoras materiales del ilícito y a las personas jurídicas beneficiarias e instrumentos del mismo[143].

En tanto la Sala II en la causa n° 13.820 “*Suchard Argentina S.A. y Panagiotis, Kiriopulos y otros s/ ley 11.275*” del 08/03/72 ha afirmado que es doctrina sentada que el presidente o un miembro del Directorio que tenga una autoridad y representación equivalente a la de aquel pueden prestar declaración indagatoria en nombre de las sociedades anónimas.

A su vez la Sala III en causa “*D.I.A.N. S.A.I.C. s/ infracción ley 11.275 s/ Incidente de apelación*” el 06/06/72 consideró procedente la imputación delictiva a un ente ideal debido a que el mismo tiene realidad y voluntad propia distinta de la de sus componentes y la exterioriza por medio de los órganos de representación que la ley ha creado.

En autos “*Comaltex Comercial Algodonera s/ Contrabando*” tras reconocer que la persona jurídica tiene capacidad de acción penalmente relevante, la Sala B entendió que los entes ideales tienen responsabilidad y son pasibles de pena sin que sea requisito previo la condena de la persona física y condenó a la sociedad infractora por el delito de contrabando con la pena de cancelación de la inscripción en la IGJ.

En el mismo sentido que los fallos apuntados, la propia Sala B el 5/3/1996 en la causa “*C.C.A.T. y otros s/ contrabando*” sostuvo que los delitos que puede cometer una sociedad son posibles no sólo en la realidad sino jurídicamente y que los entes ideales tienen responsabilidad y son pasibles de penas[144].

La Sala A, in re “*Leiva, Roberto s/ incidente de apelación*”, se dictó un auto de procesamiento respecto de una persona jurídica y se tomó declaración indagatoria al representante de la misma como si fuera aquella.

En la causa “*Wakin, Miguel Angel s/contrabando*”, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala I, sostuvo que no puede discutirse la facultad de sancionar a una persona jurídica, en razón de que está racional y jurídicamente fundado que ella se encuentra comprendida dentro del concepto de personas cuyas obligaciones están insertas en su responsabilidad por actos lícitos e ilícitos y que el régimen represivo del Código Aduanero prevé especialmente la aplicación de sanciones a las sociedades. Este Fallo llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que al rechazar un recurso extraordinario interpuesto ante ella, consagró en sus fundamentos la capacidad de imputación de las personas jurídicas[145].

La Sala II, en autos “*Sotelo, Jorge s/Infracción a la ley 23.771*”[146] ha fallado que correspondía fijar caución real si el solicitante de la eximición de prisión es fundador o presidente del directorio de una sociedad anónima cuyas obligaciones tributarias habrían sido el objeto de las maniobras que acarrear su eventual responsabilidad penal.

En la causa “*Vildex S.A. s/ley 23.771, incidente de apelación de procesamiento*”[147], la Sala B afirmó que La responsabilidad penal de los directores establecida por el artículo 12 permite a estos últimos la posibilidad de eximirse de la misma en caso de disconformidad constatada en actas de directorio.

En autos “*S. M. y otro*”, la Sala B, el 25/9/2001 decretó la nulidad del sobreseimiento dictado en favor de una persona jurídica en orden al delito de libramiento de cheques sin provisión de fondos del artículo 302 del Código Penal[148].

También la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal ha acogido parcialmente el criterio de la imputación de las personas jurídicas en la causa “*El Cafetal S.R.L.*” al fallar sobre la Ley 11.683 de impuesto a los réditos y la Ley 12.591 sobre agio y especulación[149].

A su vez, la Sala V en autos “*Safra C.I.F. -T.F. 7054-A c/ A.N.A.*”, Causa n° 46.108/95 el 27/05/96 sostuvo que el Código Aduanero establece la inmunidad de las personas de existencia ideal de derecho público, con excepción de los entes descentralizados que sí son responsables[150].

La misma Sala se pronunció en una causa sustancialmente análoga “*Safra C.I.F. -TF 7051-A c/ A.N.A.*”, del 15/5/96 sosteniendo que “la inmunidad subjetiva establecida en el artículo 910 del Código Aduanero sólo alcanza, como el propio tenor literal de la disposición señala, al Estado Nacional, las provincias, las municipalidades y sus respectivas reparticiones centralizadas, siendo inaplicable al resto de las entidades estatales cualquiera fuere la forma jurídica que adoptaren.

Otros tribunales de diversos fueros y jurisdicciones han tenido oportunidad de expresarse sobre diferentes aspectos de la temática relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas o sus representantes.

La Cámara Nacional de Casación Penal, Sala 3ª, en la causa “*Peugeot Citroën Argentina S.A. s/recurso de casación*” el 16/11/2001 ha sostenido que al constituir el Derecho Penal la *ultima ratio* con que cuenta el Estado para reforzar el cumplimiento de aquellas normas esenciales que hacen al planeamiento de la economía, pues éstas afectan un interés tan primordial como el orden público económico y que la aparición de intrincadas formas de delincuencia que, recurriendo a entes colectivos de diverso carácter, atentan contra el ordenamiento económico-financiero del Estado, han dado lugar a que éste, en defensa de la sociedad y su seguridad jurídica, afirme la responsabilidad penal de las personas de existencia ideal como medio de

impedir la violación de preciados bienes jurídicos por parte de sociedades inalcanzables por las sanciones comunes[151].

En autos “*Feet Up SA s/Infracción ley 23771*”[152]se resolvió la responsabilidad penal de un administrador de hecho de una persona jurídica ya que el ejercicio del poder ejecutivo de gestión de la empresa hace que se equipare el concepto de administrador en sentido formal y en sentido material o de ipso.

En “*Cruz Azul S.A. s/infracción Ley 23.771*”[153], se estableció que las personas jurídicas son pasibles de sanciones penales por infracciones tributarias y previsionales y que la aplicación de la excepción del artículo 14 de la ley 23.771sólo es válida respecto de una persona jurídica y no de sus directivos o representantes.

En la causa “*Nuñez, Juan Enrique s/denuncia*”[154], se resolvió que un sujeto activo del delito comprendido como persona jurídica de derecho público no había sido previsto por el legislador en el artículo 12 de la ley 23.771 donde se habla de personas jurídicas de derecho privado.

En sentido contrario se resolvió in re “*Argentina Televisora Color S.A. s/denuncia ley 23.771*”[155]donde se determinó que la ley penal tributaria era aplicable a personas jurídicas de derecho público y generaba la extensión de la responsabilidad penal a sus órganos directivos.

El Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, en autos “*Transportes Veintidós de Septiembre S.A.C.*”, el 18/10/1999 se expidió acerca de la extensión de la responsabilidad por faltas locales a las personas jurídicas por el hecho de sus dependientes manifestando que el orden jurídico de la Ciudad de Buenos Aires siempre atribuyó responsabilidad a las personas jurídicas respecto de las faltas cometidas por sus agentes[156]

## Segunda Parte

### 5. Horizonte de derecho comparado [arriba]

Dentro del derecho comparado, las legislaciones penales europeas han ido receptando ciertos principios de responsabilidad penal de las personas jurídicas y adecuándolos con los criterios que rigen la imputación de los actos en el derecho penal y con ciertas limitaciones constitucionales, especialmente en cuanto hace al principio de culpabilidad que, en Alemania, Italia y España, opera como límite constitucional[157]. Dentro de la familia del *common law* la responsabilidad penal plena de las personas ideales existe en el derecho inglés, escocés e irlandés[158].

En general y según el criterio seguido en este trabajo, se han elaborado tres modelos diferentes para dar respuesta al problema. En primer lugar, existen sistemas que niegan la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas (Bélgica, Grecia, Luxemburgo, Portugal y Suiza), luego otros que postulan su punibilidad a título contravencional trasladando el problema del ámbito del derecho criminal al del derecho penal administrativo, ya sea mediante la utilización de multas (Alemania, Austria, Dinamarca, Italia, Polonia y Suecia), o de medidas de seguridad (España), y finalmente quienes directamente consagran la responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante la aplicación de la teoría del delito tradicional en los entes colectivos (Finlandia desde 1995, Francia desde 1994, Holanda desde 1996 y Noruega desde 1992)[159].

#### 5.1 Países latinos

## 5.1.2 España

### 5.1.2.1 Los ilícitos societarios

En el Código Penal de 1995 los ilícitos societarios están enumerados según se describe a continuación: art. 290: delito de falsedad en documentos sociales. Art. 291 y 292: delitos de imposición en acuerdos abusivos mediante prevalimiento de posición mayoritaria real o creación de mayorías ficticias. Art. 293: conductas contrarias al ejercicio de los derechos de los socios. Art. 294: conductas contrarias al ejercicio de las facultades de inspección y supervisión de determinadas personas, órganos o entidades y art. 295: el delito de administración social fraudulenta.

Al interpretar las precitadas normas, las mismas nos muestran como bienes jurídicos protegidos al patrimonio y a la seguridad del patrimonio de los socios o de terceros en el art. 290, el patrimonio de los socios en el art. 291, el patrimonio de los socios y de la sociedad en el art. 292, ciertos derechos de los socios en el Art. 293, las facultades de control de la Administración sobre las sociedades mercantiles en el art. 294, y el patrimonio de los socios, los depositantes, los cuentaparticipes o los titulares de bienes, valores o capital administrados por la sociedad, en el art. 295.

El referente societario en los delitos patrimoniales se encuentra eventualmente en la titularidad del patrimonio afectado (de la sociedad, de los socios o de personas relacionadas con la sociedad) y necesariamente en el modo de ataque al mismo: falsedad en documentos sociales, acuerdos abusivos, acuerdos por mayorías ficticias o administración desleal del patrimonio societario.

Este catálogo de bienes, individuales en su mayor parte, pero también colectivos e institucionales, explica que la perseguibilidad del delito se condicione sólo en algunos supuestos, a la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, y que se prevea la eliminación de dicha condición cuando el delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

### 5.1.2.2 El artículo 262 y las penas a las personas jurídicas

El Código Penal de 1995 ha supuesto una verdadera innovación en la materia que nos ocupa. En él se ha introducido una pena, llamándolo así expresamente el legislador español, a la persona jurídica. En el supuesto típico contenido en el Art. 262 del Código Penal (Capítulo VIII, De la alteración de precios en concursos y subastas públicas) se impone a la empresa la pena de inhabilitación especial que comprende, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones Públicas por un período de tres a cinco años. Si bien ello importa una consecuencia accesoria y no una pena en sí misma, Bacigalupo afirma que independientemente del nombre que se les quiera otorgar constituyen verdaderas sanciones represivas impuestas a las personas jurídicas[160].

### 5.1.2.3 El artículo 129 y las consecuencias accesorias

El mismo Código Penal español ha establecido, por primera vez en la legislación peninsular, un catálogo de consecuencias accesorias destinadas a las empresas asociaciones y organizaciones. La novedad reside en la regulación con carácter general y bajo la denominación expresa de consecuencias accesorias, ya que en algunas leyes especiales y varios Códigos y proyectos de Códigos Penales se encontraban algunas de estas medidas[161]. Efectivamente el art. 129

establece, bajo la modalidad del sistema de *numerus clausus*, una serie de consecuencias accesorias a la comisión de un delito que constituyen una suerte de medidas absolutamente independientes de las penas y de las medidas de seguridad; de modo tal que, en cualquier supuesto en que no concurran los presupuestos fácticos para la aplicación de una pena o medida de seguridad se pueda aplicar la consecuencia accesoria del 129, de presentarse sus requisitos.

#### 5.1.2.4 Naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias

La naturaleza jurídica de este instituto ha sido y es aún muy debatida en la dogmática española, pronunciándose una parte de la doctrina en el sentido de afirmar que se trata de medidas de seguridad de naturaleza administrativa que otorgan a los jueces o tribunales la posibilidad de su aplicación en el marco de un proceso penal[162], en tanto la posición contraria sostiene que se trata de consecuencias accesorias de la pena, dependiendo su aplicación de la previa sanción penal represiva o la imposición de una medida de seguridad[163].

Para los primeros -entre los que se encuentra Gracia Martín-, el fundamento de su tesis reside en que la persona jurídica no puede ser instrumento de una pena; pero, debido a que la prevención del delito requiere de algún tipo de medidas contra tales entes morales y ante la imposibilidad de aplicar otro tipo de consecuencias penales, consideran adecuado recurrir al criterio de fundamentación de tales reacciones jurídicas, basándose en el concepto de peligrosidad objetiva.

Bacigalupo afirma en sentido contrario y sostiene, siguiendo a Zugaldía, que la única calificación posible de las consecuencias accesorias referidas es la de sanciones penales. Por lo tanto, o son penas o son medidas de seguridad. En este sentido, considera las penas como aquellas sanciones cuyo presupuesto y límite es el principio de culpabilidad. Por consiguiente, las consecuencias accesorias son auténticas penas toda vez que, como lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional Español, la sanción a una persona jurídica exige su propia acción (al tener capacidad infractora) y su propia culpabilidad[164].

El propio Zugaldía opina que las consecuencias accesorias del art. 129 son auténticas penas porque no son instrumentos reparatorios civiles, ya que no tienden a reparar el daño causado a la víctima, no son medidas de seguridad porque éstas no exigen la culpabilidad de quien las sufre y las consecuencias accesorias sí y finalmente están reguladas en el Título VI del Libro I junto al decomiso, de cuya naturaleza de pena nadie ha dudado nunca[165].

Como argumento adicional en sustento de sus conclusiones, afirma que la referencia a la prevención especial contenida en el art. 129, 3 no convierte a las consecuencias accesorias previstas en el precepto en medidas de seguridad, ya que también las penas tienen fines preventivo especiales y que lo mismo cabe decir respecto de la previsión de las consecuencias accesorias como facultativas[166].

La identidad sustancial entre infracción delictual y administrativa ha sido también reconocida en la jurisprudencia española desde antiguo[167].

#### 5.1.2.5 Características de las consecuencias accesorias

Si bien de lo expuesto surge que no es unánime que el Código Penal español de 1995 haya derogado la fórmula tradicional *societas delinquere no potest* y haya consagrado justamente la contraria el ordenamiento en análisis, establece un sistema único en su tipo en cuanto al tratamiento del problema de la responsabilidad de las personas ideales.



Efectivamente, el sistema admite la responsabilidad directa de la persona jurídica que puede ser perseguida o sancionada sin que ello esté condicionado a la paralela persecución y sanción de una persona física. Cometido presuntamente un delito de los que se admite responsabilidad criminal de las personas jurídicas, la denuncia o la querrela podrá dirigirse indistintamente contra una persona física, contra una persona jurídica o contra ambas y las actuaciones judiciales acordadas durante la tramitación de la causa (art. 129, 2) podrán recaer sólo sobre la persona jurídica (clausura temporal, suspensión de actividades) aunque todavía no existan indicios racionales de criminalidad respecto de una persona física concreta. Del mismo modo, no podrá acordarse el sobreseimiento provisional de la causa por falta de autor (persona física) conocido si existe una persona jurídica a la que pueda imputarse el delito. Paralelamente, la absolución del imputado (persona física) no impedirá, en su caso, la condena de la persona jurídica (por ejemplo, es posible imponer una consecuencia accesoria a una persona jurídica si el órgano actuante actúa de forma ilícita, pero no culpable, en caso de que la persona jurídica sí haya actuado de forma culpable; es decir, las consecuencias accesorias son accesorias en el sentido de la participación criminal)[168].

Se trata de un sistema que opera sobre la base del *numerus clausus*, ya que las consecuencias accesorias establecidas en el art. 129 son de aplicación solamente en los supuestos previstos en el Código que son los delitos de exhibicionismo, pornografía y prostitución (art. 194); venta de niños (art. 221); contra la propiedad intelectual (art. 271); contra la propiedad industrial (art. 276); relativos al mercado y consumidores (art. 288), resistencia a inspecciones (art. 294), receptación (art. 298 y 299), lavado de dinero (art. 302), contra el medio ambiente (art. 327), fraudes alimentarios (art. 366), tráfico de drogas (art. 370 y 371), tráfico de influencias (art. 430) y asociación ilícita (Art. 520). Zugaldía afirma que se trata de trece supuestos entre los que no se han incluido -sin que alcance a encontrarle al dato explicación alguna - los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 305 y ss) ni los delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 311 y ss)[169].

Para Zugaldía, el sistema resulta pobre en lo relativo al catálogo de sanciones, ya que en el art. 129 del Código Penal faltan algunas cuya efectividad en la lucha contra la delincuencia económica debió ser valorada por el legislador español como la pérdida de beneficios fiscales, la pena de multa, la amonestación pública o privada, la aplicación de beneficios económicos a fines sociales, la publicación de la sentencia o la prohibición de contratar con empresas públicas. El establecimiento de este catálogo más amplio hubiera enriquecido notablemente al art. 129 y facilitado los fines de prevención especial que con el mismo se pretenden[170].

#### 5.1.2.6 Análisis de las medidas previstas en Art. 129

El art. 129 del Código Penal español contempla la posible aplicación de una serie de consecuencias accesorias que el Juez o Tribunal, en los supuestos previstos, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, a las personas jurídicas.

*a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.* Esta es la consecuencia accesoria contemplada con mayor frecuencia en los artículos de la parte especial ya que se encuentra prevista para caso de delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial en su art. 271 b) donde establece que se podrá decretar el cierre temporal o definitivo de la industria, o establecimiento del condenado.

En ese mismo título, pero en la sección segunda del Capítulo XI sobre los delitos relativos a la propiedad industrial, el art. 276.2 también prevé el cierre temporal o definitivo de la industria o

establecimiento del condenado. Por último, dentro de este Capítulo XI, la sección cuarta, relativa a las disposiciones comunes de dicho capítulo, se establece en el art. 288 que se podrán acordar las medidas previstas en el art. 129 del Código Penal.

En dicho título, el Capítulo XIII relativo a los delitos societarios contempla en el tipo del art. 294.2 la aplicación de alguna de las medidas del art. 129. En el Capítulo XIV sobre el encubrimiento y otras conductas afines, los arts. 298.2, 299.2 y 302 b) en relación con el supuesto típico del art. 301 también prevén la posibilidad de adoptar la clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. En este sentido, se debe resaltar que el art. 300 de dicho capítulo establece una importante regla de carácter procesal, según la cual las disposiciones de dicho capítulo se aplicarán aun cuando el autor o cómplice del hecho de que prevengan los efectos fueran irresponsables o estuvieran personalmente exentos de pena[171].

En el Título XVI de los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente, Capítulo III sobre los delitos contra los recursos naturales y del medio ambiente, el art. 327 prevé para las conductas típicas de los arts. 325 y 326 la posibilidad de acordar la clausura del art. 129.

En el Título XVII de los delitos contra la seguridad colectiva, el Capítulo III sobre los delitos contra la salud pública, el art. 366 establece que se podrá imponer para las conductas tipificadas en los arts. 359-365 la clausura temporal del establecimiento, fábrica, laboratorio o local y en los casos de extrema gravedad, se podrá decretar el cierre definitivo conforme a lo establecido en el art. 129. En este mismo capítulo el art. 370, también prevé esta consecuencia accesoria para los casos tipificados en los arts. 369.2, 369.6 y 371 del Código Penal.

*b) Disolución de la sociedad o asociación:* La disolución de la sociedad y el retiro de su personería jurídica es la consecuencia más grave que se puede imponer a una persona jurídica, pues supone la muerte civil de la misma. Esta consecuencia aparece singularmente prevista en los arts. 288, 294.2 y 520 por su remisión general a cualquiera de las medidas del art. 129 y en los arts. 302 y 370.a[172].

*c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.* La Suspensión de las actividades de la persona jurídica es una consecuencia de carácter temporal. Su duración no podrá superar los cinco años y aparece contemplada con diferentes matices en los arts. 288, 294.2 y 520 por su remisión general al propio 129 y específicamente en los arts. 302.b, 370 b y 430.

*d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios* de la clase de aquellos 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. Está contemplada en los arts. 288, 294.2 y 520 por su remisión general al propio 129 y específicamente en los arts. 302.c y 370 c. En el contexto de este inciso postula Bacigalupo debería haberse incluido la pena de inhabilitación contemplada en el art. 262 ya comentado.

*e) La intervención de la empresa* para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario. Esta es una consecuencia que, a diferencia de las anteriores, opera más como medida cautelar que como consecuencia accesoria en si misma independientemente de la naturaleza que se le atribuya a las mismas. La intervención se podrá imponer como consecuencia única o simultáneamente con otras cuya aplicación no resulte excluida[173].

#### 5.1.2.7 El art. 31 y la figura del administrador de hecho.

En el Código de 1983, inspirado en la legislación alemana, se introdujo el concepto de administrador de hecho, el que fue absorbido por el art. 31 del vigente Código Penal que estipula que quien actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones y cualidades que requiera la correspondiente figura de delito si las mismas se dan en la persona en cuyo nombre o representación actúe.

Estos preceptos han de entenderse, sin embargo, limitados a la tipicidad de la conducta, sin despreñar las reglas de la imputación en calidad de autor, ni las garantías del principio de culpabilidad, de modo que habrá de indagarse, para considerarlo autor, quien es la persona o personas que controlan la decisión y pueden dar lugar a ella o a detenerla.

#### 5.1.2.8 El art. 15 bis y la figura del actuar en nombre de otro

También contemplada en el ordenamiento penal español, la figura del actuar por otro se encuentra legislada en el Art. 15 bis del Código Penal Español. Al referirse a la finalidad del mismo, Enrique Bacigalupo, afirma que busca eliminar las lagunas de impunidad que se generarían de aplicar las reglas generales de participación y la tipicidad a los casos en que el deber especial incumbe a una persona jurídica, pero no a su representante que es quien realiza el comportamiento ilícito[174].

### 5.1.3 Francia

En Francia, la ley de sociedades del 24 de julio de 1966, en el título II, sancionaba los ilícitos societarios, aplicando primordialmente un criterio de responsabilidad objetiva. A partir de la sanción del *Nouveau Code Pénal*, que entró en vigencia el 1º de marzo de 1994, se incluyó en esta última normativa la responsabilidad penal de las personas jurídicas por su actuar ilícito, modificándose la anterior normativa, a fin de poder aplicarlo a esos “delincuentes de un género nuevo” que eran las sociedades ya que hasta ese momento, para la legislación penal sólo eran responsables las personas físicas[175].

El reconocimiento de esta responsabilidad se asienta en el hecho de que, siendo las personas jurídicas un aspecto esencial de la vida económica actual, no se puede negar ese dato de la realidad descartando *a priori* su responsabilidad penal; y ello es así reflejado tanto en su ordenamiento civil y comercial como en el penal.

#### 5.1.3.1 El Código Penal

Según el art. 121-2 del Código Penal, las personas morales, con exclusión del Estado, son responsables penalmente en los casos previstos por la ley, por las infracciones cometidas en su nombre por sus órganos o representantes. Las penas que establece no son corporales y no obstante el carácter general de su texto existen algunos límites.

##### 5.1.3.1.1 Entidades comprendidas

En primer lugar, el art. 121-2 del Código Penal habla únicamente de personas morales. En consecuencia, toda agrupación que esté desprovista de personalidad jurídica no puede ser sujeto de condena. Tal el caso de las sociedades de hecho (*sociétés de fait*) y de las sociedades de participación reguladas en los arts. 1871 y 1873 del Código Civil según la posición mayoritaria expresada por Pradel y Larguier entre otros[176].

En segundo lugar, entre las personas morales hay que mencionar algunas pocas excepciones que se encuentran excluidas. En principio, el art. 121-2, inciso 1 excluye al Estado ya que, teniendo el monopolio del derecho de penar, éste no puede castigarse a sí mismo. Lo propio ocurre con las colectividades territoriales y sus agrupaciones[177]. Sin embargo cesa su irresponsabilidad cuando se trata de infracciones cometidas en el marco de las actividades que pueden ser objeto de convenciones de delegación de un servicio público (art. 121-2, inc. 2)[178].

#### 5.1.3.1.2 Tipo de infracciones

Mientras que con relación a las personas jurídicas, el legislador adoptó el principio de generalidad mediante el uso de la fórmula “todas son responsables, salvo”, respecto a las infracciones consagró el principio de especialidad. Las personas morales sólo pueden ser declaradas responsables por las infracciones previstas expresamente en la ley (art. 121-2, inc. 1) lo que ha hecho con bastante frecuencia[179].

En cuanto a los delitos, el nuevo Código Penal prevé la responsabilidad de las personas morales en relación con el genocidio, el homicidio y las heridas involuntarias (pero curiosamente no para las voluntarias), el tráfico de estupefacientes y el blanqueo de dinero, la puesta en peligro de muerte, las discriminaciones, el proxenetismo, el atentado a la vida privada, el hurto, la extorsión, el chantaje, la estafa, las malversaciones (como el abuso de confianza), la receptación, los daños, la traición, el espionaje, el atentado, el complot, la participación en un movimiento insurreccional, la corrupción, el tráfico de influencia, la usurpación de funciones o de título, la falsificación de documentos y de moneda y los actos de terrorismo.

La responsabilidad es también admitida de manera amplia en el ámbito de las contravenciones. El nuevo Código la estatuye, por ejemplo, en el caso de los atentados involuntarios a la integridad de la persona, la difusión de mensajes indecentes, las amenazas de destrucción que entrañan un daño ligero, los atentados contra la moneda, la utilización de pesos y medidas diferentes a los establecidos por la ley[180].

#### 5.1.3.1.3 Requisitos de fondo para la responsabilidad

Según el art. 121-2, inciso 1 las personas morales son responsables penalmente por las infracciones cometidas a su nombre, por los órganos o representantes. Esta primera condición significa que una empresa o sociedad es responsable sólo si la infracción ha sido realizada por un individuo. El acto de este último es la condición necesaria para la existencia de la responsabilidad de la persona jurídica.

En cuanto a los representantes son individuos determinados como el Director general o el gerente. Por el contrario, un subalterno no comprometerá a la persona jurídica a no ser que haya obtenido una delegación del superior jerárquico y siempre que sean cumplidas las condiciones de la delegación.

Entre las dificultades que pueden presentarse. Pradel señala tres fundamentales. Primero, ¿se puede asimilar el directivo de hecho a un representante de derecho? Sabemos que el administrador de hecho es aquél que posee el poder sin tener el título para tal función (en tanto que el falso gerente u hombre de paja tiene el título pero no el poder). En una Ordenanza del 5 de mayo de 1945 sobre las empresas de comunicación que hubieran colaborado con el enemigo, se previó que el gerente no podía generar la responsabilidad de la persona moral, si no había sido nombrado de acuerdo a la ley y a los estatutos[181].

En la actualidad, el Código no dice nada al respecto. Aunque parece que corresponde dar la misma respuesta, puesto que el gerente no ha recibido ninguna investidura de la persona moral, la cual se encuentra obligada y colocada como víctima, a menos que los socios de la persona jurídica no hubieran reclutado de hecho al administrador.

Segundo, ¿qué sucede si el gerente en la terminología francesa, o administrador entre nosotros, sobrepasa el límite de sus atribuciones? Parece ser que la responsabilidad de la persona moral resulta comprometida. En efecto, el representante es nombrado (hipotéticamente) de manera regular por la persona jurídica. El principio de la responsabilidad de la persona moral perdería todo interés si se limitase la aplicación a los actos que no impliquen ningún exceso. Pradel agrega en favor de esta solución un argumento de carácter legal que se deduce del art. 131-39 del Código Penal. Este artículo, al prever la posibilidad de pronunciar la disolución de la persona ideal cuando ésta haya sido desviada de su razón social a efecto de cometer una infracción, supone un exceso de atribuciones por parte de sus órganos o representantes[182].

Finalmente, se pregunta Pradel, como la tercera dificultad que puede presentarse ¿es responsable la persona moral si la persona física del representante ha actuado bajo coacción? Debido a que el Art. 121-2 del Código Penal habla de infracciones cometidas, se puede dudar entre dos alternativas: de un lado, una concepción materialista estrecha que incluye únicamente en el concepto de infracción a los actos materiales y, de otro lado, una concepción psicológica amplia que incluye además las actitudes mentales del agente. Aun si en general la primera perspectiva es la más justa, la segunda es, en este caso, la mejor, afirma Pradel. En efecto, si la responsabilidad personal del dirigente es una condición previa de la responsabilidad de la persona jurídica y la coacción la excluye, entonces la responsabilidad de la persona moral desaparece igualmente. Del mismo modo, el dirigente que ha actuado bajo coacción, por ejemplo bajo una presión irresistible de otra sociedad, no compromete a la persona jurídica.

Si la responsabilidad de la persona ideal presupone la de los individuos que la conforman, es lógico que estos últimos puedan ser igualmente perseguidos penalmente. Esta es la posición adoptada en el art. 121-2, inc. 3 del Código Penal que lo estatuye expresamente. La cuestión fue, sin embargo, objeto de discusión a nivel parlamentario. Pero finalmente fueron previstas las dos formas de responsabilidad[183].

#### 5.1.3.2 Las leyes especiales

Si bien el Código Penal prevé numerosas hipótesis de responsabilidad penal de las personas jurídicas, deben mencionarse asimismo diversas leyes especiales, algunas anteriores y otras posteriores al nuevo Código que han consagrado dicha responsabilidad en las que puede apreciarse que el legislador se decidió por la modalidad casuística, sin adoptar una política general basada en criterios precisos.

Citando algunos ejemplos, podemos encontrar en primer lugar la ley de adecuación del 16 de diciembre de 1992 que prevé frecuentemente la responsabilidad de las personas morales[184]. Es el caso de los atentados a los intereses fundamentales de la Nación en tiempos de guerra, las infracciones al derecho minero y al derecho de autor, la quiebra y las infracciones ambientales[185].

La ley del 29 de enero de 1993 prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas para determinadas infracciones en materia de precios (Ordenanza del 1<sup>a</sup> de diciembre de 1986 modificada en su art. 31 sobre la facturación y en su art. 33 sobre la no comunicación de las condiciones de venta por el mayorista).

Otra ley del 20 de diciembre de 1993, la ha previsto en materia de derecho laboral, no de manera general sino para determinados delitos relativos al trabajo ilegal (Art. 152-3-1, 362-6 y 364-10 del Código de Trabajo). Una ley del 4 de enero de 1994 la consagra en materia de control del Estado sobre las empresas de seguros (Art. 310-27 y 28 del Código de Seguros) donde se nota la adecuación a las directivas nº 92-49 y nº 92-96 del 18 de junio y 10 de noviembre de 1992 del Consejo de Comunidades Europeas.

Una ley del 2 de febrero de 1995, sobre la protección del medio ambiente, la ha previsto para determinadas infracciones tratadas en el Libro II del nuevo Código Penal (preservación de los medios acuáticos y protección de patrimonio piscícola), en el Decreto del 9 de enero de 1852 sobre la pesca marina, en la ley del 7 de julio de 1976 sobre la polución marina y en otra ley de la misma fecha sobre la polución del mar por actos de incineración (art. 81) y una ley del 13 de mayo de 1996 prevé la responsabilidad de las personas morales en caso de blanqueo de dinero (art. 324-9 del Código Penal).

#### 5.1.3.3 Penas aplicables en materia criminal y correccional. Jerarquía

Según el art. 131-37 del Código Penal, las penas criminales y correccionales imponibles a las personas jurídicas son la multa y, en los casos previstos por la ley, las penas enumeradas en el art. 131-39 del Código Penal.

##### 5.1.3.3.1 La multa como pena principal y sistemática

Mientras que las demás penas son impuestas, según los términos del art. 131-37 en los casos previstos por la ley, la multa no está sujeta a esta restricción. De esto resulta que esta pena es sistemáticamente impuesta una vez que la persona jurídica es responsabilizada penalmente, aun cuando la multa no hubiera sido establecida expresamente.

La multa aparece entonces como pena principal, porque no existen penas complementarias o alternativas y como pena sistemática porque se puede recurrir a ella ampliamente en materia criminal y correccional[186].

*a) Monto de la multa.* Según el art. 131-38 del Código Penal, el monto la multa es igual al quintuplo previsto por la ley para las personas físicas por lo que no se precisa su monto en las disposiciones especiales. La técnica utilizada tiene el inconveniente de excluir la posibilidad de aplicar una pena de multa a una persona jurídica en tanto ésta no esté prevista respecto de las personas naturales. En la práctica, sin embargo, los crímenes y delitos pasibles únicamente de una pena privativa de libertad son excepcionales, al menos en el Código Penal y no son tampoco susceptibles de generar la responsabilidad penal de las personas jurídicas[187].

*b) Identidad de las penas criminales y correccionales.* Las disposiciones aplicables a las personas jurídicas presentan la particularidad de no hacer ninguna diferencia entre las penas criminales y correccionales. Por tanto, es imposible saber, en función de las penas impuestas a las personas jurídicas, si la infracción concernida es un crimen o un delito. Su calificación debe ser hecha con relación a las penas previstas para las personas naturales[188].

*c) Ausencia de penas complementarias y alternativas.* No existe ni pena alternativa ni complementaria ya que están situadas en el mismo plano. Todas las penas son en cierto modo penas principales que el juez puede libremente combinarlas. La fuerza de la costumbre ha llevado a clasificar, en los libros especiales del Código Penal, a las penas que no estaban comprendidas en el catálogo del art. 131-39 bajo el título de penas complementarias pero que son en Francia respecto de las personas morales, tan penas como las otras, al menos en materia

criminal y correccional. Se les llama complementarias en el sentido común del término; vale decir, que completan la lista establecida en el art. 131-39[189].

#### 5.1.3.3.2 Penas propias a las personas jurídicas

En definitiva, sólo tres penas son verdaderamente privativas de las personas jurídicas: la disolución, la colocación bajo vigilancia judicial y la prohibición de incitar públicamente al ahorro. Estas penas son, como habíamos señalado, aplicables en materia criminal y correccional[190].

a) *Disolución*. Frecuentemente es presentada, de manera un poco dramática, como la pena de muerte aplicada a las personas jurídicas. Está prevista como vimos en el inc. 1 del art. 131-39. Su gravedad explica por qué su ámbito de aplicación es limitado y sus condiciones son de aplicación rigurosa. Sus modalidades de ejecución no presentan, por el contrario, particularidades.

La disolución ha sido prevista sólo para las infracciones muy graves o que presentan una peligrosidad particular cuando son cometidas por una persona jurídica. Entre las infracciones previstas por el Código Penal, la disolución es aplicable a las modalidades ya vistas anteriormente, en tanto entre las infracciones previstas por otras leyes particulares que se reprimen con la disolución también nos remitimos a las ya reseñadas.

b) *Colocación bajo vigilancia judicial*. Es la más original de las penas aplicables a las personas jurídicas. La novedad misma explica sin duda algunas imperfecciones del dispositivo instituido por la norma del art. 131-39 que no puede compararse ni con el veedor, ni con el informante ni con el interventor contemplados por diversas leyes de nuestro sistema en la materia.

Esta pena puede analizarse, mas bien, como equivalente a la suspensión condicional de la pena aplicable a las personas físicas. Permite controlar el comportamiento de una persona jurídica para prevenir la reincidencia, asegurando la conformidad de las instalaciones defectuosas de una empresa con las reglas de higiene y de seguridad.

c) *Prohibición de recurrir públicamente al ahorro*. Según el art. 131-47 comprende tanto la colocación de cualquier tipo de títulos como acudir a instituciones de crédito, financieras o sociedades de bolsa y cualquier forma de publicidad tendiente a ello.

Esta pena puede ser prevista a título definitivo o por un lapso de cinco años o más. Por su fin mismo, está destinada sólo a ciertas personas jurídicas como las sociedades por acciones[191] y las sociedades civiles de inversión inmobiliaria[192].

#### 5.1.4 Italia

##### 5.1.4.1 Interpretación del principio constitucional de culpabilidad

La base jurídica para negar la responsabilidad penal a las personas jurídicas se encuentra en el art. 27 de la Constitución Italiana de 1948 que consagra la personalidad como base de la responsabilidad penal y reconoce el principio de culpabilidad. También es sabido que el *Progetto preliminare di riforma del codice penale - parte generale*[193], prevé la responsabilidad penal de las personas colectivas aunque en la práctica, ese proyecto perdió fuerza.

Sin desestimar la importancia del principio constitucional, ya a fines de la década del 70 la doctrina especializada se inclinó por dos variantes para responsabilizar penalmente a las personas jurídicas; una parte propuso una interpretación restringida del art. 27, inc. 1. En tanto otra parte de la doctrina condujo a dar una nueva interpretación del principio de personalidad de dicho artículo[194].

Según la primera vertiente (nueva interpretación), el constituyente habría querido prohibir solamente la responsabilidad por el hecho de otro. En efecto, la aceptación de la teoría «organicista» salvaguarda, con respecto a las relaciones entre sociedad y administradores, el principio de la responsabilidad por el hecho propio a pesar de la duplicidad entre ejecutor material de la conducta y sujeto representado[195]. Además, en el pasado, no han faltado autores que, para sostener la responsabilidad penal de las agrupaciones, han destacado los casos en los que el sistema admite la responsabilidad sin culpa aun de las personas físicas[196].

Por último, se ha considerado en este contexto que si el delito es el fruto de la política de la empresa, la responsabilidad penal contradice tan débilmente al art. 27, inc. 1, como la responsabilidad del instigador por el hecho material cometido por el instigado[197].

En tanto la doctrina dedicada a dar una nueva interpretación del principio de personalidad estuvo encabezada por Pecorella, quien sostenía que no es exacto que esta disposición haya sido establecida sólo en relación con las personas físicas: el constituyente no ha querido excluir la responsabilidad de las personas jurídicas; sólo ha subrayado lo ya regulado por la ley ordinaria. El principio regulado en ese artículo significa, para este autor, que el titular de la obligación penalmente sancionada y el destinatario de la sanción deben ser la misma persona, física o jurídica[198].

En esta perspectiva, las posibilidades de responsabilizar a las agrupaciones son ante todo examinados, de *lege lata*, en los términos siguientes: a) modelos tradicionales al interior del sistema penal (art 197 CP); b) modelo general de responsabilidad de las agrupaciones introducido en el sistema penal administrativo por la ley n. 689 de 1981 y c) nuevos modelos de responsabilidad de las agrupaciones surgidos últimamente en la legislación especial en materia económica[199].

#### 5.1.4.2 El Código Penal

Parte de la doctrina ha tratado de revalorizar, recientemente, el alcance y el significado del art. 197 del Código Penal, relativo a la garantía impuesta a los entes poseedores de personalidad jurídica para el pago de la pena pecuniaria impuesta a su representante, administrador o dependiente, en caso de insolvencia de éstos. Sobre todo después de la reforma por la Ley 689 de 1981, en la que el legislador, introduciendo el criterio de los intereses, ha mostrado la intención de valorizar esta forma de responsabilidad solidaria de la persona jurídica con la formula que se asemeja al actuar en lugar de otro[200].

Como ha sido destacado, el campo de aplicación de esta medida es sobre todo el de la sociedad. La índole de la responsabilidad de la persona jurídica es meramente objetiva, fundada sobre el nexo existente entre autor del hecho y ente. La perplejidad que surge en cuanto la racionalidad del instituto, denunciada por parte de la doctrina[201], se acentúa cuando se examinan las implicaciones político criminales del modelo adoptado: la solidaridad en el ámbito de una estructura subsidiaria de responsabilidad. A cargo de la persona jurídica, se trata de una mera obligación de tipo solidario con el derecho de revertir contra el autor de la violación[202].

Además, la co-responsabilidad de la persona jurídica no interviene sino «en segundo plano», una vez constatada la insolvencia del obligado principal (persona física). El ente desempeña sólo una



función de garantía por el pago de la pena pecuniaria. Por esto, estamos lejos de un modelo de co-responsabilidad directa de la persona jurídica que sea una presión en cuanto a la intimidación sobre las decisiones económicas o de gestión de la empresa[203].

#### 5.1.4.2.1 El administrador de hecho

Otro instrumento político criminal para enfrentar la responsabilidad penal dentro de las estructuras empresarias en Italia es la utilización de la figura del administrador de hecho que busca individualizar al verdadero responsable de la dirección de la empresa más allá de la estructura formal de la misma. Un ejemplo de esto lo constituye el art. 32 bis del Código Penal italiano.

#### 5.1.4.3 El modelo general de responsabilidad en derecho penal administrativo

En el ordenamiento italiano, los principios y la estructura del ilícito administrativo están anclados -desde la Ley 689 de 1981- al modelo para- penal que tiene como prototipo moderno la ley sobre las infracciones de orden alemana.

El principio de legalidad ha sido establecido en el Art. 1 de la mencionada ley sobre los ilícitos administrativos con la misma amplitud y el mismo rigor previsto que en materia penal (art. 25, inc. II de la Constitución y arts. 1 y 2 del Código Penal). Las normas referentes a la imputabilidad (art. 2 de la ley 689/1981), a la responsabilidad dolosa o culposa (art. 3, inc. I de la Ley n. 689/1981), al error (art. 3, inc. II de la ley 689/1981), a la no transferencia de las sanciones (art. 7) y a la individualización de la sanción (art. 11), instituyen en el sistema el principio de culpabilidad con contenidos no muy diferentes a los del mismo principio en materia penal.

El Art. 4 de la Ley n. 689/1981 establece expresamente las eximentes del cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho, la legítima defensa y el estado de necesidad, que excluyen el carácter ilícito del comportamiento típico conforme a la norma sancionadora administrativa.

En particular, son establecidas formalidades precisas de confirmación y garantía del principio *audiatur altera* en la etapa procesal de competencia de la administración pública, y la plena garantía jurisdiccional en la fase (aunque sea eventual y a pedido del inculpado) que se desarrolla ante el pretor, según el rito y las garantías constitucionales del juicio civil[204].

#### 5.1.4.3.1 Responsabilidad penal administrativa de la persona jurídica

La notable aceleración del proceso de asimilación entre el modelo penal y el modelo sancionador administrativo, del cual la Ley 689/1981 ha sido, en Italia, una etapa decisiva, ha tenido como consecuencia paradójica la renuncia a fijar de manera general una responsabilidad directa de la persona jurídica; al menos en cuanto a las sanciones administrativas, respecto a las cuales el principio del art. 27, inc. 1, de la Constitución no puede regir de manera absoluta.

Configurando con relación a la sociedad una simple obligación solidaria (aún no de tipo subsidiario y con derecho de reversión total frente al autor de la violación -art. 6, inc. 4 de la Ley 689/1981-), se limita a imponer al ente la mera garantía por el pago de la sanción pecuniaria. Con relación al orden jurídico italiano, se puede muy bien decir que el tipo delictivo previsto en el art. 6 inc. 3 se limita a reproducir, con exclusión de la subsidiariedad, el instituto de la obligación civil por el pago de la multa [administrativa] y de la multa [penal], prevista en el Art. 197 del Código Penal[205].

Hay autores que sostienen que el esquema de responsabilidad estatuido por el legislador de 1981 no tendría un poder disuasivo eficaz respecto a la persona jurídica, tanto por su misma naturaleza (solidaria), como por sus notorias carencias respecto a los criterios de imputación y de individualización[206].

#### 5.1.4.4 Las leyes especiales

##### 5.1.4.4.1 Características

Varias leyes especiales conforman en Italia lo que dio en llamarse nuevos modelos de responsabilidad directa de la persona jurídica por cuanto establecen la responsabilidad penal de las agrupaciones por su actividad ilícita.

En este contexto, de exclusión general de las hipótesis de una corresponsabilidad de las agrupaciones por los ilícitos de la empresa, una sola espiral evolutiva parece abrirse, sostiene Paliero, y concierne a los sectores más sofisticados de la disciplina jurídica del mercado económico-financiero: legislación sobre la concurrencia (*anti trust*), telecomunicaciones, mercado mobiliario.

En estos sectores, las más recientes leyes han introducido -de manera independiente y sin coordinación general- tres modelos autónomos de responsabilidad directa de la persona jurídica por ilícitos cometidos en el ámbito de actividad de la empresa, o de cualquier actividad económica concerniente al ente (sociedad de personas, sociedad de capitales, consorcios, o cooperativas, dotadas de personalidad jurídica).

Son características comunes de estas formas de responsabilidad de reciente creación: a) su inserción en el sistema sancionador administrativo (en el derecho penal administrativo), b) su carácter de excepción respecto a la regla general de la solidaridad estatuida por el Art. 6, inc. 3, de la ley 689/1981 y c) la competencia específica del órgano designado para la imposición de la sanción, que en los tres casos, corresponde al modelo de las autoridades administrativas independientes.

##### 5.1.4.4.2 El modelo sancionador de la ley *anti trust*

La Ley 287 del 10 octubre de 1990 (Normas para la tutela de la competencia y del mercado) en su art. 19 establece que si las empresas (sin distinción de su forma jurídica, incluyendo por tanto a la sociedad de capitales) violan las reglas destinadas a impedir los fenómenos de concentración y de monopolio, la autoridad garante puede imponerles sanciones administrativas pecuniarias no inferiores al uno por ciento y no superiores al diez por ciento de lo facturado por la actividad de la empresa objeto de la concentración.

##### 5.1.4.4.3 Responsabilidad en la legislación sobre el *insider trading*

La Ley 157 del 17 de mayo de 1991, relativa al delito de iniciados (art. 7) ha atribuido a la autoridad de contralor el poder de completar directamente los propios reglamentos, sobre la base de las diversas formas de publicidad del mercado mobiliario, con dos tipos autónomos de sanciones: una paradisciplinaria (la denominada *richiamo*) y otra de índole pecuniario administrativa. Ambas sanciones son directamente aplicables al sujeto jurídico a quien se imputa el ilícito, esto es, la persona física o la sociedad.

##### 5.1.4.4.4 Responsabilidad en materia de telecomunicaciones

La llamada Ley Mammi (ley 223 del 6 de agosto de 1990), en materia de telecomunicaciones y transmisiones de televisión[207], no sólo prevé la directa represión de la conducta antijurídica de la sociedad dedicada a la gestión de redes, mediante sanciones de contenido pecuniario y sanciones de contenido prohibitivo, de naturaleza confiscatoria como la desactivación, sino que también configura (art. 33) un tipo sancionador *ad hoc* que parece exclusivamente pensado para la sociedad de capitales: la venta forzada de la sociedad, de las participaciones o cuotas; en otros términos, hasta la liquidación (*scorporo*) y la venta obligatoria de actividades ejercitadas por sociedades controladas. El punto de apoyo de la imputación penal administrativa es el sujeto jurídico representado por la sociedad *holding* que normalmente administra la actividad de la empresa en este sector tan delicado como complejo de la economía moderna.

### 5.1.5 Portugal

#### 5.1.5.1 La legislación penal

En materia penal, en Portugal no se acepta la responsabilidad criminal de las personas jurídicas ya que el Código Penal portugués[208], dentro del Título II *Do facto* del Capítulo I *Pressupostos da punição*, en su Art. 11 establece que sólo las personas físicas son susceptibles de responsabilidad penal, salvo disposición en contrario[209].

Si bien podría decirse a *contrario sensu* que el legislador portugués admite, pues, la responsabilidad penal de las personas jurídicas a través de situaciones especialmente previstas en la ley, no existe en realidad ningún caso de responsabilidad de las personas jurídicas por hechos punibles tipificados en la parte especial del Código Penal, pese a contener dicho libro del cuerpo legal numerosos hechos punibles de contenido económico.

Son ejemplo de lo dicho: la estafa relativa a seguros (*devassa relativa a seguros*) [art. 219], la frustración de créditos (*frustração de créditos*)[210], quiebra dolosa y por imprudencia (*falença dolosa e por negligencia*) [art. 227 y 228], el favoritismo de acreedores en perjuicio de otros (*favorecimento de credores*) [art. 229, la administración dañosa en unidades económicas del sector público o cooperativo (*administração danosa em unidade económica do sector público o cooperativo*) [art. 235], así como gran parte de los delitos de peligro, con especial relevancia para los que atentan contra la protección del medio ambiente y contra los intereses de los consumidores y varios tipos de falsificación de moneda y de pesas y medidas[211].

#### 5.1.5.2 Algunas leyes especiales.

Esto no ocurre en la legislación penal especial, donde la responsabilidad de las personas jurídicas constituye la norma general y, al estilo del modelo alemán, se establecen penas de multa, como en el caso de la Ley de Criminalidad Informática[212].

El art. 3.1 de esta Ley establece que las personas jurídicas, sociedades y meras asociaciones de hecho son penalmente responsables por los delitos previstos en la ley, cuando son cometidos en nombre propio, y en interés colectivo, por sus órganos o representantes.

La imputación de la responsabilidad de la persona jurídica por los hechos practicados por los miembros de sus órganos sociales o representantes tendrá lugar siempre que el agente individual haya actuado en el desempeño de sus funciones o por causa de ellas, incluso extralimitándose del objeto social de la persona jurídica en un régimen análogo al de la responsabilidad civil, inclusive delictual, de la sociedad comercial por actos ilícitos de quien legalmente la representa, previsto en el art. 6, núm. 5, del Código de Sociedades Comerciales de Portugal[213].

### 5.1.5.3 El estado actual de la discusión dogmática

En cuanto a la discusión dogmática, Paulo de Sousa Mendes, afirma que no ha faltado quien, desde un primer momento, ha querido comprender el pragmatismo que el legislador portugués ha mostrado en esta materia y para ello ha tolerado la aceptación de lo que este autor llama desvío del principio de la responsabilidad individual en el dominio del derecho penal secundario (legislación penal especial), en atención a las necesidades excepcionales de prevención y persecución de ciertas categorías de delitos. Esto es, por lo demás una nota característica de la Escuela de Coimbra, consecuente con su pensamiento genéricamente abierto a los argumentos de política criminal de utilidad social[214].

Esa aceptación de responsabilidad penal social empezó a ser declarada a comienzos de la década de 1940 por Beza dos Santos, quien planteó que para los casos en que es difícil determinar la responsabilidad individual e indispensable sancionar para la defensa del orden jurídico, la justicia debe sacrificarse en beneficio de la utilidad por el peligro que ciertos intereses fundamentales de la comunidad correrían con la aplicación del principio de responsabilidad individual[215].

Eduardo Correia defendió la misma tesis sosteniendo que debe comprenderse en todo caso que en ciertas hipótesis excepcionales el principio de responsabilidad individual sea sacrificado para la defensa del ordenamiento jurídico aunque aquella responsabilidad no se agote[216].

Actualmente, Figueiredo Dias parte de la misma orientación pero sugiriendo una adaptación dogmática de la responsabilidad penal de los entes colectivos a las exigencias de política criminal. Frente a la alta conveniencia e imperiosa necesidad de responsabilizar a las personas jurídicas en derecho penal, la dogmática no debería impedir que ellas se consideren agentes posibles de los tipos de ilícito respectivos. La tesis contraria sólo resultaría plausible, para este autor, en una ontología y una automatización inadmisibles del concepto de acción, olvidando que a este concepto pueden ser adaptadas por el tipo de ilícito, exigencias normativas que lo configuren con cierta unidad de sentido social[217].

También abogan por la responsabilidad penal de las personas jurídicas Germano Marques da Silva[218] y el propio de Sousa Mendes[219].

Entre los doctrinarios que manifiestan su oposición a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se encuentra Cavaleiro de Ferreira, quien afirma que si la culpa es presupuesto de la responsabilidad penal, y si la culpa es voluntad consciente y libre de la que sólo el hombre es capaz, la responsabilidad penal es necesariamente responsabilidad personal[220]. También se enrola en esta posición Oliveira Ascensão quien discrepa acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas[221].

En Portugal, la problemática no se encuentra resuelta y conviven en doctrina epígonos de posiciones favorables y adversas. Existen únicamente sanciones infraccionales administrativas aplicables tanto a personas colectivas como aquellas que no tengan personalidad jurídica, pese a la previsión del Código Penal lusitano respecto de la posibilidad de hacerlo con sanciones penales en un futuro contenida en la expresión “salvo disposición en contrario” de su artículo 11.

Ello lo sostiene así Tiedemann, quien afirma que el Código Penal portugués incluye una cláusula dirigida al futuro legislador[222]. Ninguna de las reformas introducidas al ordenamiento criminal ha dado, hasta la fecha, pretexto alguno para la introducción de la responsabilidad de las

personas jurídicas en el seno del Código pero, para de Sousa Mendes, ello no resulta extraño porque esa cláusula dirigida al futuro legislador no podría ser interpretada como una obligación de introducir la responsabilidad de las personas jurídicas con relación a cualquier delito[223].

## 5.2 Países germanos

### 5.2.1 Alemania

#### 5.2.1.1 La legislación contravencional

En materia penal, en Alemania no se acepta la responsabilidad criminal de las personas jurídicas ya que la vigencia y reconocimiento del principio de culpabilidad opera como un límite constitucional[224]. El Tribunal Federal Constitucional (*BverfG*) así lo ha afirmado desde 1966 sentenciando que el principio de culpabilidad tiene rango constitucional[225] y que sus consecuencias también son aplicables a la responsabilidad sancionatoria de las personas jurídicas[226].

Sin embargo, ello no impide que haya un reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas en materia de infracciones administrativas. En el mismo fallo se decidió que también la pena de multa se impone al culpable para la expiación del ilícito y que la aplicación de los principios jurídicos penales no está básicamente excluida cuando el sujeto jurídico es una persona jurídica[227]. Como producto de ello, tanto en la Ley de Contravenciones o infracciones administrativas (*Ordnungswidrigkeitengesetz*)[228] como en la segunda Ley de Criminalidad Económica (*Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*)[229], se reconoce la responsabilidad de las personas jurídicas siempre que la acción haya sido efectuada por el órgano con poderes de representación, miembro de dirección o como socio de una sociedad comercial y que por medio de ese delito o acción la persona jurídica se hubiese debido enriquecer, siendo necesario un hecho de conexión llevado a cabo por una persona física o por un órgano de la persona jurídica y que por medio del delito o contravención la persona jurídica o asociación se haya enriquecido o se hubiese debido enriquecer.

Efectivamente, existen normas en materia de responsabilidad penal de la sociedad y sus directivos contenidas en *OwiG*[230] que recoge en el § 30 introducido en su redacción modificada por la 2. *WiKG*[231], la responsabilidad directa de las personas jurídicas aunque la sanción que se impone es de multa.

Es decir que en Alemania la responsabilidad de las sociedades responde al modelo legislativo del derecho penal administrativo mediante un sistema estructurado a modo de parte general en el *OwiG* que incluye mecanismos sancionatorios que van por fuera del derecho criminal y se encuentran dentro del derecho contravencional[232]. Los principios sentados en este ordenamiento constituyen los presupuestos que rigen la responsabilidad contravencional de las personas colectivas por los hechos de sus agentes, ya sea que éstos estén previstos como delitos o faltas de cualquier naturaleza abarcando desde las infracciones de tránsito hasta las complejas figuras de prácticas y maniobras monopólicas. Se trata pues, de un esquema cerrado y complejo ya que también la omisión de vigilancia que hubiese impedido la trasgresión hace surgir la falta del órgano a cargo de la custodia y administración del patrimonio (130, *OwiG*). En el caso de resultar una falta del órgano, obrando en esa calidad, se somete a la persona jurídica a las sanciones del 30, *OwiG*, pues el órgano cometió una falta allí prevista. Las sanciones de que son pasibles las sociedades son consecuencias principales de carácter sancionador a la empresa como tal y son accesorias de infracciones[233].

##### 5.2.1.1.1 La sanción de multa

Esta accesoriadad ha permitido a los tribunales y a la doctrina afirmar que las multas impuestas a las sociedades no trasgreden la regla constitucional del *non bis in idem*. El fundamento jurídico ha atravesado largas discusiones hasta lograr la aceptación casi unánime de que goza hoy en día. Se ha opuesto a ella el enraizado principio de culpabilidad y la personalidad de la pena, propios del derecho penal liberal especialmente en Alemania.

Estas cuestiones han obligado a los juristas a reflexionar sobre las diferencias existentes entre la multa-pena (*Geldstrafe*) y la *Geldbuße*[234], y como correlatos necesarios, entre derecho penal propiamente dicho y derecho penal administrativo. La constitucionalidad de la *Geldbuße* impuesta a sociedades ha sido plenamente aceptada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y también por la doctrina.

Desde el punto de vista de la necesidad de la *Geldbuße*, se ha visto que ésta se hace patente ante la imposibilidad de encontrar a los autores personales y directos y lograr un resarcimiento; ya que en ocasiones, la división del trabajo y las fuentes de peligro que entrañan los grandes negocios obligan a desplazar el poder de policía del Estado desde afuera de la empresa, por el estado directamente, hacia adentro de ella, obligando a los órganos de las sociedades mediante la punición de omisiones, a mantener el debido control sobre la actividad de los subalternos[235].

Esta imposición que puede determinar la sanción con una multa administrativa (*Geldbuße*) a las agrupaciones por contravenciones y delitos cometidos por los dirigentes en interés de la agrupación lleva un nombre diferente a la multa criminal (*Geldstrafe*), porque persigue fines a la vez preventivos y retributivos sin expresar no obstante un reproche ético o moral[236].

La imposición de la *Geldbuße* exige además como hecho vinculante un delito o una contravención cometidos por una persona física plenamente imputable[237]. Tiedemann la caracteriza de la misma forma que las multas impuestas a las empresas según el derecho comunitario[238] (sobre todo en materia de competencia y en el mercado del carbón y del acero) ya que, en el contexto de ese derecho, la Corte de Justicia de la Comunidad Europea reconoce la finalidad retributiva de estas sanciones, señalando que no tienen carácter penal (así, el art. 15. 4 del Reglamento n° 17/62 sobre la competencia)[239].

#### 5.2.1.1.2 Análisis del párrafo 30 OwIG

En numerosos supuestos la ley obliga a seguir el proceso sólo contra la sociedad, dejando a un lado a la persona del infractor por razones de hecho (*Tatsächlich*). El fundamento de esta tesis se encuentra en el principio de oportunidad consagrado también en el referido § 30, norma que establece que, cuando por razones de hecho no se pueda perseguir o castigar al agente individual por su obrar reputado principal, se podrá imponer la pena o sanción administrativa; o cuando, en virtud de razones procesales, no se pueda llevar adelante la acción y así lo decida la autoridad administrativa, el tribunal, o ambos de común acuerdo.

En cuanto al círculo de autores que pueden cometer el hecho que sirve para imponer la multa a la persona jurídica, el mismo está circunscripto a los niveles más altos de la dirección. No se prevé en modo alguno una responsabilidad sustitutoria[240]. La doctrina ha criticado esta limitación, entendiendo que sería necesaria la ampliación a todos los que de una u otra manera sean responsables de la dirección de la empresa[241].

En relación con el contenido de acto, se admite que es suficiente que el órgano o uno o más de sus miembros obren dentro del marco de los negocios de la empresa (*intra vires*) y que sea

competente para ejecutarlo u ordenarlo. No se exige que su vinculación con el objeto de la sociedad ya que éste no está vinculado en Alemania con la capacidad sino con la imputabilidad del acto en tanto que, ejecutado por el representante con *Prokura* obliga siempre a la persona jurídica[242] bastando que el hecho que sirve de conexión haya vulnerado deberes que incumben a la asociación o bien haya producido o perseguido el enriquecimiento de la empresa para poder serle reprochado al agente.

El § 30 también establece en el párrafo 4 una norma procesal según la cual, si por el delito o contravención no se realiza un procedimiento penal o administrativo o se suspende la imposición de la pena, la multa administrativa se podrá imponer independientemente. El párrafo 5 dispone además que, en caso de que se aplique la multa, no tendrá lugar la incautación de las ventajas patrimoniales obtenidas mediante el hecho punible que se prevén en los 73 del Código Penal (*StGB*) y 29 *OwiG*[243].

Es decir que, según el procedimiento que se siga en la imposición de la *Geldbuße*, debe distinguirse entre: a) la llamada multa asociacional acumulativa, que se impone en un proceso único al autor del hecho que sirve de referencia y a la asociación de personas (§ 30, I) y b) la denominada multa asociacional aislada (§ 30, IV) que se impondrá en un proceso independiente a la empresa, siempre que no se haya incoado un proceso penal o un proceso contravencional contra el autor del hecho vinculante o, aún cuando se lo incoara, si el tribunal hubiese suspendido la imposición de la pena.

#### 5.2.1.1.3 Análisis del parágrafo 130 *Owig*

El § 130 establece una regla de alcance general al determinar que una empresa será responsable por los delitos llevados a cabo por las personas que actúan por la misma, en tanto hubiese omitido adoptar las medidas de vigilancia o control necesarias para evitarlas.

El § 130 *OWiG* ha venido a establecer así una norma administrativa que consiste, en primer lugar, en la ejecución de una conducta que constituye delito o infracción administrativa que ha sido realizada en el seno de una empresa por un dependiente de la misma, y que es contraria a los deberes que incumben al titular de la empresa como tal. En segundo lugar, el titular tiene que haber omitido, a título de dolo o negligencia, las medidas de control necesarias para impedir la infracción. En tercer lugar, tiene que acreditarse que la conducta antijurídica del dependiente habría podido ser evitada mediante la puesta en marcha de las medidas de control adecuadas. La imputación de esta responsabilidad (por infracción a los deberes de vigilancia, dirección, elección cuidadosa y supervisión de los vigilantes) se verifica con independencia de la responsabilidad en la que pueda incurrir el órgano de dirección a título de comisión por omisión por el hecho ejecutado materialmente por el subordinado[244].

La doctrina germana ha formulado fuertes críticas contra esta regulación, tanto desde una perspectiva dogmática como político-criminal. Se le objeta vulnerar el principio de determinación ya que no establece cuáles son las medidas de vigilancia cuya inobservancia genera responsabilidad. Se afirma que constituye una condición objetiva de sanción, es decir, el equivalente administrativo de las condiciones objetivas de punibilidad[245] y que fracasa ante la descentralización de la empresa, ya que los órganos de control instituidos por el personal directivo no están comprendidos en el precepto, por lo que bastaría una organización en regla de la sección de revisión y control para que sea imposible alcanzar la cúspide de la empresa al no poder responsabilizarse a los órganos específicos de control[246].

#### 5.2.1.2 La legislación penal

En Alemania se recoge la figura del actuar en nombre de otro[247] tanto en el Código Penal (§ 14) como en el Ordenamiento Contravencional (§ 9). Esta figura es utilizada para alcanzar al sujeto individual y resolver así problemas puntuales dado que se recurre a ella para evitar la impunidad del ilícito y poder reprocharle a la persona individual la conducta realizada.

Es importante dejar en claro, sin embargo, como una preocupación puesta de manifiesto por el común de los autores, que el apartado 1 del § 14 del *StGB* en modo alguno establece una excepción al principio general de la irresponsabilidad penal de las personas ideales. En efecto, dicho texto consagra una solución para quien, en el marco de los delitos especiales, actúa en representación de la persona jurídica. El § 14 dispone, en su apartado primero, que el agente puede actuar tanto: como órgano legalmente representativo o miembro del mismo; en carácter de representante legítimo de sociedades comerciales o representante legal de otra persona. En todos estos casos, la ley que fundamenta la punibilidad en especiales características personales se aplicará incluso al representante, aun cuando esas características no se den en su persona sino en la del representado[248].

Maurach sostiene que el precepto contenido en el § 14 *StGB* no funda la posibilidad de un delito corporativo. Se trata de un caso de calidad fingida de autor ya que al autor natural no calificado de un delito especial le son atribuidas calificaciones que debe reunir la asociación representada por él. Con ello simplemente se extiende el círculo de los autores naturales idóneos, pero la amenaza penal no afectaría a la asociación como tal[249].

Ciertamente si bien no es una fórmula ideada para suplir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino para solucionar problemas de tipicidad o autoría, en la práctica, los dogmáticos alemanes se valen de ella para resolver cuestiones político criminales donde aparece la empresa involucrada en ilícitos. Ello, por cuanto el actuar en lugar de otro es una cláusula de transferencia por la cual se pueden imputar delitos especiales propios a sujetos que son *extranei*, pero que en la realidad están en una situación de dominio. Dada esa situación se los considera autores -hay una transferencia de los elementos objetivos de la autoría- como si revistieran las características del *intranei* [250].

A su vez, la búsqueda a la solución de estos problemas de criminalidad de la empresa ha llevado a los autores alemanes a idear otras categorías dogmáticas para imputar conductas delictivas por vías que podrían denominarse derivadas o indirectas, sin vulnerar con ello el ya señalado principio constitucional de culpabilidad. Estas modalidades son las también llamadas autoría mediata y omisión impropia.

La autoría mediata consiste en atribuir a alguien un efecto si, conforme a las circunstancias del caso, ha logrado que otro ejecute el hecho mientras que el primero domina la situación. Sería el supuesto de los funcionarios más altos de una empresa, que podrían ser responsabilizados por un resultado, cuando éste fuera provocado por quien aparecería como un instrumento de la voluntad del primero. En este caso el autor instiga o motiva al ejecutor, controla el acontecimiento, y obra sobre quien padece una ignorancia casi total[251].

Es oportuno señalar que esta figura el directivo u órgano de dirección responsable debe tener clara conciencia del curso causal desencadenado y debe saber como se obtienen las metas propuestas, establecidas previamente por él. Esta figura no es aplicable cuando el agente resulta a su vez responsable directo en alguna medida del hecho que se le imputa.

La omisión impropia, en tanto, implica responsabilizar a alguien por la producción de un resultado al no intervenir en un curso causal, cuando las circunstancias lo hubieran requerido,



también es denominada comisión por omisión cuya cláusula esta expresada en el § 13 del Código Penal. La omisión impropia también tiene sus limitaciones en cuanto deben concurrir dos elementos esenciales: a) la existencia de un deber de actuar basado en leyes, contratos o hechos precedentes y b) que el omitente sepa como se desarrollan los hechos y que se encuentre en posición real y física de modificar el curso de los mismos. Las construcciones jurídicas como la autoría mediata y la omisión impropia resultan como se ha explicado remedios limitados a casos contados[252].

En cuanto a la imputación objetiva del resultado en los delitos omisivos, se ha sostenido que debe corresponderse, previa comprobación de identidad valorativa en términos normativos entre comportamiento omitido y comportamiento comisivo típico, con un incremento del riesgo. De esta manera, Schünemann, ha propuesto el reemplazo de la causalidad hipotética por una fórmula en función a la cual si el resultado se produce mediante una actuación para una empresa ajustada a las instrucciones o con un objeto peligroso del patrimonio de la misma, se aplicarán también sanciones (el § 13.1 StGB 66 o bien el § 8.1 OWiG 67)[253] a los sujetos autorizados para dictar aquellas instrucciones, siempre que los debidos controles hubieran dificultado considerablemente el hecho[254].

En doctrina se manejan dos clasificaciones de tipos de lo injusto omisivos. Por un lado, la omisión pura y la comisión por omisión, siendo los primeros los equivalentes a los tipos de lo injusto comisivos de resultado, esto es, aquellos cuya estructura típica exige que la acción vaya seguida de la provocación de un resultado separable de ésta espacial y temporalmente[255]. Por otro lado, los tipos de lo injusto omisivos propios e impropios; dependiendo de si la ley los prevé expresamente (propios) o si se derivan -vía interpretación- de un tipo de lo injusto regulado por la ley en forma comisiva (impropios). Aunque también se han formulado otras clasificaciones sin perjuicio de las anteriores. Así, Roxin habla de “omitir por comisión” cuando propone las omisiones de gravedad intermedia, que serían omisiones puras generales estructuras sobre consideraciones de solidaridad en aras de la protección de bienes jurídicos individuales[256]

La equiparación que un sector de la doctrina suele hacer entre los tipos de lo injusto omisivos puros y de omisión propia, por un lado, y de omisión impropia y comisión por omisión, por otro, no resulta del todo certera en la medida en que los criterios de clasificación son distintos. Aunque lo cierto es que la mayoría de las veces la omisión pura estará prevista expresamente por la ley y será, en consecuencia, también omisión propia; mientras que por lo general la comisión por omisión no estará prevista por la ley, pero nada obsta para que siempre sea así.

### 5.2.2 Suiza

Según es tradicional, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema suizo puede esquematizarse así: a) negación de dicha responsabilidad a partir de los arts. 172 y 326 del Código Penal Federal de la Confederación Suiza[257], b) ratificación del principio *societas delinquere non potest* en el derecho penal administrativo federal; c) inclusión de la responsabilidad penal de los entes colectivos en la Ley Federal de Bancos; y, d) la propuesta, formulada en el anteproyecto de parte general, de inserción en el Código Penal de la responsabilidad de las personas jurídicas[258].

a) *El Código Penal*. Los arts. 172 y 326 del Código Penal se refieren al supuesto de la comisión de una infracción contra el patrimonio de una sociedad con o sin personalidad jurídica en el marco de la gestión, y designan expresamente las personas físicas que pueden ser sancionadas. El principio *societas delinquere non potest* es reconocido aquí ampliamente ya que no se instituye ninguna presunción de culpabilidad en contra de las personas jurídicas.

La responsabilidad solidaria de las agrupaciones fue estatuida en algunas leyes complementarias al Código Penal. Estas disposiciones suponen la supresión de lo dispuesto en las prescripciones de la parte general del Código; derogación autorizada por el art. 333 del mismo cuerpo. Así, por ejemplo, el art. 134, inc. 4, sobre el impuesto federal reconoce la responsabilidad de la empresa en materia de delitos fiscales. La responsabilidad solidaria también es admitida en la ley federal sobre agentes de comercio (art. 13 a 15) y en la ley federal referente a los productos alimenticios (art. 56, inciso 1)[259].

b) *El Derecho Penal Administrativo.* En la ley federal concerniente al derecho penal administrativo se parte del principio general de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, pero se establece una excepción al preverse -en el art. 7- una forma de responsabilidad que castiga a la empresa en lugar del autor de la infracción cuando la multa imponible no exceda determinado monto y la investigación importe la aplicación de medidas coercitivas desproporcionadas con la pena en que incurrirían los sujetos activos del ilícito (art. 6)[260].

c) *La legislación especial.* La Ley Federal de Bancos (art. 51 bis) contiene una norma de responsabilidad de las personas jurídicas mediante la sanción con multa en caso de sustracción de impuestos federales. Esto indica que existe una responsabilidad casi penal limitada a esta materia sobre la base de una medida de carácter peculiar[261].

d) *El anteproyecto de Código Penal.* Sobre la base de la propuesta hecha por Schultz en su anteproyecto de parte general, la comisión redactora planteó el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando, como consecuencia de carencias de organización, la violación de un deber jurídico reprimido penalmente no puede ser imputado a una persona determinada[262].

e) *Jurisprudencia.* Según los Tribunales, el principio *societas delinquere non potest* constituye una regla general no escrita. Pues, una disposición que estableciera lo contrario contradiría el principio de culpabilidad y el de la proporcionalidad de las penas[263].

Sin embargo, los legisladores cantonales y comunales no están sometidos al principio *societas delinquere non potest*. Así, el Tribunal Federal ha declarado lícita la condena impuesta a una persona jurídica sobre la base de la Ley de Sentencias Municipales del Cantón de Vaud que prevé, en su art. 9, inc. 2, que ciertas contravenciones son cometidas independientemente de todo factor subjetivo, de modo que resulta perfectamente posible que sean cometidas por las personas morales[264]. Según los jueces federales, el derecho cantonal puede adoptar reglas generales que se alejen de las establecidas en el derecho penal federal, en particular en lo referente a la responsabilidad penal de las personas morales[265].

### 5.2.3 Austria

El aforismo *societas delinquere non potest* predominó, hasta hace pocos años en el derecho penal austriaco. Sin embargo en los últimos tiempos, debido a la fuerte influencia que los ordenamientos jurídicos ejercían sobre las empresas, el legislador estableció sanciones específicas para las organizaciones en un sistema auxiliar como lo es el derecho penal administrativo (§ 9 inciso 7). Así, mediante la introducción de las figuras no penales de la responsabilidad solidaria indirecta se buscó respetar, de manera dudosa, el principio de culpabilidad penal[266].

Inclusive, en el Código Penal en 1982 y 1987, junto a la regulación del decomiso a la empresa (§ 20 C.P.), se incluyó la posibilidad de confiscar sus utilidades (§ 20a C.P.) y caracterizó a la

sanción aplicable a las organizaciones como una disposición de tipo especial fijando el límite superior de la sanción en un importe máximo elevado.

Frente a esta situación, el legislador y los tribunales han reaccionado en los últimos años y buscaron adaptar los criterios generales de imputación del Derecho Penal individual a los infractores administrativos de nuevo signo, como son las sociedades y sus representantes, pero ciertamente mediante una disminución de los requisitos de imputación. Es de mencionar, por ejemplo, los procesos *Erdal-Lederspray* (1990) y *Holzschutzmittel* (1995) que tuvieron gran resonancia en Austria[267] y la presentación de un proyecto de ley que, mediante ocho artículos, introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas en las leyes de medios, del consumidor, de protección del mercado, de patentes y de diseños industriales[268]

Sobre la base del principio de responsabilidad general y de la competencia global de la dirección de la empresa, se impondrían únicamente penas privativas de libertad a los autores físicos en forma condicional, y las penas de multa a la persona jurídica se pagarían con recursos corrientes de caja de la empresa cuyo riesgo se limitaría a perder el beneficio obtenido mediante un hecho ilícito penal[269].

En el orden procesal el nivel de responsabilidad ampliado en las empresas, que permite la indagatoria de sus directivos, ha encontrado no poca oposición en la doctrina, empero tiene entre sus sostenedores a dos prestigiosos autores de la dogmática del país centroeuropeo, Kienapfel[270] y Helm[271].

Este último señala que en el ámbito de la producción de sustancias dañosas siempre se encuentra un responsable en los niveles jerárquicos superiores de la empresa. Esta constatación se hace posible sobre la base de los sistemas unitarios de autoría, y mediante una concepción funcional de los delitos de pura desobediencia cuyo destinatario, y por ello autor, es todo aquél que tiene que ver con el funcionamiento de la instalación[272].

Además, es un garante de control quien realiza una actividad en el ámbito de la producción de sustancias dañosas o influye en la conducta de emisión[273]. Se convierte así la concepción de la existencia de un autor individual al interior de la empresa al que, de acuerdo a los principios tradicionales, difícilmente se le puede imputar la responsabilidad en una empresa comprendida como autora en la cual cualquier persona es responsable por un acto o una omisión.

La responsabilidad de la organización fundamentada en una responsabilidad personal intermedia, está prevista en el derecho penal administrativo, en forma análoga al orden infraccional alemán[274]. Sin embargo, la sanción -a diferencia de aquel- no se trata de las tradicionales medidas de seguridad, sino de unas medidas de carácter específico, como por ejemplo la pérdida de las utilidades, lo que permite equilibrar nuevamente los criterios de responsabilidad.

Para completar el plexo sancionatorio se recurre además, y con gran preferencia jurisprudencial, a los mecanismos clásicos del derecho de policía, como por ejemplo las obligaciones de seguridad de la empresa o los mecanismos de compensación del derecho civil, a través de la indemnización por daños. En el marco de tales procesos se puede incluso obtener la reorganización de la empresa; v.gr. mediante inversiones adicionales en programas de seguridad. En contrapartida, el proceso penal quedará archivado[275].

En general, toda reducción de las posiciones clásicas fortalece en Austria la tendencia hacia la pena de las empresas que no se encuentra establecida como tal. Y en los últimos años, las

posiciones clásicas sostenedoras del principio *societas delinquere non potest* se han venido debilitando poco a poco como consecuencia de los nuevos programas de política criminal.

### 5.3 Países del Benelux

#### 5.3.1 Bélgica

Bélgica se encuentra incluido dentro del grupo de países que excluyen toda posibilidad sancionatoria de carácter penal de las personas jurídicas, admitiendo la responsabilidad de las mismas por infracciones administrativas pese a existir igualmente proyectos de ley que encaminan la dirección legislativa en sentido contrario, como por ejemplo en Flandes, desde 1991[276].

La cuestión es de antigua data desde el Código Penal de 1867, que en el título sobre delitos contra la seguridad exterior del Estado preveía la responsabilidad civil de las sociedades por las condenas de multa pronunciadas contra sus órganos o dependientes[277]. Esta aceptación de la responsabilidad solidaria no bastó para desarrollar una jurisprudencia tendiente a la punición de los entes ideales.

Sin embargo, existen en el ordenamiento belga excepciones a esta regla. Dentro de las leyes que mencionan a la persona jurídica como sujeto pasible de recibir sanciones, encontramos el *arrete-loi* del 29 de junio de 1946 relativo a la intervención injustificada de intermediarios en la distribución de productos y mercancías, en el art. 1º menciona a los destinatarios de la norma refiriéndose a toda persona física o moral[278].

En la Ley de Accidentes de Trabajo establece que la infracción cometida por una persona moral será sancionada mediante la persecución de la persona física que haya actuado por la persona moral. Esta disposición y otras en materia de leyes sociales se encuentran desde los años setenta dentro de las previsiones de sanciones administrativas a las personas jurídicas.

Las multas pronunciadas contra los dirigentes de la agrupación, pueden ser impuestas de manera acumulativa o subsidiaria. Esto se aprecia en el Código Penal belga, que en su art. 40 legisla la pena de multa acompañada de una pena subsidiaria privativa de la libertad.

En cuanto a la Jurisprudencia de la *Court de Cassation*, se admite que una persona jurídica puede cometer una infracción y que no es posible aplicarle sanciones sino a la persona física por medio de la cual ha obrado la persona jurídica, o a la que incumbía una obligación legal por cuenta de ésta y haya omitido hacerla.

Esto ha operado en el derecho belga, según Lugones, una mutación del principio *societas delinquere non potest*, a *potest sed puniri non potest*, principio sentado por la Corte de Casación, que sufrió una sacudida legal, cuando por esta vía se admitió, en 1971 y 1983, que las sociedades podrían ser citadas ante los tribunales criminales[279].

#### 5.3.2 Holanda

En el art. 51 de su Código Penal[280] admite expresamente la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas morales, en tanto sostiene que los delitos pueden ser cometidos por personas físicas o jurídicas y cuando sea cometido por las segundas pueden ser sancionadas la empresa o la persona que haya realizado el delito y también la que haya favorecido la comisión del mismo o ambos a la vez.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia aceptan como criterio de imputación que la acción se extienda dentro del contexto social como una acción propia de la persona jurídica. Por ejemplo, una sentencia del Tribunal de La Haya admitió la autoría de una persona jurídica además porque la acción beneficiaba indiscutiblemente a la misma, con la salvedad establecida en cuanto a que no todo acto de los directivos y dependientes de la persona jurídica le es imputable a ella, sino que hay que probar que el hecho ilícito se haya ejecutado en el contexto social como una acción de la persona jurídica[281].

De la misma forma Tiedemann encuentra que el derecho holandés declara como decisiva la autoridad de una persona para tomar decisiones y determinar el curso de los acontecimientos; es decir, la *some influence* es considerada suficiente en los Países Bajos para atribuir responsabilidad a una persona jurídica[282].

Está claro entonces que en Holanda se conciben las sanciones a las organizaciones como respuesta a un injusto criminal propiamente dicho. La noción de culpabilidad, en su fundamento, no es en este caso de índole ética, sino más bien normativo-social. A su vez, también la base del concepto dogmático de autoría es normativa (o funcional). Este responde a la cuestión sobre si es autor sólo quien ejecuta el hecho, o si por pertenecer activa o pasivamente a una esfera de responsabilidad también puede ser autor quien no actúa materialmente e, incluso, una persona jurídica.

Esta noción de autoría es utilizada actualmente en los Países Bajos de modo implícito en tipos delictivos en los que la víctima es el consumidor. Así, productor de alimentos adulterados no es quien utiliza la máquina como la materia prima para fabricarlos, sino quien actúa en el tráfico como comerciante, sea persona física o jurídica; no capta clientes con actos engañosos quien redacta los avisos publicitarios, los exhibe en escaparates o los difunde en la prensa y televisión, sino el titular de la empresa que origina la publicidad[283].

En cuanto a las personas físicas, el art. 51 prevé su imputación penal en la medida que hayan tenido la dirección de la acción prohibida es decir, un rol determinante en la realización del hecho punible en la persona jurídica[284].

### 5.3.3 Luxemburgo

Luxemburgo conoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas solamente a título de excepción, por ejemplo en materia fiscal. Asimismo acepta la responsabilidad solidaria, con fines de indemnización por daños y perjuicios bajo la forma de responsabilidad civil subsidiaria para las personas jurídicas.

## 5.4 Países escandinavos

### 5.4.1 Dinamarca

En Dinamarca, como en otros países en que se admite el principio de culpabilidad, se ha previsto -en leyes complementarias al Código Penal- la plena responsabilidad penal de las personas jurídicas; aunque se plantea si la introducción de una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas no es dogmáticamente defendible, constitucionalmente legítima, plena de sentido y hasta necesaria desde la perspectiva de la política criminal[285].

La sanción no es considerada de índole penal, aun cuando puede ser varias veces más severa que la multa penal. De esto resultan dos cuestiones diferentes: primero, deben enfrentarse dificultades infranqueables relacionadas con el principio penal de culpabilidad; y segundo, que

los problemas deben ser resueltos de manera específica y no general. Por eso, en Dinamarca se ha establecido desde 1980 la responsabilidad penal de las personas jurídicas en más de doscientas normas especiales sobre la vida de los negocios, la producción agrícola, el medio ambiente y los medios de comunicación mediante una multa llamada *bodeansvar*[286].

#### 5.4.2 Suecia

El sistema legal sueco admite el principio de culpabilidad; no obstante lo cual, ha ido cambiado gradualmente la orientación del principio *societas delinquere non potest* y establecido, en la segunda mitad de los años ochenta, sanciones penales específicas para las empresas consideradas especialmente peligrosas.

En este país escandinavo, se presenta como un *cuasi* derecho penal en las leyes ambientales que establecen la responsabilidad de las empresas, sobre la base de un derecho de medidas de seguridad peculiar imponiendo una sanción de multa correccional denominada *företagsbot*.

#### 5.4.3 Noruega y Finlandia

Noruega ha incorporado la posibilidad de castigar penalmente a las personas jurídicas en la parte general de su digesto penal desde 1992, en tanto en Finlandia también se conciben las sanciones penales a las organizaciones con personalidad jurídica como respuesta a un injusto criminal propiamente dicho. Esta responsabilidad general para las personas jurídicas fue introducida en el Código Penal en 1995. En este ordenamiento, la noción de culpabilidad, en su fundamento, no es de índole ética, sino más bien normativo-social[287]; por lo cual, se admite la plena responsabilidad de este tipo de sujetos de derecho.

### 5.5 Otros países

#### 5.5.1 Grecia

Lejos de aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Grecia -un país con fuerte pensamiento dogmático penal- es, junto con España y sus consecuencias accesorias ya vistas, uno de los pocos países europeos en el que no se admite que sea necesario recurrir a medidas punitivas contra las agrupaciones, al menos en un sentido amplio del término.

En el país helénico está previsto imponer tanto a las personas jurídicas como a los autores materiales dentro de ellas, penas administrativas, pronunciadas y ejecutadas por las autoridades administrativas. Estas sanciones están reguladas completamente según el régimen del derecho administrativo.

Tampoco es aceptada en Grecia la responsabilidad solidaria de la persona jurídica con fines de indemnización por daños y perjuicios; en consecuencia, tal garantía de la ejecución de la multa pronunciada contra los autores físicos no es receptada ni por la doctrina ni por la jurisprudencia griegas[288].

#### 5.5.2 Países de Europa del Este

En los países donde regía el sistema jurídico socialista -que constituía otra familia de derecho hostil al reconocimiento de la responsabilidad penal de las agrupaciones- se busca, ante el fracaso del socialismo, un acercamiento a los ordenamientos jurídicos occidentales.

Ello ha llevado a que en Rusia hacia finales de la década de 1990 se incorporasen, en materia fiscal, aduanera y de la competencia, ciertas sanciones de multa a las personas jurídicas sin que la multa pronunciada contra éstas trascienda a los autores físicos.

En Polonia se presenta como un *cuasi* derecho penal, por ejemplo en las leyes ambientales[289]. Existe actualmente un proyecto de reformas al Código Penal en tratamiento frente al ingreso del país a la Unión Europea para adaptarse a las Recomendaciones del Consejo de Europa (Comité de Ministros) de 1988. Idéntico temperamento es adoptado en los países de Europa del Este que se encuentran en igual situación como Lituania y Hungría, además de Islandia por razones de índole político criminal.

En la ex Yugoslavia, la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se puede comprender, desde la perspectiva europea, como una pequeña concesión al espíritu de la época en los años setenta, que hoy solamente se encuentra vigente en Serbia y Montenegro.

## 5.6 Comunidad Europea

A lo largo de varios Congresos Internacionales (Bucarest en 1929, Roma en 1953 y Budapest en 1978), juristas europeos venían manifestando opiniones favorables a la idea de responsabilizar a las empresas. Esta posición, en cuanto al Derecho de la Comunidad Europea, ha sido acentuada de tal manera que las multas (por infracciones al derecho de carteles) sólo pueden dictarse contra las empresas, pero no contra las personas naturales que actúan en su favor o en nombre de ellas.

En el contexto de este derecho, la Corte de Justicia de la Comunidad Europea reconoce la finalidad retributiva de estas sanciones señalando, al mismo tiempo, que no tienen carácter penal, así por ejemplo, el art. 15 inc. 4 del reglamento n° 17/62 sobre la competencia[290].

Ya en 1977, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó la Resolución n° 28 sobre la contribución de la legislación penal a la protección del medio ambiente. Entre sus recomendaciones a los Estados miembros figuraba el reexamen de los principios de responsabilidad penal con miras a la posible introducción en ciertos casos de la responsabilidad de las personas jurídicas, públicas o privadas y el examen de la oportunidad de incriminar actos y omisiones que por culpa o negligencia exponen la vida o la salud de los seres humanos o bienes de un valor substancial, a un peligro potencial.

Mediante las Recomendaciones sobre criminalidad económica (12 de 1981) y sobre la responsabilidad de la empresa (18 de 1988) el Comité de Ministros del Consejo de Europa tiende a encaminarse al aseguramiento de una responsabilidad integral de las empresas.

A partir de principios de 1996, la Comisión de Bruselas ha fomentado la introducción en las legislaciones nacionales de los países miembros de la Unión Europea la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en materia de fraude contra los ingresos y egresos de las Comunidades[291].

## 6. Conclusión [arriba]

La nueva era histórica que impulsa la cultura de occidente exige grandes cambios en el perfil del derecho. El surgimiento en ciernes de un estado mundial en etapa hobbesiana, altamente internacionalizado que, respondiendo a la dinámica del proceso de globalización, está desarrollando fenómenos de integración, de mundialización de normas y tribunales, hace que el

tratamiento penal de la responsabilidad de las formas jurídicas de la empresa, no pueda quedar al margen del debate jurídico de la actualidad.

Dentro de este marco se presenta el problema que ha encontrado hasta ahora en el conceptualismo de la dogmática germana grandes dificultades -superadas en Inglaterra, Estados Unidos y Francia-, deteniendo de ese modo la elaboración de una norma positiva acorde con las necesidades derivadas de la realidad social, dimensión vital del derecho

En este caso, la exterioridad del fenómeno jurídico suele desviar su estudio hasta el punto de ignorar la subjetividad de sus raíces en la conciencia de los hombres. No obstante, sobre todo en periodos críticos como el actual de la llamada postmodernidad, cuando la crisis llega al punto de creerse que no habrá más cambios ni crisis y los avances de la Economía y de la utilidad ponen en cuestión la existencia misma del derecho, la consideración de sus valores específicos resulta significativa

Los valores jurídicos forman un complejo que culmina en los requerimientos de la justicia y todos los valores a nuestro alcance han de contribuir a la realización del valor humanidad (el deber cabal de nuestro ser) que en alguna medida es inherente a cada hombre por disvalioso que sea en sus otros aspectos.

Las soluciones propuestas para imputar penalmente a las personas jurídicas intentan buscar la solución a partir del derecho infraccional, el cual evitaría los obstáculos que presentan las categorías dogmáticas de la acción y la culpabilidad penal o, contrariamente, rebajando las exigencias del principio de culpabilidad con relación a las personas jurídicas o fundándolo en una responsabilidad orientada en categorías intermedias, lo cual está lejos de resolver el problema por las consecuencias imprácticas que presenta.

Desde puntos de vista cercanos al mantenimiento de la configuración dominante y tradicional de las categorías del delito y de la pena, pero presentando las mismas trabas que los anteriores se ha propuesto la elaboración de nuevos conceptos de acción y de culpabilidad exclusivamente válidos para las personas jurídicas. En esta línea, se han aplicado los principios inspiradores y las reglas generales de la coautoría y de la autoría mediata para afirmar la existencia de capacidad de acción de las personas jurídicas y, por otro lado, aplicando los principios inspiradores y las reglas generales de los delitos impropios de omisión, se ha afirmado la capacidad de culpabilidad propia de las personas jurídicas orientada en categorías sociales y jurídicas[292].

Por otro lado, se propone establecer un nuevo criterio de legitimación para, sin alterar los principios sobre los que se base el sistema de imputación del Derecho penal individual, fundamentar la aplicación de una sanción a las personas jurídicas sin la existencia de culpabilidad[293]. Por último, se ha presentado la propuesta de un sistema de responsabilidad penal específico para las personas jurídicas fundado sobre principios de imputación elaborados a partir de las características específicas de este tipo de entidades[294].

El trialismo, para el cual el derecho es un conjunto de repartos de potencia e impotencia, descriptos e integrados por normas y valorados -repartos y normas- por la justicia[295], nos propone la consideración de las tres dimensiones que integran el mundo jurídico a fin de estudiar un problema y obtener la respuesta jurídica más adecuada para su solución.

En este sentido, los aspectos criminológicos y penológicos, se vinculan con la parte de la realidad social que integra una dimensión del mundo jurídico cuyo análisis debe realizarse con carácter previo a fin de considerar luego la solución normológica más ajustada y valorar su aspecto dikelógico, que son las otras dimensiones del derecho.



## 6.1 Dimensión sociológica

Sin duda la experiencia de los últimos tiempos nos demuestra que los moldes clásicos del derecho penal son insuficientes para contener dentro de las exigencias regulativas, la criminalidad de la empresa. Estos moldes del derecho penal liberal, elaborados al inicio de la modernidad desde la misma vertiente filosófica que alimentó la revolución francesa, han cedido en la postmodernidad a instancias del cambio cultural que produjo la llegada de una nueva “era” histórica.

Por ende, siendo muy distinta la realidad social contemporánea otras son necesariamente las conclusiones a que llega la ciencia penal al analizar estos fenómenos, como también otros han de ser los criterios de la política criminal. Los delitos cometidos desde el seno de la empresa son el resultado de la realidad que muestra la fuerza expansiva de las sociedades dentro del capitalismo.

Esta no se puede reconducir de forma puntual a una única decisión personal; por lo tanto, el resultado no se puede determinar en función de los principios de imputación penal al infractor singular. En esos casos el derecho penal individual ha agotado todas sus posibilidades[296] y los elementos de responsabilidad del derecho criminal clásico resultan disfuncionales[297].

Al despegarse de la realidad social, el sistema pierde racionalidad ya que las normatividades se tornan inexactas porque su cumplimiento no se produce. Es el momento de adecuar la norma, de realizar un reparto, que sea fiel, adecuado y exacto porque además ese alejamiento de la realidad social disminuye las posibilidades de realización de los valores, incluyendo la justicia.

## 6.2 Dimensión normológica

Desde el punto de vista normológico existen dos posibilidades: estatuir un Derecho penal específico de las personas jurídicas o bien reformular las categorías dogmáticas tradicionales. Si bien cualquiera de las dos situaciones permitirá que el Derecho penal responda a los conflictos sociales que se le presentan de cara a la postmodernidad, preferimos la primera ya que se puede adaptar, en la medida de lo racionalmente posible, a las nuevas situaciones que presenta el mundo jurídico.

Cada época y cada cultura construyen los conceptos jurídicos con diferentes criterios de apertura o reducción, ya que los mismos deben ser funcionales al hilo de la finalidad objetiva de los acontecimientos. En este sentido, es menester tener siempre presente que los conceptos jurídicos son finalistas o teológicos y por consiguiente su insensata generalidad no es susceptible de una contestación razonable.

Por eso, preferimos la formación de un derecho penal específico para las personas jurídicas. La tarea de adecuación dogmática de las categorías tradicionales de la teoría del delito ha transitado, hasta ahora, caminos basados en la comparación o en la pretensión de igualación de las personas jurídicas con las personas físicas tratando de asimilar lo imposible para adaptar un régimen de responsabilidad pensado para la persona individual a la persona colectiva.

Es evidente que la persona jurídica no posee capacidad propia de acción, sino a través de sus representantes como tampoco posee derechos electorales, ni ciudadanía ni relaciones personales de familia. Los conceptos son siempre productos ideales de las normas y materializaciones de éstas, sirven para incorporar sentidos a la realidad en su función de integración sustancial y relacional

La finalidad que persigue la institución de una norma que contemple la responsabilidad penal específica de las personas jurídicas es, en primer lugar, impedir los beneficios o ventajas que pueda obtener por la comisión de un delito; en segundo lugar, fomentar que los órganos directivos de las mismas impidan dentro del ámbito de la empresa la comisión de infracciones, la vulneración de deberes del empresario o el enriquecimiento por medio de la comisión de ilícitos; y finalmente el restablecimiento de la vigencia que la norma vulnera, de acuerdo a los puntos de partida metodológicos en que toda la dogmática penal coincide.

### 6.3 Dimensión dielógica

La justicia jerarquiza el requerimiento de fidelidad del ordenamiento normativo como expresión de la auténtica voluntad de la comunidad respecto del orden de repartos deseado.

La exigencia social de protección de intereses de la comunidad por razones de justicia que llevaron a excluir la responsabilidad penal colectiva por primera vez en la historia del derecho occidental mediante la formulación del axioma *societas delinquere non potest* son las mismas que ahora ochocientos años después obligan a su sanción. Actualmente, las personas jurídicas se encuentran en situación más favorable que el delincuente individual al no ser consideradas como sujetos posibles del derecho penal. Realizar la síntesis histórica, en términos hegelianos, es dielógicamente valioso para impedir ese resultado político-criminal no deseado.

A pesar de ello, como muestra de la necesidad axiológica de su sanción, no se duda en establecer severas penas administrativas contra las personas jurídicas sin la garantía que exige la aplicación de un proceso sea penal o contravencional en un estado de derecho. En busca del equilibrio necesario en todo sistema es valioso también que la aplicación de sanciones a las personas jurídicas tenga lugar revistiendo las debidas garantías constitucionales.

La justicia como categoría pantónoma referida en el derecho a la totalidad de las adjudicaciones pasadas presentes y futuras; a las consecuencias, al complejo personal real y temporal debe ser siempre necesariamente fraccionada para su aplicación.

Para evitar que ante la imposibilidad de imputación de un hecho, nadie sufra ninguna consecuencia perjudicial por violar el orden jurídico y perjudicar a terceros, quedando el hecho delictivo impune por falta de determinación de un autor individual concreto, el juez o el legislador fraccionan esa entidad extendida y juzgan sólo un fragmento de ella.

Este fraccionamiento de los complejos (real y personal) se realiza siempre por la imposibilidad propia que presenta de la pantonomía de la justicia y es perfectamente posible “expandirla hacia fuera” para el caso de las personas jurídicas con el objeto de satisfacer, también en este caso, las exigencias de justicia adaptadas a la realidad y comprensión finita de los hombres.

Sólo la realización del valor justicia puede lograr que se satisfaga en la mayor medida posible el despliegue jurídico de la convivencia actual, donde la utilidad tiende a avasallar a los demás valores arrogándose su material estimativo.

La presencia de la postmodernidad signada por las diversidades de superficie y un abrumador predominio de la economía en un despliegue de enorme desarrollo capitalista, con sujetos y razón débiles que generan un clima de difusión en la sociedad, no significa que el derecho no intente encauzar sus valores en busca de la realización de justicia para satisfacer el valor humanidad.

#### 6.4 Horizonte del planteo de unidad de lo jurídico

A través de la consideración del derecho como una unidad se favorece el despliegue de sus distintas ramas. Desde esta perspectiva el derecho penal no puede aislarse de otras ramas jurídicas tanto de derecho público como privado.

El derecho penal internacional, el comunitario europeo y el penal administrativo de tipo infraccional en todas sus ramas consagran la responsabilidad de las personas jurídicas. Lo propio acontece con el derecho civil, comercial y laboral que sustentan la responsabilidad en sus diversos ámbitos por delitos civiles con fundamentos que son válidos para esta otra rama del mundo jurídico.

La ciencia jurídica no está compuesta de islas sino que es una región integrada, única forma en que puede vincularse con otras de un vasto continente[298]. Desde esa perspectiva amplia pueden apreciarse las relaciones del derecho -como política jurídica- con otras ramas como la política económica, social, comercial. Únicamente por esa vía, el derecho muestra sus relaciones con el resto de la convivencia considerada en su conjunto como cultura y puede darle sentido jurídico a todas las otras dimensiones convivenciales y satisfacer el valor humanidad como el deber ser cabal de nuestro ser y el valor supremo a nuestro alcance[299].

[1] Ciuro Caldani, Miguel Angel; "El papel del derecho privado en la construcción del mundo actual", *Boletín del Centro de Investigaciones*, nº 23, p. 31.

[2] Ciuro Caldani, Miguel Angel; "Jusfilosofía del derecho de familia en la posmodernidad", *Investigación y docencia* nº 29, p. 18.

[3] Hegel, Georg W.; *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, trad. José Gaos, Alianza Universidad, Madrid, 1982, p. 168.

[4] Ciuro Caldani, Miguel Angel; *Perspectivas jurídicas*, FIJ, Rosario, 1985, p.171.

[5] Ciuro Caldani, Miguel Angel; "Comprensión jusfilosófica de las características de la internacionalidad", *Investigación y Docencia* nº 27, p. 30. Puede verse "Jusfilosofía de la disolución del Estado", *Investigación y Docencia* nº 23, p. 33.

[6] Ciuro Caldani, Miguel Angel; "Aspectos filosófico-históricos del Estado" y "Las ideas filosóficas en conflicto en las tres guerras mundiales", *Revista del Centro de Investigaciones* nº 25, p. 14 y 59 respectivamente.

[7] Ciuro Caldani, Miguel Angel; "Lecciones de Teoría General del derecho". *Investigación y Docencia* nº 32, p. 74

[8] Ciuro Caldani, Miguel Angel, *Perspectivas cit.*, p. 68.

[9] Ciuro Caldani, Miguel Angel; "Aspectos filosóficos ..." cit. p. 12.

[10] Gonzalez, Nemesio; "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *RDCO*, año I, 1968, p. 691.

[11] Ciuro Caldani, Miguel Angel "Notas para la comprensión jusfilosófica de Antígona de Sófocles", *Boletín* nº 2, p. 29.

[12] Ciuro Caldani, Miguel Angel; "Aspectos filosóficos ...", cit. p. 12.

[13] Cap. 20, vers. 5.

[14] Mestre, Aquiles, *op. cit.*, p. 61.

[15] Bacigalupo, Silvina; *op. cit.*, p. 44.

[16] *Sive singularis sit persona quae metum intulit, vel populus, vel curia, vel collegium, vel corpus: huic edicto locus erit*. Gierke, que no admite la responsabilidad de las personas jurídicas en Roma, reconoce sin embargo que "queda establecido de hecho que una comunidad, en tanto que persona moral se designa aquí como *metum inferens* y realizando un acto ilícito". *Das deutsche Genossenschaftrecht*, t. III, p. 171, n. 151 cit. por Mestre, Aquiles; *op. cit.*, p. 57.

[17] La enumeración de las diferentes personas jurídicas que hace Ulpiano muestra que ha creído hablar no de una pluralidad de individuos sino de grupos organizados y que la solución expuesta para él no ofrece duda frente a ninguna especie de *universitas*.

[18] Ley 7, Digesto 3, 4 *in decurionibus vel in aliis universitatibus*

[19] *De dolo decurionum. In ipsos dabitur de dolo actio*. Mestre, Aquiles, *op. cit.*, p. 57 y 58.

[20] Plutarco, *Vida de Cimón I cit.* en Gierke, Otto von; *op. cit.*, t. III, p. 170, n. 150, cit. por Mestre, Aquiles; *op. cit.*, p. 59.

[21] Leyes VIII, 828.

[22] *Sed an in municipibus de dolo detur actio, dubitatur; et puto ex suo quidem dolo non posse dari: quid enim municipibus dolo facere possunt?*.

[23] Bacigalupo, Silvina; *op. cit.*, p. 43.

[24] *"de dolo decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio"*.

[25] Savigny, Frederick von; *Sistema de Derecho romano actual*, T. II, Madrid, 1867, p. 108.

[26] Miedo o temor.

- [27] Ley 9, § 1, Digesto 4, 2 Ulpiano; “Animadvertendum autem quod praetor hoc edicto generaliter et in rem loquitur, nec adicit a quo gestum: et ideo sive singularis sit persona quae metum intulit, vel populus, vel curia, vel collegium, vel corpus, huic edicto locus erit” y parágrafo 3: “cum Campani, meto cuidam illato”. Mestre, Aquiles, *op. cit.*, p. 64.
- [28] Hugo, Gustav; *Ius civile antejustinianum*, 1815, p. 1386, cit. en Mestre, Aquiles, *op. cit.*, p. 65.
- [29] Ciuro Caldani, Miguel Angel; “Aspectos filosóficos ...” cit., p. 13
- [30] Gonzalez, Nemesio; *op. cit.*, p. 693.
- [31] Gonzalez, Nemesio; *op. cit.*, p. 693 y Barbero Santos, Marino; “¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 64, Madrid, 1957, p. 298
- [32] Barbero Santos, Marino, *ibidem*.
- [33] *idem*, p. 304
- [34] “Los hijos serán desheredados e agraviados en algunas cosas por la traición que su padre hizo”. Minguijón, Salvador; *Historia del derecho español*, Labor, Barcelona, 1927, p. 177.
- [35] La obra fue editada en Frankfurt en 1570 aunque terminada en 1245 poco después que el Concilio de Lyon.
- [36] La condena de Federico II y los textos completos del I Concilio de Lyon pueden leerse en inglés en [http://www.intratext.com/IXT/ENG0066/\\_INDEX.HTM](http://www.intratext.com/IXT/ENG0066/_INDEX.HTM).
- [37] En 1379, la ciudad de Montpellier se sublevó con motivo de un impuesto real y fue condenada a la pérdida “de su Universidad, de su consulado, de su Ayuntamiento y de todos sus privilegios y a pagar una multa de 600.000 libras de oro”; además de lo cual, seiscientos habitantes “de los más culpables” fueron ejecutados. Aquí vemos aplicados al mismo tiempo los dos géneros de represión: una represión colectiva contra la comunidad culpable y represiones individuales contra los que, mediante el delito personal, hicieron posible el delito del pueblo. Mestre, Aquiles; *op. cit.* p. 116.
- [38] La sentencia de 26 de Octubre de 1548 condenó a la ciudad de Burdeos a perder sus antiguos privilegios a consecuencia de un motín producido por la percepción de las Gabelas fue dictada en estos términos “*jure antiquo omnibus que antiquis privilegiis destitua est civitas Burdigalorum*”; *idem* p. 117.
- [39] *Idem* p. 121
- [40] Minguijón, Salvador; *op. cit.* p. 177.
- [41] Rousseau, Jean; *Contrato social*, Sarpe, Madrid, 1985, p. 59
- [42] Mirabeau, *Ouvres*, ed. Merilhou, t. 1, p. 326-335 y Touret: “las corporaciones no tienen ningún derecho real por su naturaleza puesto que no tienen naturaleza propia”. Mestre, Aquiles; *op. cit.* p. 128
- [43] Kant, Imanuel, *Metafísica de las costumbres*, Porrúa, México, 1977, p. 201
- [44] Bacigalupo, Silvina; *op. cit.* p. 354
- [45] *Ibidem*.
- [46] *Ibidem*
- [47] Para Ihering el individuo es egoísta y actúa para autoafirmarse. Se introducen así elementos organizativos en la idea de sociedad y ellos son los que permiten manejar el egoísmo del individuo (premio-coacción; sentido del deber-amor) en *El espíritu del derecho romano*, Vol. III, Bailly-Bailliére, Madrid, 1931.
- [48] Bacigalupo, Silvina; *op. cit.* p. 355.
- [49] Beseler; *System des Deutschen Privatrechts*, t. I, 1847, p. 66. Cit. En Hirsch, Hans; *Obras completas*, T. III, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 113
- [50] *Ibidem*
- [51] Sutherland, Edwin M.; *El delito de cuello blanco*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1968, p. 7 y s.
- [52] Prácticamente ya no se plantea que las personas jurídicas sean enteramente un todo ideal de carácter ficticio. Como excepción Flume en *Lehrbuch des Allgemeiner Teils des Bürgerlichen Rechts*, T. 1, 1983, p. 29.
- [53] Ciuro Caldani, Miguel Ángel; “El bicentenario del Código Civil francés”, *J. A.* 2004-I-948.
- [54] Ciuro Caldani, Miguel Angel; “Notas para una comprensión jusfilosófica del Quijote” en *Boletín cit*, nº 9, p. 19
- [55] Desde antiguo puede verse esta postura en Donnedieu de Vabres; “Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales” en *Rev. Int. de Droit pénal*, 1930, p. 339. Bonnefoy; *La responsabilité pénale des personnes morales et spécialement des sociétés et de leurs représentants* 2ª edición, Jurisclasseur, París, 1932. Houtte; “La responsabilité pénale des Sociétés de commerce” en *Ann. Droit com.*, 1933, p. 276. Bouzat: “Responsabilité pénale”, en *Enciclopedia Dalloz*, 1954, París, Droit criminel, p. 796 y ss. y *Traité théorique et pratique de Droit pénal*, París, Dalloz, 1951. Coulombel: “Personne morale”, en *Enciclopedia Dalloz*, París, Droit criminel, p. 508; Gebara, *La responsabilité pénale des personnes morales en Droit positif français*, Thèse, 1945, París; Herzog; «De la création d'une juridiction pénale internationale permanente” en *Rev. Int. de Droit pénal*, 1950, p. 395. Richier; *De la responsabilité pénale des personnes morales*, These, Lyon, 1943 entre otros.
- [56] Hirsch, Hans; “Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbände”, Conferencia pronunciada en la Rhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Düsseldorf, 1993 trad. Patricia S. Ziffer; “Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht“, *ZstW* 106, 1994, p. 746 a 765. Tiedemann, Klaus; *Wirtschaftsstrafrecht*, tomo 1, 1976, p. 204 y ss. Baumanniweber, *Strafrecht, Allgemeine Teil*, 9, ed., 1985, p. 196; Müller, E., *Die Stellung der juristischen Person im Ordnungswidrigkeitenrecht*, 1986, p. 19 y ss.; Ackermann, B., *Die Strafbarkeit juristischen Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, p. 186; Ehrhardt, A., “Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe“, disertación en Colonia, 1992 (*Kölner Kriminalwiss Schriften*, t. 12, otoño de 1993), C. 6. Para determinados casos, Schünemann, Bernd; *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 249 y s.; *idem*, *Wistra*, Stener, 1982, p. 41 y 49. En general, Jakobs, Günter; *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 6 a 44 y ss. Antes Rotberg, H.E.; *DJT-Festschrift*, t. II, 1960, p. 193 a 197; von Weber, H; “Über die Strafbarkeit juristischer Personen” en *GA*, 1954, p. 237 y ss.
- [57] Rodríguez Estevez, Juan; *El derecho penal en la actividad económica*, Abaco, Buenos Aires, 2000, p. 259 y 260.

- [58] Estas dos corrientes se caracterizan por distintos puntos de partida metodológicos (la normativización del sistema y sus categorías) y en el grado de absolutización del sistema metodológico funcionalista, dando lugar así a resultados diferentes. El funcionalismo jurídico postula que el derecho penal se orienta a garantizar la identidad normativa. En este sentido no hay nada en la sociedad que no sea sustituible, todo es cambiante. Esto permite demostrar que el problema se encuentra en la forma que la sociedad adopta y no en determinada consolidación para que el estado de cosas no cambie. Lo importante es la identidad de la sociedad reflejada en las normas y consecuentemente no en la protección de los bienes jurídicos. La función del derecho se refiere a la posibilidad de comunicar expectativas, como un aspecto temporal del sentido de la comunicación y de encontrar en ella su reconocimiento en Bacigalupo, Silvina, *op. cit.* p. 361 y 362.
- [59] Núñez, Ricardo; *Derecho penal argentino*, T. I, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, p. 230.
- [60] Jescheck, Hans; *Lehrbuch Des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlin, 1988, p. 197 a 198.
- [61] *Idem*, p. 199.
- [62] Bacigalupo, Silvina; *op. cit.*, p. 123.
- [63] Roxin, Claus, *op. cit.*, p. 194.
- [64] *Idem*.
- [65] En lo que inicialmente se planteó como una nueva edición del Tratado de Derecho Penal de Welzel para atender el encargo que este le había hecho en tal sentido, Jakobs terminó escribiendo una obra radicalmente diferente y personal, a la cual Roxin concluyó calificando, elogiosamente como la antítesis de aquel. Ver Jakobs, Günther; *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 18, nota 4.
- [66] Bacigalupo, Silvina; *op. cit.*, p. 151.
- [67] *Idem*, p. 152 y 362.
- [68] *Idem*, p. 154.
- [69] *Idem*, p. 170.
- [70] *Idem*, p. 173.
- [71] Hirsch, Hans; *Obras ...*, cit. p. 115.
- [72] *Idem*, p. 116.
- [73] *Ibidem* y "Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen", *ZStW*, 1995, FET 2, p. 288 a 291.
- [74] Baumann; Jürgen; *Derecho penal. Fundamentos y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 116. También von Liszt hacia esta referencia en *Strafrecht*, § 28, I, 2.
- [75] Llambías, Jorge; *Tratado de derecho civil*, Parte General, T. II, Perrot, Buenos Aires, 1980, p. 69.
- [76] *Ibidem*.
- [77] *Idem*, p. 70
- [78] Hirsch, Hans; *Obras ...*, p. 119.
- [79] *Haftungstheorie vom Organisationsverschulden*.
- [80] *Organisationsverschulden oder Organisationsfehler*.
- [81] Bacigalupo, Silvina, *op. cit.*, p. 172.
- [82] *Ibidem*.
- [83] Deruyck, en *ZStW* vol. 103 (1991), p. 728.
- [84] Stratenwerth, Günther; p. 298 y 304 y ss. (nota 1); sobre la apreciación de las medidas de seguridad puede verse *Korte, Juristische Person und strafrechtliche Verantwortung* (1991), p. 177; Otto, *Strafbarkeit von Unternehmen*, p. 29 (la sanción de la organización como medida protección jurídica de la economía). Que se pongan límites a las medidas de seguridad frente a los particulares, prohibiéndole convertirlos en objetos de demostración de la administración de justicia, no resulta un obstáculo para una sanción de la empresa orientada de manera preventivo-general: la empresa no es una persona racional que tenga que ser respetada como tal. A pesar de esta argumentación consecuente, Stratenwerth no despeja una duda: que se utilice el Derecho de medidas de seguridad para ocultar los pecados originales del Derecho penal de culpabilidad, no obstante que aquél sea considerado derecho penal básico cit. por Heine, Günther, *op.cit.*, p. 9.
- [85] Heine, Günther, *op.cit.*, p. 9.
- [86] Bacigalupo, Silvina, *op. cit.*, p. 173.
- [87] Hirsch, Hans; "Strafrechtliche ..." p. 291 y *Obras ...*, p. 121.
- [88] Bacigalupo, Silvina, *op. cit.*, p. 176.
- [89] Hirsch, Hans, "La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas", *ADP*, 1993, p. 1110 a 1112.
- [90] Baumann; Jürgen; *op. cit.*, p. 220 y 221.
- [91] Bacigalupo, Silvina; *op. cit.*, passim.
- [92] *Idem*, p. 199.
- [93] *Ibidem*.
- [94] *Idem*, p. 200.
- [95] *Ibidem*.
- [96] *Idem*, p. 201.
- [97] *Idem*, p. 220.
- [98] *Ibidem*.
- [99] *Idem*, p. 222.
- [100] Aboso, Gustavo y Abaldes, Sandro; *op. cit.*, p. 37.
- [101] Hirsch, Hans; "Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen", *ZStW*, Heft 2, 1995, p. 1113.
- [102] Aboso, Gustavo y Abaldes, Sandro; *op. cit.*, p. 38.

- [103] Los postulados de todos los autores mencionados se encuentran desarrollados en Aboso, Gustavo y Abalde, Sandro; *op. cit.*, p. 62 a 69.
- [104] Soler, Sebastián; *Derecho penal argentino*, t. 1, 5ª ed. act. por Guillermo J. Fierro, Buenos Aires, T.E.A., 1989, p. 330-331; Ricardo Núñez, *Tratado de derecho penal*, tomo 1, 2ª reimposición, Marcos Lerner, Córdoba, 1988, p. 216; Fontán Balestra, Carlos; *Tratado de derecho penal*, v. I y III, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 422 y 132, resp.; Zaffaroni, Eugenio; *Tratado de derecho penal*, t. III, Ediar, Buenos Aires, 1983, p. 57; Creus, Carlos; *Derecho penal*. Parte general, Buenos Aires, Astrea, 1988, p. 132; Laje Anaya, Justo; *Comentarios al Código Penal*. Parte general, v. I, Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 37; Caballero, José Severo, *op. cit.*, p. 24; "La responsabilidad penal de los directores y administradores y la llamada responsabilidad penal de las sociedades anónimas y otras personas colectivas", *Cuadernos de los Institutos*, N° 120, Dirección General de Publicaciones, 1973, p. 18-23, cit. por Cesano, José; Problemas de responsabilidad penal de la empresa, *Anuario de Derecho Penal de la Universidad de Friburgo*, Friburgo, Suiza, p. 2 a 5.
- [105] Jimenez de Asúa, Luis; "La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *La Ley*, t. 48, p. 1041.
- [106] Borda, Guillermo; *Manual de Derecho Civil*, Parte General, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, p. 303.
- [107] Aftalión, Enrique; "Acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *La Ley*, 37-281 y "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la de sus directores", *J. A.*, 1958-542.
- [108] *Idem*, p. 281.
- [109] *Ibidem*.
- [110] Cueto Rúa, Julio; "El racionalismo, la egología y la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *La Ley*, 50-1109.
- [111] Goldschmidt, Werner; "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", prólogo a Nemesio Gonzalez "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *RDCO*, año I, 1968, p. 681.
- [112] Nino, Carlos; *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 408 a 418.
- [113] Gonzalez, Nemesio; *op. cit.*, p. 715.
- [114] Goldschmidt, Werner, "Prólogo" en Gonzalez, Nemesio; *op. cit.*, p. 681.
- [115] Gonzalez, Nemesio; *op. cit.*, p. 715.
- [116] CHichizola, Mario; "La responsabilidad penal de las personas de existencia ideal", *La Ley*, 109-696.
- [117] Spolansky, Norberto; "Culpabilidad, la responsabilidad solidaria de las sociedades anónimas y la de sus directores en el régimen penal cambiario", *La Ley*, 1978-D-231.
- [118] D' alborna (h), Francisco; "Lavado de dinero y régimen penal administrativo", *La Ley*, 30 de abril de 2003, t. 2003-C.
- [119] Baigun, David; "La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)", Depalma, Buenos Aires, 2000, *passim*.
- [120] *Idem*, p. 38.
- [121] *Idem*, p. 261.
- [122] Hirsch, Hans; *Derecho ... cit*, p 118.
- [123] *Ibidem*.
- [124] La ley 22.415 fue sancionada el 2 de Marzo de 1981, promulgada el 2 de Marzo de 1981 y publicada en el Boletín Oficial el 23 de Marzo de 1981. Posteriormente fue modificada por las leyes 23353, 23664, 23860, 23968, 24921 y 25239.
- [125] C.S., *Fallos*, 184:417.
- [126] Fallo "Entre Ríos Extracto de Carne Ltda. s/Defraudación de derecho de Aduana en el fallo "Entre Ríos Extracto de Carne Ltda. s/Defraudación de derecho de Aduana". CSJN, 7/12/1894.
- [127] Vidal Albarracín, Héctor; *Delito de contrabando*, Editorial Universal, Buenos Aires, 1986, p. 6.
- [128] Así lo describe la jurisprudencia en re "Fiscal y Querellante c/Humberto Gordo y otros, s/infr. Art. 187, inc. f), Ley de Aduana, t.o. 1962"- CSJN, 30/11/76 donde se eludió una prohibición de importación.
- [129] Dice Núñez "la mención en el artículo 4 de los mal llamados `delitos previstos por leyes especiales', obedeció a la idea de someter a las regulaciones generales de la punibilidad dispuestas por el Código, a las represiones establecidas por las llamadas `leyes especiales del Congreso' o `leyes federales'. En la práctica, es común llamar `leyes especiales' a las que dictadas al margen del Código Penal, buscan ordenar un sector de la vida social". Núñez, Ricardo; "Las disposiciones generales del Código Penal", Buenos Aires, 1988, p. 30. Delitos especiales serían en cambio los que exigen calidades y elementos subjetivos de autoría (García, Luis y Llerena, Patricia; "Criminalidad de empresa", Buenos Aires 1990, p. 22). El agregado de la reforma constitucional de 1994, al anterior art. 67 inc. 11, actual 75 inc. 12, "en cuerpos unificados o separados", aleja la posibilidad de distinguir como una categoría "especial" a las leyes comunes dictadas fuera de los respectivos códigos, lo que da razón a Núñez.
- [130] Lugones, Narciso; "Conclusiones inductivas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación penal especial argentina", *J. A.*, 2002-III-968.
- [131] Publicada en el Boletín Oficial el 10 de mayo de 2000 y reglamentada por Decreto 370/00 que vetó parcialmente el inc. 2 del art. 23.
- [132] C.S. *Fallos*, 216-397, 201-59, 378 y 428 y *La Ley*, 128-978.
- [133] C.S. *Fallos* 201-378, 203-216 y *La Ley*, 40-454.
- [134] C.S. *Fallos*, 201- 378, 428.
- [135] C.S. *Fallos*, 200-419.
- [136] C.S. *Fallos*, 184:162
- [137] *La Ley*, 1978-D-231, con nota de Norberto Spolansky.
- [138] *La Ley*, 1978-A-431, fallo 775.453.
- [139] C.S. *Fallos* 298:432.
- [140] C.S. *Fallos* 316:1588.

- [141] *La Ley*, 115-127.
- [142] *La Ley*, 109-684, con nota de Enrique Aftalión.
- [143] Bonzón Rafart, Juan; *Responsabilidad penal e infraccional de las personas jurídicas*, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 123.
- [144] *RDCO*, año 1997, p. 669.
- [145] *La Ley*, 1990-D-406 y C.S. Fallos, 314:775, respect.
- [146] *J.A.*, 1991-IV, 401.
- [147] CNPenal Económico, Sala B, 15/5/1998.
- [148] *J. A.*, 2001-IV-83.
- [149] *J. A.*, 2612-58.
- [150] *J. A.*, 1998-III-síntesis.
- [151] Voto del Dr. Riggi, *LexisNexis* N° 30002950.
- [152] C.Federal de La Plata, Sala II, 10/2/1998.
- [153] C.Federal de General Roca (Río Negro), 28/2/1992.
- [154] Juzgado Federal N° 1 de Córdoba, Exp. 5945, 15/6/1993.
- [155] CNPenal Económico, Sala A, 25/10/1996.
- [156] *Lexis Nexis* N° 70004941.
- [157] Según Hirsch, el Tribunal Constitucional Federal no expresó reparos constitucionales en una decisión de 1966 (*BverftGE*, t. 20, p. 323 y ss.) por lo que el legislador no estaría impedido de introducirla. *Obras ...*, p. 130.
- [158] También en Estados Unidos, el derecho canadiense de estirpe sajona y Australia, además de dos ordenamientos fuertemente influenciados por el estadounidense como son el japonés y coreano del sur.
- [159] Cesano, Daniel; *En torno a la denominada responsabilidad penal de la persona jurídica*. Alveroni Ediciones, Córdoba, 1998, *passim*.
- [160] Bacigalupo, Silvina; *op. cit.*, p. 261 y 262.
- [161] En cuanto al Código Penal se encontraba en los arts. 174,238, 265, 344 bis b, 347 bis, 452 bis c) y d) y 546 bis f). Estaba contemplado en diversos Anteproyectos como el de 1983 (art. 138), 1992 (art. 134 y 135) y 1994 (art. 129).
- [162] Cfr. Cordoba Roda, *Comentarios al Código Penal I*, Barcelona, España, 1962, p. 186, Cerezo Mir, J.; *Derecho Penal-Parte General*, Madrid, 1994, p.s 298 y 315, Mir Puig, S., *Derecho Penal-Parte General*, Valencia, 1996, p. 177; Gracia Martín, L. *El actuar en nombre de otro en el Derecho Penal*, Madrid, 1996, p. 13; y “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas” en *Actualidad Penal* n° 39/1993, p. 590, Bajo Fernández, M.; *Derecho Penal Económico*, Madrid, 1978, p.s 118 y 119; Bajo Fernández, M., Suarez Gonzalez, C. y Perez Manzano M.; *Manual de derecho Penal (Parte Especial)*, Madrid, 1993, p. 592; cits. en Bacigalupo, Silvina, *op. cit.*, p. 281 y 282.
- [163] Cfr. entre otros Guinarte Cabana, G. en Vives Antón, T. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, v. I, Valencia, 1995, p. 665 y 666; Manzanares Samaniego, J.L. y Cremades, J.; *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Madrid, 1996, p. 624; Silva Sanchez, J.M.; “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el Derecho español”, en Silva Sanchez, J.M., Schünemann, B. y de Figueredo Dias, J. (Coords.); *Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal*, cits. en Bacigalupo, Silvina, *op. cit.*, p. 282.
- [164] Bacigalupo, Silvina; *op. cit.*, p. 285.
- [165] Zugaldía Espinar, José; *op. cit.*, p. 15.
- [166] *Ibidem*.
- [167] El Tribunal Supremo expresó “las contravenciones tipificadas (en un reglamento administrativo) se integran en el supraconcepto del ilícito, cuya unidad sustancial es compatible con la existencia de diversas manifestaciones fenoménicas entre las cuales se encuentra tanto el ilícito administrativo como el penal”. TS España, 9 de febrero 1972, Repertorio Arazandi, Madrid, 1972, p. 876.
- [168] Zugaldía Espinar, José; *op. cit.*, p. 17.
- [169] Zugaldía Espinar, José; *op. cit.*, p. 17.
- [170] *Ibidem*.
- [171] Bacigalupo, Silvina; *op. cit.*, p. 300 a 305
- [172] *Ibidem*
- [173] Bacigalupo, Silvina; *op. cit.*, p. 300 a 305.
- [174] Bacigalupo, Enrique; “Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)”, en *Comentarios a la legislación penal*, *op. cit.*; v. V, p. 371.
- [175] Heredia, Florencia; “Ilícitos societarios. Tendencias en el derecho comparado y situación en la República Argentina”, en *RDCO*, Año 1997, n° 113, p. 7.
- [176] Pradel Jean; “*Le nouveau Code Pénal (Partie Générale)*”, *Recueil Dalloz*, Actualité Legislative Dalloz 1993, *Commentaires Législatifs*, p. 163 y s. Igual criterio Larguier, Jean; *Droit pénal général*, Dalloz, 1995, p. 90. En contra, Poncela, *op. cit.*, p. 458.
- [177] Según el art. 72 de la Constitución de 1958, las “colectividades territoriales” (unidad básica de la división política territorial) de la República son: los municipios, los departamentos y los territorios de ultramar. Queda reservada a una ley la creación de cualquier nueva colectividad no comprendida entre las enumeradas precedentemente.
- [178] Pradel, Jean: “La responsabilidad de la persona moral”, en *Anuario de Derecho Penal*, N° 1996, Universitas Friburgensis, Friburgo, Suiza, 1996, p. 20.
- [179] *Ibidem*
- [180] *Ibidem*.
- [181] Ver sin embargo Paris, 21 de diciembre de 1949, D. 1950, 434, nota de Donnedieu de Vabres, sentencia en la que se decidió en sentido contrario.

- [182] Pradel, Jean; *op cit*, passim.
- [183] Idem.
- [184] Ley 92-1336 del 16 de diciembre de 1992.
- [185] Ver Pradel Jean, *Le nouveau Code pénal*. Partie générale, A.L.D., París, p. 190 y ss.
- [186] Desportes, Frédéric y Le Guehec, Francis: "Las penas aplicables a las personas jurídicas" en *Anuario de Derecho Penal*, Nº 1997-1998, Universitas Friburgensis, Friburgo, Suiza, 1998, p. 4.
- [187] Ibidem.
- [188] Desportes, Frédéric y Le Guehec, Francis; *op. cit.*, p. 6.
- [189] Ibidem.
- [190] Ibidem.
- [191] Ley del 24 de julio de 1966, art. 72 respecto a las sociedades anónimas.
- [192] Ley 93-6 del 4 de enero de 1993, art. 1. Sobre la noción de incitación pública al ahorro, ver Guyon, Yves, "Droit des affaires", en *Economica*, nº 219 y 282 ; Garnier, "La notion d'appel public à l'épargne", en *Revue des sociétés*, 1992, p. 687 cit. por Desportes, Frédéric y Le Guehec, Francis; *op. cit.*, p. 10.
- [193] Es conocido también como *progetto Grosso*, por el profesor Carlo Grosso, que presidió la Comisión per la Riforma del Codice Penale que aprobó el proyecto en la sesión de 26 de mayo de 2001.
- [194] Paliero, Carlo Enrico; *op. cit.*, p. 46.
- [195] Bricola, Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario, en *Rivista italiana de diritto e procedura penale* 1970, p. 1011.
- [196] Cicala, Sulla responsabilità delle persone giuridiche dal punto di vista interno, en *Rassegna penale*, 1929, p. 633.
- [197] Bricola, *op. cit.*, p. 1011.
- [198] Pecorella, Societas delinquere non potest, en *Rivista giuridica lavorale*, 1977, IV, p. 357 a 367.
- [199] Paliero, Carlo Enrico; *op. cit.*, p. 45.
- [200] Alessandri, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1984, cit. por Paliero, Carlo Enrico; *op. cit.*, p. 47.
- [201] Alessandri, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1984, p. 180.
- [202] Paliero, Carlo Enrico; *op. cit.*, p. 47.
- [203] Ibidem.
- [204] Ibidem.
- [205] Ibidem.
- [206] Paliero, Carlo y Travi, *La sanzione amministrativa*, Milano 1983, p. 210 y ss.
- [207] Fioravanti, *Statuti penali dell'attività televisiva*, Milano 1985, p. 172 y ss.
- [208] Aprobado por el Decreto Ley 400/82, de 23 de septiembre de 1982 y modificado por el Decreto Ley 48/95, de 15 de marzo de 1995 (autorizado por la Ley 35/94, de 15 de septiembre de 1994), y por la Ley 65/98, de 2 de septiembre de 1998.
- [209] *Artigo 11º Carácter pessoal da responsabilidade*: Salvo disposição em contrário, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal.
- [210] Derogado por el art. 9 del Decreto ley 132/93, de 23 de abril, que aprobó el Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falencia.
- [211] Lopes Rocha, Manuel António; *Ciclo de estudos de direito penal económico*, INA-Instituto Nacional de Administração, Lisboa, 1993, p. 179.
- [212] Lei da criminalidade informática nº 109/91 del 17 de agosto de 1991.
- [213] Antunes Varela, José de Matos; *Das Obrigações em geral*. V. I. 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 1991, p. 637 y 638.
- [214] de Sousa Mendes, Paulo; *A responsabilidade criminal das pessoas colectivas e equiparadas na âmbito da criminalidade informática em Portugal*, Paulo de Sousa Mendes, Fundación de Ciencia y Tecnología, Lisboa, 2002, p. 5 y 6.
- [215] Beleza Dos Santos, José: "Dúvidas de processo e de direito criminal a que dá lugar o decreto núm. 29034". *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Año 73, Nº 2682 (28 de diciembre de 1940), p. 273 a 275 y nº 2683 del 11 de enero de 1941, p. 292.
- [216] Correia, Eduardo: *Direito Criminal (Lições ao Curso do IV Ano Jurídico coordenadas por Francisco Pereira Coelho e Manuel Rosado Coutinho)*. V. I, Atlântida, Coimbra, 1949, p. 223.
- [217] de Figueiredo Dias, Jorge: "Para uma dogmática do direito penal secundário", *Direito penal económico e europeu*. V. I (*Problemas gerais*). Coimbra Editora, 1998, p. 68, [*Revista de Legislação e de Jurisprudência*, año 116 (1983-1984), p. 263 y año 117 (1984-1985), p. 7 y ss.
- [218] Marques da Silva, Germano; *Direito penal português: Parte geral*. Vol. I (*Introdução e teoria da lei penal*), São Paulo: Verbo, Lisboa, 1997, págs. 84-86 y págs. 303-304; *Direito penal português: Parte geral*. V. II (*Teoria do crime*). Lisboa; São Paulo: Verbo, Lisboa, 1998, p. 265-267; *Direito penal português - Parte geral*. V. III (*Teoria das penas e das medidas de segurança*); São Paulo: Verbo, Lisboa, 1999, p. 83 y 91.
- [219] de Figueiredo Dias, Jorge; *Textos de direito penal: Doutrina geral do crime* (Lições ao 3º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, con la colaboración de Nuno Brandão). Coimbra, 2001, p. 25 y 26.
- [220] Cavaleiro de Ferreira, Manuel: *Lições de direito penal: Parte geral*, vol. I (*A lei penal e a teoria do crime no Código Pena de 1982* - en la Facultad de Ciencias Humanas de la UCP). 3.ª ed. Lisboa; São Paulo, Verbo, 1988, p. 191.
- [221] de Oliveira Ascensão, José; "Branqueamento de capitais: reacção criminal". En *Estudos de direito bancário*, Coimbra; Coimbra Editora, 1999, p. 357.
- [222] Tiedemann, Klaus; *Lecciones de Derecho penal económico* (comunitario, español, alemán), Barcelona: PPU, 1993, p. 232.
- [223] de Sousa Mendes, Paulo, *op. cit.*, p. 9.



- [224] Cfr. Jescheck, Hans Heinrich; *Tratado de derecho penal. Parte general*, Granada, Editorial Comares, Granada (España) 1993, p. 204. Igual criterio, Jackobs, Günter Jakobs; *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 182 y Achenbach, Hans "Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho Alemán", publicado en J.M. Silva Sánchez (Ed. española) - B. Schünemann- J. De Figueiredo Dias (coordinadores), "*Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*", José María Bosch Editor, Barcelona 1995, p. 390. En contra Hirsch, op. cit. p. 130.
- [225] El § 19.3 de la Constitución alemana dice que "los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales".
- [226] BverfGE 20, p. 323.
- [227] BverfGE 20, p. 333.
- [228] En adelante OWiG.
- [229] En adelante 2WiKG.
- [230] La Parte General de la Legislación Contravencional fue sancionada el 24 de mayo de 1968.
- [231] Sancionada en 1986.
- [232] Achenbach, Hans; op. cit. p. 390. En el mismo sentido Cfr. Jescheck, Hans Heinrich; op. cit., p. 205.
- [233] Malamud Goti, Jaime; *Persona jurídica y penalidad*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 10 y ss.
- [234] La *Geldbuße* ha sido diferenciada siempre de la *Geldstrafe* o multa penal. La primera corresponde al ámbito de derecho contravencional, la segunda a la esfera del derecho penal propiamente dicho y se encuentra establecida en el StGB donde la multa es la sanción ambulatoria central del sistema vigente en Alemania. Se encuentra estructurada por el sistema de días -multa y el principio del ingreso y en algunos Länder se admite el pago a plazos de la misma (*Laufzeitgeldstrafe*) y se hace jugar el principio de pérdida patrimonial (*Einbusseprinzip*). Cfr. Dölling, Dieter; *Die Weiterentwicklung der Sanktionen ohne Freiheitsentzug im deutsches Strafrecht*, publicado en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 104 (1992), Heft. 2, p. 259 a 289, trad. José Hurtado Pozo y Aldo Figueroa Navarro y Cesano, José; *La multa como sanción del Derecho Penal común: realidades y perspectivas*, Editorial Alveroni, Córdoba, 1995 p. 195 a 203.
- [235] Malamud Goti, Jaime; op. cit., p. 10 y s.
- [236] Una refutación a este argumento de la teoría sustancialista, fue realizado por Heinz Mattes quien expresa que "el pensamiento de la falta de colaboración ética de las denominadas contravenciones al orden también ha sufrido el embate de su crítica. El Estado, arguye, puede únicamente colocar bajo pena *Geldbuße* aquellas acciones que moralmente, es decir, de acuerdo con las convicciones éticas fundamentales que rigen en una sociedad de derecho son desvaloradas. Los mandatos y prohibiciones legales obligan en el derecho de las contravenciones al orden sólo si poseen un valor final reconocido éticamente; en caso contrario se trataría de una desnuda coacción carente de fuerza obligatoria. Toda figura delictiva, sea del derecho penal, sea de las contravenciones al orden, debe estar basada en la ética. Con ello no se afirma que cualquier disposición del Estado, por el hecho de su promulgación, sea éticamente buena. Esto toca otro problema, a saber, la frontera del poder de imposición jurídica estatal en general y, en particular, en el ámbito jurídico-penal" cit. por Cesano, José; op. cit. p. 11.
- [237] Achenbach, Hans, op. cit., p. 391 a 393 cit. por Cesano, José Daniel; op. cit. p. 12.
- [238] El concepto de sanción similar al de la *Geldbuße* alemana ha sido instituido de manera mas o menos parecida en otras legislaciones recibiendo diferentes nombres, así se la denomina *coima* en Portugal, *bodeansvar*, en Dinamarca y *företagsbot* en Suecia.
- [239] Tiedemann, Klaus; "Responsabilidad penal de la persona jurídica" en *Anuario de Derecho Penal*, N° 1996, Universitas Friburgensis, Friburgo, Suiza, 1996, p. 45.
- [240] Achenbach, Hans; op. cit., p. 392.
- [241] Schünemann, Bernd; Boujong, Karl y ot. cit. por Bacigalupo, Silvina; op. cit., p. 338, nota 83.
- [242] El principio de la *prokura* tiene origen en el derecho germánico en oposición al *ultra vires* según el cual el objeto social limita la capacidad de la sociedad excluyendo de ella los actos notoriamente extraños al mismo. Esta última doctrina imperó en el derecho anglosajón hasta principios de la década de 1980.
- [243] Bacigalupo, Silvina; op. cit., p. 337.
- [244] Schünemann, Bernd; *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política-criminal acerca de criminalidad de empresa*. Trad. Bruckner y Lascaraín, ADPCP (1988-II), p. 547 y ss. y Achenbach, Hans; op. cit., p. 386 y ss., entre otros.
- [245] Achenbach, Hans; op. cit., p. 387 y 388.
- [246] Schünemann, Bernd; op. cit. p. 548.
- [247] *Handeln für einen anderen*.
- [248] "Código Penal alemán", prólogo de Ricardo Levene (h), trad. Eugenio Zaffaroni y Ernst Riegger, en *Revista Argentina de Ciencias Penales* n° 4, Septiembre-Diciembre 1976, Plus Ultra, Buenos Aires, 1976, p. 25 y Espínola, Julio; *Código Penal alemán. Parte general*, Depalma, Buenos Aires, 1976.
- [249] Maurach, Reinhart, Gössel, Karl, Zipf, Heinz; *Derecho penal. Parte general*, v. I, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 238 y 239.
- [250] Gracia Martín, Luis; *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal*, Zaragoza, 1985, p. 83 y ss. y Silva Sánchez, Jesús; *El actuar en lugar de otro en el Código Penal Español*, Instituto Peruano de Ciencias Criminales, Lima, 2000, cit. por Yacobucci, Guillermo, *La responsabilidad al interno de la empresa. La delegación de funciones*. Conferencia pronunciada en el "III Corso Internazionale di formazione in Diritto Penale", IPSOA, Italia, 2002.
- [251] Malamud Goti, Jaime; *Política Criminal de la Empresa. Cuestiones. Alternativas*, Hammurabi, Buenos Aires, 1983. Cap. IV *passim*.
- [252] Malamud Goti, Jaime; op. cit. idem.

- [253] El § 8.1 de la Ley de Contravenciones Administrativas Alemana (*OWiG*) es similar al § 13.1 *StBG*, con la salvedad de que se refiere a «precepto que sancione con multa» y a la «comisión de un ilícito administrativo» en vez de ley penal y punibilidad, respectivamente.
- [254] Meini Méndez, Iván; *op. cit.*, idem.
- [255] Mir Puig, Santiago; *Derecho penal. Parte general*, 5a ed., PPU, Barcelona, 1998, 9/28 y 9/29; Bacigalupo, Enrique; *Principios de Derecho penal. Parte General*. 3a ed., *Akal Jure*, Madrid, 1994, p. 257 y 258.
- [256] Roxin, Claus; “En el límite entre comisión y omisión” *Problemas básicos del Derecho penal*. Trad. Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976, p. 226 y ss.
- [257] *Schweizerisches Strafgesetzbuch*, sancionado el 21 de Diciembre de 1937.
- [258] du Puit, José; “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Suiza”, en *Anuario de Derecho Penal*, N° 1996, Universitas Friburgensis, Friburgo, Suiza, 1996, p. 71.
- [259] Ibidem.
- [260] Ibidem.
- [261] Tiedemann, Klaus; *op. cit.* p. 60 y ss.
- [262] No obstante su falta de sanción, sobre la discusión en Suiza ver (a favor): Graven / Junod, *Societas delinquere non potest?* (1988), p. 351; Schultz, Hans; *Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches "Einführung und Anwendung des Gesetzes" des Schweizerischen Strafgesetzbuches* (1987), p. 112 y ss.; Stratenwerth, p. 295 y ss, cit por Heine, Günter; “La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales”, en *Anuario de Derecho Penal*, N° 1996, Universitas Friburgensis, Friburgo, Suiza, 1996, p. 6 a 19.
- [263] du Puit, José; *op. cit.*, p. 72.
- [264] ATF 101 Ia 110.
- [265] du Puit, José; *op.cit.*, p. 72.
- [266] Heine, Günter; “La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales”, en *Anuario de Derecho Penal*, N° 1996, Universitas Friburgensis, Friburgo, Suiza, 1996, p. 6 a 19.
- [267] BGHSt 37, p. 106 y ss.; LG Frankfurt 25.5.1993; en este sentido cf.: Schulz, en ZUR (1994), p. 26 y ss.; BGH NJW (1995), p. 2932; Kienapfel, *Grundriß des österreichischen Strafrechts. Allgemeiner Teil* (1994), n. 30; Kuhlen, *Umweltstrafrecht in Deutschland und Osterreich* (1994), p. 242.
- [268] Actualmente con estado parlamentario en tramite de comisión.
- [269] Heine, Günter, *op.cit.*, p. 6 a 19.
- [270] Kienapfel, *Grundriß des österreichischen Strafrechts. Besonderer Teil I* (1990), § 80 n. 22a; del mismo: en JBI 1990, p. 467.
- [271] Helm, en JBI 1991, p. 699.
- [272] Idem, p. 698.
- [273] Idem, p. 699.
- [274] En el § 9 inc. 7 del régimen contravencional o en el § 20 a del Código Penal.
- [275] Heine, Günter, *op.cit.*, p.s 6 a 19 y Heine, Günter, en ZUR, 1995, p. 69 y ss.
- [276] Lugones, Narciso; “Programa para el estudio del delito ambiental: la esquematización de sus lugares comunes”, en *J.A.* 1998-IV-991.
- [277] Ibidem.
- [278] Cfr. Bacigalupo, Silvina; *op. cit.*, *passim*.
- [279] Lugones, Narciso; *op. cit.* p. 991.
- [280] Texto según la reforma de 1976 introducido por ley del 23 de junio de 1976.
- [281] Sentencia 707 del 12 de febrero de 1988.
- [282] Tiedemann, Klaus; “Responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Anuario de Derecho Penal*, N° 1996, Universitas Friburgensis, Friburgo, Suiza, 1996, p. 60.
- [283] Tiedemann, Klaus; *Parte General del Derecho penal económico*, p. 18.
- [284] Para el análisis del texto ver Bacigalupo, Silvina; *op. cit.*, p. 322 a 325.
- [285] Tiedemann, Klaus; “Responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Anuario de Derecho Penal*, N° 1996, Universitas Friburgensis, Friburgo, Suiza, 1996, p. 60 y ss.
- [286] Heine, Günter, *op.cit.*, p. 6 a 19.
- [287] Ibidem.
- [288] Según se ha visto no es aceptada, en Alemania, Grecia, Países Bajos, y si lo es en Portugal (se conserva la responsabilidad civil, junto a la responsabilidad penal y a la responsabilidad *cuasi* penal de las agrupaciones con regulación legal específica aunque muy discutido en doctrina), Bélgica, Luxemburgo y España. Debemos sumar al primer grupo, cuyos ordenamientos jurídicos reconocen el carácter personal y retributivo de la multa, a Inglaterra, Irlanda, Rusia, Japón y Australia. Cfr. Tiedemann, Klaus, *op. cit.* p. 61.
- [289] Heine, Günter, *op.cit.*, p. 6 a 19.
- [290] Tiedemann, Klaus; *op. cit.*, p. 60.
- [291] Ver en tal sentido los arts. 306 y 309 del Código Penal español.
- [292] Tiedemann, Klaus; *Lecciones ... cit, passim*.
- [293] Schünemann, Bernd; *Cuestiones básicas ... cit. passim*.
- [294] Heine, Günter; “La responsabilidad ...” *cit.*, *passim*.
- [295] Puede verse, Goldschmidt, Werner; *Introducción filosófica al derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1987; Ciuro Caldani, Miguel Angel; *Derecho y Política*, Depalma, Buenos Aires, 1976; *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*, FIJ, Rosario, 1982/4; *La conjetura en el funcionamiento de las normas. Metodología Jurídica*, FIJ, Rosario,

2000; *Perspectivas Jurídicas*, FIJ, Rosario, 1985 y Bidart Campos, Germán; *Filosofía del Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1968.

[296] Heine, Günter; *Die strafrechtliche Vernunftunwidrigkeit von Unternehmen*, Baden-Baden, 1995, p. 307.

[297] Bacigalupo, Silvina; *op. cit.*, p. 363.

[298] Bobbio, Norberto; *Contribución a la Teoría del derecho* (R), Torres, Valencia, 1980, p. 134.

[299] Ciuro Caldani, Miguel Angel; *La conjetura cit.*; p. 82.

© Copyright: Universidad Austral