

Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código Penal

Rafael Berruezo

I. Introducción [\[arriba\]](#)

En el transcurso del año 2011 en nuestro país se han aprobado distintas reformas al Código Penal[1] y una a la Ley Penal Tributaria[2], donde podemos decir, que se ha incorporado la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aún cuando seguramente algún sector de la doctrina rechazará esta afirmación argumentando que son sanciones accesorias a los entes colectivos, pero no penas, así afirma Cesano[3]: "... han construido un sistema de sanciones administrativas respecto de las personas jurídicas...".

Lo cierto es que en el mes de junio de 2011 se aprobó la Ley N° 26.683 incorporándose el art. 304 al C.P. previéndose sanciones penales similares a las ya previstas en el Código Aduanero. Lo mismo sucede con la Ley N° 26.735 que reforma la Ley N° 24.769 Penal Tributaria, incorporando un agregado al art. 14 de dicha ley, previendo sanciones penales para los entes jurídicos.

En nuestro país, desde hace varios años se discute sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, discusión que no dejaba ninguna duda en lo referente al Código Penal donde claramente no estaba previsto, ya que no se encontraba ningún artículo al respecto.

En general, la discusión comienza en virtud a que, el derecho penal parte de una codificación estructurada sobre la base de la persona humana, del hombre como titular de su autonomía, la que fue apta para los comienzos de la sociedad de mercado, pero luego exhibió sus desajustes, así, la aparición de los holding, trusts, monopolios, fusiones y sus formas jurídicas, y estos no se compadecen con una ley penal que apuntaba fundamentalmente a tutelar al sujeto-propietario y sus objetos cuando, como todos estamos viendo, de la realidad emerge un daño macrosocial y agentes supraindividuales[4].

Con el devenir de los tiempos, las personas jurídicas comienzan a actuar y empiezan a surgir diversos problemas relacionados con la influencia criminógena de la actividad criminal del grupo, y dificultades para: a) la determinación normativa de las competencias; b) la imputación jurídico penal; y c) la identificación del verdadero responsable[5]. En relación a esto, Bacigalupo Silvina[6] expresa que un hecho punible cometido en el ámbito de una empresa -como un grupo de personas organizadas por medio de la división del trabajo- plantea problemas específicos de imputación jurídico-penal debido a la escisión de responsabilidad y acción. Y de esta forma se plantean dos cuestiones: a) hasta qué punto y bajo qué condiciones el que actúa realmente como representante puede ser perseguido como tal; b) hasta qué punto y bajo qué condiciones puede ser responsable penalmente la empresa misma.

Uno de los problemas que van surgiendo, es que los criterios de división y delegación del trabajo que rigen una organización empresarial, se erige como una causa de impunidad, en virtud de la seria dificultad que existe para detectar y probar la responsabilidad. La persona jurídica es obviamente una organización destinada a realizar actividades lícitas, en la cual se pueden cometer comportamientos delictivos en el desarrollo de sus operaciones. En estas

condiciones resulta difícil imputar a un alto directivo un comportamiento realizado en el seno del organismo y ejecutado por empleados[7].

Esto, en la actualidad, es una realidad casi idéntica en muchos países, sobre todo en los países industrializados. Esta división de trabajo conduce, a un debilitamiento de la responsabilidad individual y, por otro lado a que las entidades colectivas sean consideradas, responsables, en lugar de las personas físicas. Esto coloca al derecho penal ante problemas novedosos, que facilita e incita a los autores físicos a cometer delitos en beneficio de las agrupaciones. Así lo expresa Klaus Tiedemann[8] quien dice, que de ahí surge la idea de no sancionar solamente a estos autores materiales, sino también a la agrupación misma, y que nuevas formas de criminalidad como los delitos en los negocios (comprendidos aquellos contra el consumidor) los atentados al medio ambiente y el crimen organizado, colocan a los sistemas y medios tradicionales del derecho penal frente a la dificultades tan grandes que resulta indispensable una nueva manera de abordar los problemas.

En la actualidad estamos asistiendo a un avance del derecho penal a regular las actividades vinculadas con la economía, que anteriormente tenían su regulación administrativa. Es por eso que al legislar sobre conductas ilícitas en el ámbito económico, nos encontramos con la persona jurídica de gran participación tanto en actividades lícitas como ilícitas, por lo que aparece nuevamente la discusión de si corresponde aplicar sanción penal a ésta o a sus integrantes o si es suficiente una sanción administrativa.

Ahora en el mes de febrero de 2014 se presenta el anteproyecto de Código Penal elaborado por una comisión dirigida por el Dr. Zaffaroni, en el cual se prevé expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su sanción. Así en el Título IX intitulado Sanciones a las Personas Jurídicas, en el artículo 59 se lee:

“Condiciones. 1. Las personas jurídicas privadas son responsables, en los casos que la ley expresamente prevea, por los delitos cometidos por sus órganos o representantes que actúen en beneficio o interés de ellas. La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad solo si el órgano o representante actuare en su exclusivo beneficio y no generare provecho alguno para ella.

2. Aun cuando el interviniente careciere de atribuciones para obrar en representación de la persona jurídica, ésta será igualmente responsable si hubiere ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita.

3. Aun cuando el hecho no implicare beneficio o interés de la persona jurídica, ésta será responsable si la comisión del delito hubiere sido posibilitada por el incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión.

4. El juez podrá imponer sanciones a las personas jurídicas, aun cuando el interviniente no resultare condenado, siempre que el hecho se hubiere comprobado.

5. Para sancionar a una persona jurídica será necesario que ésta haya tenido oportunidad de ejercitar su derecho de defensa.

6. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica trasladará su responsabilidad a las entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida o

resultaren de la escisión, sin perjuicio de los terceros de buena fe. En tal caso el juez moderará la sanción a la entidad en función de la proporción que la originariamente responsable guarde con ella.

7. No extingue la responsabilidad la disolución aparente de la persona jurídica, la que se presume cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados.

8. La acción contra la persona jurídica se extingue en el plazo de seis años.”

Por su parte en el artículo 60, se establece las penas que podrán aplicarse a la persona jurídica, las cuales son: “Sanciones a las personas jurídicas 1. Las sanciones a las personas jurídicas serán las siguientes: a) Multa. b) Cancelación de la personería jurídica. c) Suspensión total o parcial de actividades. d) Clausura total o parcial del establecimiento. e) Publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a su costa. f) Prestaciones obligatorias vinculadas con el daño producido. g) Suspensión del uso de patentes y marcas. h) Pérdida o suspensión de beneficios estatales. i) Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales. j) Suspensión en los registros estatales.

2. Son aplicables a las personas jurídicas las disposiciones de los Títulos VII y VIII del Libro Primero de este Código.”

Como se puede apreciar las sanciones previstas no difieren mayormente de las ya prevista en el actual art. 304[9].

Ahora bien las del art. 61, establece la modalidad de aplicación de las sanciones, expresando lo siguiente: “Aplicación de las sanciones: 1. Las sanciones podrán imponerse en forma alternativa o conjunta. 2. La multa se impondrá conforme al sistema de días de multa, salvo disposición legal en contrario, y para ello serán aplicables los incs. 1, 2 y 4 del art. 34. 3. El importe de cada día de multa no será inferior al monto del salario mínimo vital y móvil vigente al tiempo de la sentencia ni superior al importe de cinco salarios de esa categoría. 4. El monto total de la multa no excederá de la tercera parte del patrimonio neto de la entidad al momento del hecho, establecido de conformidad con las normas de contabilidad aplicables. 5. La cancelación de la personería jurídica solo procederá en el supuesto en que la persona jurídica tuviere como objetivo principal la comisión de delitos. 6. La suspensión total de actividades y la clausura total del establecimiento tendrán un máximo de un año y sólo podrán imponerse cuando se empleare habitualmente a la persona jurídica para la comisión de delitos. 7. La suspensión y la clausura parcial tendrán un máximo de seis meses. La suspensión del uso de patentes y marcas, la pérdida o suspensión de beneficios estatales, la suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales y la suspensión en los registros estatales, tendrán un máximo de tres años. 8. Las prestaciones del apartado f) del inc. 1 del art. 60, conjuntamente con la multa, no podrán superar el límite señalado en el inc. 4.”

El art. 62 del anteproyecto comentado, fija los criterios para la determinación de las sanciones, y dice: “1. Las sanciones se determinarán teniendo en cuenta el grado de inobservancia de reglas y procedimientos internos, el grado de omisión de vigilancia sobre la actividad de los intervinientes y, en general, la trascendencia social y la gravedad del hecho ilícito. También se tendrá en cuenta la eventual cooperación al esclarecimiento del hecho,

el comportamiento posterior y la disposición espontánea a mitigar o reparar el daño, o a resolver el conflicto. 2. Cuando las sanciones pudieren ocasionar graves consecuencias sociales y económicas, serios daños a la comunidad o a la prestación de un servicio de utilidad pública, el juez aplicará las que resulten más adecuadas para preservar la continuidad operativa de la empresa, de la fuente de trabajo y de los intereses de los socios ajenos al accionar delictivo. 3. Si la persona jurídica fuere una pequeña o mediana empresa y hubiere sido penado el interviniente, el juez podrá prescindir de las sanciones a la entidad en caso de menor gravedad. 4. La cantidad de días de multa y el importe de cada uno de éstos, serán fijados por el juez atendiendo a la naturaleza y magnitud del daño o peligro causado, al beneficio recibido o esperado del delito, al patrimonio y naturaleza de la entidad y a su capacidad de pago. 5. El juez podrá disponer el pago de la multa en forma fraccionada durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía y cumplimiento en un único pago, pusiere en peligro la supervivencia de la entidad o el mantenimiento de los puestos de trabajo, o cuando lo aconseje el interés general. 6. El juez y la administración tendrán en cuenta las sanciones que uno u otro aplicaren por el mismo hecho y con iguales fundamentos. Cuando la sanción fuere de multa, deberán descontar el monto de la aplicada por la otra competencia.

II. La empresa como sujeto penal [\[arriba\]](#)

Como tema recurrente en la dogmática se discute si es posible atribuirle responsabilidad penal a la persona jurídica, con su consiguiente sanción, o si solamente la necesidad de castigo se ve satisfecha con la aplicación de sanción penal a los integrantes de las mismas. Esta discusión se verá actualizada al discutir el anteproyecto en el recinto del Congreso de la Nación y también teniendo en cuenta la incorporación de la “clausula de actuar en lugar de otro”, que ya veremos.

De lo que estamos seguros es que, en la actual organización de la sociedad, resulta un dato incuestionable la intervención preponderante de las personas jurídicas en el tráfico jurídico-patrimonial[10]. Y en este sentido afirma García Caveró[11] que, “No hay duda de que la empresa ha desplazado a la figura del comerciante individual en el terreno de la economía, lo que explica no sólo que la normativa jurídico-privada haya tenido en cuenta desde hace tiempo el fenómeno corporativo en la constitución de las relaciones jurídicas, sino también que el propio sistema penal comience a plantearse en la actualidad la necesidad de considerar a la persona jurídica en sus criterios de imputación de responsabilidad.”

Es sabido que las grandes empresas de hoy son más que personas especialmente poderosa en el terreno económico. Las corporaciones son complejos organismos sociales y técnicos, diferentes de la suma de hombres y máquinas que contribuyen a su actividad. Los individuos que trabajan en las secciones de armado de automóviles o de diseño de modelos de maquinarias tiene objetivos -propios y específicos- moldeados por las exigencias impuesta desde estratos superiores: los fines más amplios de las corporaciones[12].

En la práctica vemos que en materia de imputación de responsabilidad penal, el monopolio lo ostentan las personas naturales, de lo que surge que no siempre se satisfacen los sentimientos de prevención: esto es, porque las decisiones las adoptan los órganos de administración y la llevan a cabo empleados subordinados, produciéndose en la práctica una imputación hacia abajo con el correlativo desmedro de efectos de prevención.[13] La

concepción de que sólo la persona humana podría ser penalmente capaz es un principio que ha ido variando a lo largo del tiempo, reconociendo una evolución flexible, acomodada a las diversas circunstancias históricas de las diferentes épocas, y muchas veces huérfana de toda consideración doctrinal[14].

Hay que indicar que a lo largo de la historia de las ideas dogmáticas, el acento del debate no siempre se ha puesto en el mismo punto de discusión, sino que éste ha ido cambiando. Así podemos identificar en la historia tres momentos en los que se ha debatido intensamente la cuestión de la responsabilidad penal de las persona jurídicas. En este sentido García Caverio[15] expresa: a) Un primer momento desde finales del siglo XVIII las personas jurídicas comenzaron a tener una participación más intensa en el tráfico jurídico-patrimonial. Este fenómeno llevó a la discusión sobre la esencia de la persona jurídica, que dio lugar a dos posturas básicamente en la dogmática jurídica. Por un lado, hay que destacar el planteamiento de Savigny, quien a partir de un concepto de derecho subjetivo vinculado a la idea de sujeto individual, negó la realidad jurídica de las personas jurídicas, a las que calificó simplemente como una ficción. Esta solamente podría utilizarse en el Derecho civil, más no en el derecho penal, pues en este ámbito las personas son tratadas como seres pensantes y con voluntad. A esta postura se opuso la teoría de la realidad de Gierke, quien en atención a teorías organicistas del ámbito de la biología, consideró que la persona jurídica era un organismo que podía participar perfectamente en la vida social y, por tanto, tener una personalidad colectiva real. Y así la persona jurídica expresa su voluntad social a través de sus órganos. b) Un segundo momento se dio a raíz del surgimiento de un Derecho de ocupación en Europa luego de la Segunda Guerra Mundial. En esta época, varios principios de la tradición jurídica anglosajona llegaron a Europa occidental y empezaron a ser recepcionados por los tribunales europeos. Así en la década del cincuenta se presentaron varios casos en los tribunales alemanes en donde fueron utilizados principios de tradición anglosajona para castigar penalmente a las personas jurídicas por delitos cometidos a partir de sus actividades. Es por ello que en 1953 en el Congreso Alemán de Juristas se discutió si la persona jurídica podía cometer delitos o no, y la postura dominante fue entender que la persona jurídica no podía tener responsabilidad penal por carecer fundamentalmente de capacidad de acción. c) Y un tercer momento, el actual, donde el tema de la responsabilidad penal de las persona jurídicas se ha vuelto a poner en el tapete de la discusión dogmática a raíz de la política unificadora de los mercados en Europa. La comunidad Europea dio en 1988 una directiva a los Estados miembros para implementar sanciones directas a las personas jurídicas con la finalidad de proteger así las condiciones del mercado común. Esta tendencia legislativa complaciente con una responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha visto reforzada por los acuerdos internacionales de lucha contra la criminalidad transnacional, en donde se recomienda a los países parte incorporar sanciones penales a los entes colectivos (la Convención de Palermo). Así también por la persecución de delitos de lavado de dinero provenientes del narcotráfico, trata de personas y venta de armas.

III. Delitos cometidos desde la empresa. Delitos cometidos en la empresa [\[arriba\]](#)

Podemos caracterizar como delitos desde la empresa a todas aquellas conductas reguladas por el derecho penal en donde la persona jurídica es la figura central de imputación penal, y cuyos actos tiene trascendencia hacia fuera de la empresa. Estas conductas son las de evasión tributaria, contrabando, contaminación ambiental, es decir conductas que ejecutadas dentro de la empresa cuyo cumplimiento tiene trascendencia hacia el exterior. En tanto los delitos cometidos en la empresa son las conductas que ocurridas dentro de la

empresa tiene su incidencia en la misma empresa, por ejemplo las lesiones que infringe un gerente a un subordinado, la defraudación de unos de los socios a los demás socios en los estados contables, las muertes o lesiones causados por el incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene en el ámbito laboral[16].

Para Schünemann el concepto de criminalidad de la empresa se refiere a aquellos delitos económicos en los que por medio de una actuación para una empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa.[17] Por lo cual son dos los ámbitos en los cuales puede hablarse de criminalidad de la empresa: uno se perfila con la marca de una tendencia centrifuga, por cuanto comprende aquella criminalidad que, surgida en su seno, se proyecta al exterior a partir de la empresa (afectación de intereses y bienes de terceros ajenos a ella), la otra podría ser calificada como centrípeta, dado que sus efectos se despliegan en contra de la empresa o de los miembros de la misma[18].

En los delitos cometidos desde la empresa las conductas ilícitas de las personas jurídicas puede deberse a dos posibilidades como explica Jaime Malamud Goti[19], en primer lugar, un grupo de casos en los que el uso de la personalidad societaria constituye una modalidad especial de burlar alguna disposición legal. Esto implica la creación de un ente ideal ex profeso para la actividad delictiva, como por ejemplo constituir la empresa para evadir obligaciones impositivas y obtener beneficios sobre una base ficticia. Y en segundo lugar, encontramos aquel grupo de personas jurídicas que se caracterizan porque la estructura societaria refleja una organización orientada hacia una actividad permisible como tal y de cuyo ejercicio se derivan una o más transgresiones que pueden configurar contravenciones o delitos.

En los delitos cometidos desde la empresa, las dificultades para el Derecho penal tradicional son de diversas naturaleza[20]. Esto es así dado que en la empresa se producen, distribuciones de competencias y traslados de decisiones a niveles inferiores de una forma tal que no resulte raro que, en caso de producirse repercusiones lesivas hacia fuera, falte una cooperación consciente y voluntaria como presupuesto de la coautoría.[21] Estos traslados de decisiones a niveles inferiores llevan en algunos casos a la irresponsabilidad penal, toda vez que en el marco de toma de decisiones en la empresa se produce una delegación de competencia, con lo que la responsabilidad por la decisión tomada se va diluyendo. Sobre todo esto se aprecia en las grandes empresas donde se encuentran distintos niveles de toma de decisión, culminando con el empleado de menor jerarquía como la mano ejecutora del hecho ilícito.

IV. Necesidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas [\[arriba\]](#)

No se puede soslayar que la realidad de nuestros tiempos ha demostrado que la persona jurídica, ha tomado tal entidad en su crecimiento, que su poderío llega a causar más dañosidad social que la prevista y los límites fijados por las estructuras de los tipos penales no permiten soluciones plausibles dentro del sistema penal, sin afectación de principios y garantías fundamentales[22].

Es así como afirma Fellini, que en casi todas las legislaciones se busca introducir y se introducen, verdaderas penas para las personas jurídicas, algunas consideradas de otro modo por la doctrina, por ejemplo sanciones administrativas, pero que en definitiva se

traducen en restricciones de derechos para el ente y en última instancia para sus órganos, sin fundamentación jurídica, sólo tal vez con fundamentación social, con frecuencia en un marco de flagrante inconstitucionalidad[23], afectando el derecho de defensa de las personas jurídicas.

Pero la necesidad de aplicar sanciones penales a las personas jurídicas, está en la impunidad que se advierte en los delitos cometidos por los entes colectivos, y el mayor problema está, como afirma Fellini, en la dificultad que se presenta para aplicar a las personas jurídicas o entes colectivos, un sistema de responsabilidad jurídico penal pensando y estructurado para imputar las consecuencias jurídicas de un delito, a las personas físicas o individuales[24], conclusión a la que arriba la mayoría de la doctrina que se pronuncia a favor de la sanción penal a las entes colectivos, y para lo cual se hace la advertencia de la necesidad de establecer una teoría del delito distinta. Así vimos que se manifiestan Baigún, Righi, y Gómez Jara-Diez, entre otros tantos autores.

Además debemos aceptar la idea de que la imposición de penas a las personas jurídicas, mediante la creación de un nuevo esquema de presupuestos, no puede entrañar un peligro para los ciudadanos, aunque se prescindiera de la noción de culpabilidad. Esa preocupación, ciertamente plausible, no se conjura renunciando a la pena y utilizando medidas de seguridad, pues éstas, por definición, tampoco se vinculan con el principio de culpabilidad[25].

Bajo Fernández, explica que renunciar a la pena a lo único que conduce es a ensanchar el territorio de la medida de seguridad, o a ampliar el poder sancionatorio de la Administración, que son ciertamente estrategias más riesgosas para los ciudadanos. Ese modelo penal de aplicación a las personas jurídicas, nunca podría servir de coartada para la impunidad de los socios poderosos[26]. De esta forma, jamás se podría cancelar los supuestos de responsabilidad penal de ningún miembro de la corporación que personalmente haya tenido intervención como autor o partícipe del hecho punible[27].

V. Legislación extranjera [\[arriba\]](#)

España desde la reforma del año 2010

Gómez-Jara Díez[28], nos explica que: “Durante muchos años se ha venido afirmando en la literatura especializada relativa a la criminalidad empresarial que, en el fondo, la responsabilidad penal de las personas jurídicas venía a colmar una importante laguna de punibilidad provocada por la existencia de fenómenos tales como la irresponsabilidad organizada y la irresponsabilidad estructura. En estos trabajos se muestra cómo la complejidad interna de determinadas organizaciones empresariales, conlleva que los elementos que permiten una imputación objetiva y subjetiva del hecho estén diseminados por la organización de tal manera que no concurren ambos en ninguna persona física individualizable. La consecuencia era, sencillamente, que o bien se declaraba que nadie era responsable del resultado dañoso producido o bien se forzaban las estructuras típicas de imputación para que, de alguna manera, haya alguien responsable de lo acontecido. ... Ahora bien, desgraciadamente, la mera instrucción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no soluciona el problema sin más. De hecho, depende en gran medida de qué modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas se introduzca, puesto que la mera declaración de este tipo de responsabilidad, sin dotarle de un contenido lógico y

coherente, puede tener incluso efectos contraproducente. ... De ahí que uno de los problemas de los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas que se venían proponiendo hasta ahora es que dependían de la constatación de una determinada actividad delictiva por parte de una persona física -o más aún: que las personas físicas hubieran actuado dentro de su marco estatutario-, y, en los casos típicos de los fenómenos apuntados, resultaba imposible dicha constatación. Por el contrario, los que se han denominado modelos de autorresponsabilidad penal empresarial -responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica- permiten clasificaciones conceptuales en este sentido que posibilitan hacer frente de manera más efectiva a esa problemática y por ello no es de extrañar que la nueva legislación española contenga varios de estos elementos de autorresponsabilidad. ...el sistema de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas introducido mediante la Reforma 2010 trata de superar esta problemática mediante la adopción, siquiera parcial, de un sistema de autorresponsabilidad penal. El mismo se muestra fundamentalmente en la declaración de que la responsabilidad penal de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la persona física, y que las circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad de esta última, no afectan a la responsabilidad de aquélla. Dicha opción del legislador no debe considerarse casual, sino que en realidad responde a una idoneidad político-criminal expresada por la doctrina de que se adoptara un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas menos dependiente de las personas físicas. Ello, sencillamente, porque de esta manera se puede contrarrestar de manera más efectiva la problemática de la “infrainclusión” de supuestos que, pese a su gravedad, no permiten la identificación de una persona física concreta que haya actuado responsablemente en representación de la persona jurídica; o más aún, que incluso identificándola no se la puede hacer responsable por la aplicación de ciertas circunstancias que le eximen de responsabilidad.”[29]

Ahora bien, de la lectura del art. 31bis del Cód. Penal, se advierte que la legislación española se refiere específicamente a personas jurídicas y, posteriormente, excluye de su ámbito de aplicación, en el art. 31 bis 5), al Estado, a las administraciones públicas territoriales e institucionales, a los organismos reguladores, las agencias y entidades públicas empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, y a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general[30].

La legislación española parte del presupuesto de que el hecho es cometido por una persona física, pero no cualquier persona física, sino que deberá existir, para que ese comportamiento sea atribuido a la persona jurídica, una determinada vinculación entre la persona física y la persona jurídica.

De la lectura del art. 31 bis 1) ap. 1, se puede apreciar que se sigue la tendencia internacional, esto es, que se exige que quienes dirijan la persona jurídica hayan cometido el delito en el ámbito de sus competencias (en nombre o por cuenta) y con la intención de beneficiarlas (en su provecho). De esta forma, como afirma Gómez-Jara Díez, se establece un primer criterio de imputación de tal manera que se vaya restringiendo paulatinamente la posibilidad de una responsabilidad objetiva[31].

Otro requisito establecido por el art. 31 bis, es que la persona física haya actuado en provecho de la persona jurídica. Esto a contrario sensu, implica que, si el empleado actúa

en provecho propio utilizando la persona jurídica y así perjudica a terceros, este comportamiento no genera responsabilidad para la persona jurídica.

El mismo art. 31 bis 1.2º) utiliza otra vía de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica de la conducta de las personas físicas, al establecer que las conductas delictivas de los empleados, unidas a un fallo de supervisión por parte de dichos representantes legales, pueden, asimismo, desencadenar dicha responsabilidad. En este sentido Feijoo Sánchez[32] afirma que, la primera circunstancia que debe ponerse de relieve es que se establece explícitamente en el Código Penal español un deber de supervisión de los superiores respecto de los empleados.

En este sentido, al constituir los directivos el alter ego de la persona jurídica, cuando éstos omiten sus deberes de supervisión, la legislación española considera que, de alguna forma, ésta los ha omitido. Por ello, uno de los problemas que deberá resolverse por la jurisprudencia con ayuda de la dogmática, es la determinación de qué se considera control debido por parte de los superiores. Para ello la dogmática de la omisión resulta muy útil para determinar los deberes que atañen a los directivos y en qué formas puede producirse una infracción de los mismos[33].

Gómez-Jara Díez[34], afirma que uno de los caracteres más decisivos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas es la firme declaración, con todas sus consecuencias, de que la responsabilidad de la persona jurídica es autónoma de la de la persona física. Marcándose así el tránsito hacia un modelo de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica. A esta afirmación la deduce del art. 31 bis. 2) y 3) que dicen: “2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella.”

“3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.”

De estos dos preceptos se concluye, en relación a la responsabilidad penal independiente de la persona jurídica, que así lo disponen cuando se refiere a que las circunstancias que afectan a la culpabilidad de la persona física no afectaran a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es decir, que la culpabilidad de la persona jurídica no se basa en la culpabilidad de la persona física. Esta afirmación de distinción entre culpabilidad de persona física y culpabilidad de persona jurídica es uno de los anclajes para sostener que resulta obligatorio para imponer una pena a una persona jurídica tras haber establecido la culpabilidad propia e independiente de ésta. Y en relación a lo dispuesto en el art. 31 bis. 2), aquí específicamente expresa que no tiene por qué individualizarse la concreta persona física responsable o que, individualizada, no tiene por qué haberse dirigido el procedimiento contra ella. Esto permite la apertura de un procedimiento y eventual condena sin que haya individualizado una persona física responsable, por lo que los criterios

de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no pueden descansar sobre la actuación de esta última ya que, si así fuera, esta cláusula no tendría sentido o lógica alguna[35].

Alemania

La legislación penal de Alemania no prevé la responsabilidad penal de las personas morales, en razón a una exigencia de nivel constitucional relativa a que las penas se corresponden con la culpabilidad del sujeto, lo que deja afuera a las personas jurídicas. No obstante, la Ley de Contravenciones de Alemania (OWiG) tiene un sistema general para faltas de cualquier naturaleza, con principio que rige la responsabilidad contravencional de las personas jurídicas por los hechos de sus agentes, sea que estén previstos como delitos o como faltas[36]. El parágrafo 30 de la OWiG establece la aplicación de multas contravencionales no penales, como sanciones accesorias a las sociedades cuando un agente revestido de cierta representatividad comete una contravención o un delito, siempre que la trasgresión guarde conexión con el giro comercial de la sociedad. De esta forma se puede aplicar una multa a las personas jurídicas o uniones personales cuando sus órganos o representantes lesionen mediante la realización de comportamientos delictivos o contravencionales deberes de la empresa relacionados con ella o cuando han obtenido o intentado su enriquecimiento[37].

Para aplicar una multa, los posibles autores se encuentran limitados a los órganos que están autorizados para la representación, estos son los miembros de tales órganos y la persona que fue facultada para representar al ente ideal[38]. El hecho que sirve de conexión debe haber vulnerado deberes que incumben a la persona jurídica o asociación, o debe haber producido o perseguido el enriquecimiento de la empresa. Y específicamente con respecto a la sanción prevista, esto es la multa, se distingue: por un lado, la multa asociacional cumulativa, que se impone en un proceso único al autor del hecho que sirve de referencia y a la asociación de personas (parágrafo 30. I OWiG) y, por otro lado, la multa asociacional aislada que se impone en un proceso independiente a la empresa, siempre que no se haya iniciado un proceso penal o un proceso contravencional contra el autor del hecho vinculante o, aún cuando se lo iniciara, si el tribunal hubiese suspendido la imposición de la penal. (párrafo IV del parágrafo 30 OWiG)[39].

Tiedemann ha formulado una tesis mediante la que pretende fundamentar dogmáticamente -y no sólo pragmáticamente- la multa administrativa contra agrupaciones prevista en el § 30 OWiG. Aun cuando, en principio, tanto Tiedemann como Brender advierten diferencias entre la multa administrativa y la multa penal y sus respectivos presupuestos[40], Tiedemann ha indicado de un modo expreso que algunos de los fundamentos de la imputación a la agrupación en el Derecho de las infracciones administrativas tienen exactamente la misma validez en el Derecho penal en sentido estricto, especialmente el argumento del destinatario de la norma[41], el cual lleva implícito, a su vez, el de la capacidad de acción[42]. Hirsch utiliza algunos de estos argumentos ya directamente para el Derecho penal en sentido estricto.

Tiedemann, a cuyo argumento se ha adherido Hirsch, considera que las personas jurídicas, como las físicas, son también destinatarios directos de las normas de conducta, es decir, de los mandatos y prohibiciones y que el Derecho positivo parte de ello. Las personas jurídicas tendrían según Tiedemann capacidad de acción, y por ello pueden ser destinatarios de las

normas de conducta. Si el legislador dirige las normas a las personas jurídicas es porque ellas también pueden producir los efectos exigidos por la norma, es decir, pueden producir acciones y omisiones. Así las personas jurídicas pueden concluir contratos de cártel o de colusión contrarios a los mandatos y prohibiciones de la ley contra las prácticas restrictivas de la competencia y, por las mismas razones que pueden realizar dichas acciones, pueden también omitirlas[43]. La cláusula de la responsabilidad penal del órgano y del representante por delitos especiales con respecto a los cuales no son ellos mismos sujetos cualificados, al carecer personalmente del elemento objetivo de la autoría presupone, según Tiedemann, que la persona jurídica a la que aquéllos representan es la destinataria de la norma, pues de acuerdo con la regla de la actuación por otro del § 14 StGB, la responsabilidad del órgano y del representante sólo puede entrar en consideración en el caso de que no él, sino otro -el representado- sea el destinatario de la norma, lo que supone que cuando el representado es una persona jurídica ésta tiene que ser, por fuerza, el destinatario de la norma[44].

Tiedemann y Brender no encuentran dificultades dogmáticas, tampoco, para poder fundamentar y hablar de una autoría de la propia agrupación (Verbandstäterschaft). Es cierto que la agrupación sólo puede realizar sus acciones a través de la actuación de sus órganos y representantes. Ello tiene que llevar en primer término a la conclusión de que la autoría de la persona jurídica sólo puede ser fundamentada mediante la imputación de un hecho ajeno y que, por ello, no se trataría ya de una autoría de la propia persona jurídica. Sin embargo, contra esta posible objeción interpone Tiedemann que el Derecho penal conoce ya supuestos en que la autoría se fundamenta en la imputación de un hecho realizado por otro. En los supuestos en que varios han intervenido en la realización del hecho la falta de la acción típica en uno de los intervinientes se sustituye por criterios de imputación. Este sería el caso en los supuestos de coautoría y de autoría mediata. En ellos se imputan al coautor o al autor mediato hechos realizados no por ellos mismos, sino por otro coautor o por el instrumento respectivamente[45]. De ahí resulta que la persona jurídica -como el coautor o el autor mediato- responde por un hecho propio[46].

VI. Derecho penal argentino [\[arriba\]](#)

Del Sel[47], expresa que llevamos muchas décadas discutiendo en la Argentina si sociedades delinquere potest o non potest. Que como nuestros orígenes están enraizados en el derecho continental europeo, es casi una obviedad decir que, en el marco teórico, tradicionalmente se ha rechazado en nuestro país, así como también en la mayoría de los países europeos, la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas.

Esta discusión llegaría a su fin con la aprobación y puesta en vigencia del anteproyecto de Código Penal aquí comentado.

En la doctrina de nuestro país, se ha discutido por años, y entre los doctrinarios actuales tenemos por ejemplo a Donna quien niega al ente ideal tanto capacidad de acción como de culpabilidad[48]. Considera que, cuando el sujeto actuante u omitente sea señor del acto, pudiéndose interior y exteriormente imputarle ese desarrollo de actividad física, e incluso el resultado derivado, a su voluntad, con lo que todo lo demás no deber ser considerado acto del hombre, no siendo necesario verificar si encuadra o no en un tipo del Código penal.[49]

Zaffaroni, al igual que los anteriores, también le niega capacidad de conductas a las personas jurídicas, ya que el delito es una manifestación individual humana, según nuestro ordenamiento[50]. Sostiene que la capacidad penal de las personas ideales resulta inadmisibles con sólo repasar el listado del art. 34 del C.P, que se refiere claramente a la acción humana, lo que demuestra que en nuestro Código Penal tiene plena vigencia la fórmula *societas delinquere non potest*[51].

Por su parte, Creus manifiesta, refiriéndose a la acción, que ésta sólo puede ser conducta y en cuanto tal, conducta de un autor, lo cual indica que es inútil ponerse a meditar en la punibilidad de las personas jurídicas, que jamás pueden aparecer como un autor que asume conductas[52].

Recordemos el fallo de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, “Fly Machine SRL s/Recurso Extraordinario”[53] en donde el Dr. Zaffaroni, en su voto expreso: “Que más allá de lo que pueda establecerse en ciertas leyes de naturaleza penal, el requerimiento de conducta humana como presupuesto sistemático para la construcción del concepto de delito responde a una mínima exigencia de racionalidad republicana dentro del método dogmático jurídico- penal y su definición se halla condicionada por los contenidos que surgen de ciertos postulados de jerarquía constitucional, entre los cuales se destaca el *nullum crimen sine conducta*.” “Que, en síntesis, la operatividad de la máxima constitucional *nulla injuria sine actione* impone la delimitación del concepto jurídico-penal de conducta, sobre la base de un hacer u omitir que reconocería como único sujeto activo al ser humano, respecto del cual puede reaccionar el Estado con las penas legalmente previstas, excluyendo por ende a las personas jurídicas de acuerdo con el principio *societas delinquere non potest* (o *universitas delinquere nequit*); el cual salva además los irrenunciables principios de culpabilidad y personalidad de la pena.” “Que más allá de lo expresado en torno al concepto de acción, existen otras limitaciones que no hacen viable la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En efecto, una de ellas está configurada por la imposibilidad de realizar a su respecto el principio de culpabilidad dado que no resulta factible la alternativa de exigir al ente ideal un comportamiento diferente al injusto precisamente por su incapacidad de acción y de autodeterminación, negando así la base misma del juicio de reproche. En este sentido asiste razón al fallo apelado cuando afirma que la capacidad penal de una sociedad implica “la derogación de los principios que rigen la acción, la imputabilidad, la culpabilidad y la pena”. ”

En la posición contraria, esto es quienes aceptan la responsabilidad penal de las personas jurídicas se puede citar a Aftalión, quien sostiene que la tesis de la irresponsabilidad aparece insostenible frente al dato de que existen leyes que imponen sanciones al ente ideal, las cuales se materializan sin dificultad; y sigue diciendo que, si un hecho penal no se compagina bien con las definiciones del delito dadas por la llamada teoría jurídica del delito, peor será para ésta, y termina, la teorías deben acomodarse a los hechos y no al revés.[54]

Contemporáneamente tenemos la postura de Righi que considera que la punición de las personas jurídicas viene impuesta por consideraciones de política criminal. El marco de impunidad que se revela dentro de los delitos económicos se debe a la creciente imposibilidad de individualizar al autor cuando el delito es cometido en el seno de una empresa. A lo que se suma la falta de correspondencia entre aquel que ejecutó la infracción y quien resulta beneficiado por la maniobra delictiva.[55] Por otro lado, la aplicación de pena a la persona jurídica no resulta contradictoria con los argumentos y las finalidades que

persiguen las diversas teorías de la pena. Tampoco resulta ser un juicio aceptable la supuesta violación del principio de prohibición de doble juzgamiento, non bis in ídem, ya que la persona jurídica es sancionada de modo autónomo a sus integrantes.[56]

Se puede afirmar, en coincidencia con Righi, que los criterios de división y delegación del trabajo que rigen una organización empresaria se convierten en causa de impunidad, por la seria dificultad que existe para detectar y probar responsabilidades. Así, la persona jurídica es obviamente una organización destinada a realizar actividades lícitas, en la cual se pueden cometer comportamientos delictivos en el desarrollo de sus operaciones. Y es por ello que suele resultar difícil imputar a un algo directivo un comportamiento realizado en el seno del organismo y ejecutado por empleados[57]. En otras palabras, las personas jurídicas, en su generalidad se constituyen para realizar actividades lícitas, pero por distintas circunstancias pueden llegar a cometer ilícitos como evasión tributaria, contaminación ambiental, y la imputación de estas conductas a un ejecutivo puede verse complicado si además la empresa tiene distintas plantas fabriles, es decir que es de cierta envergadura o incluso una multinacional. Por supuesto que no desconocemos que también están aquellas empresas constituidas para evadir impuesto o llevar adelante maniobras de lavado de dinero, conociéndose a estas con el término de “empresas fantasmas”, esto también es una realidad.

Baigún propone trasladar la teoría del delito del derecho penal convencional al ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como alternativa más eficiente, creando un nuevo sistema teórico que sirva como marco adecuado para resolver los conflictos planteados por la actividad delictiva realizada por las personas jurídicas.[58] Esta doble imputación reside esencialmente en reconocer la coexistencia de dos vías de imputación cuando se produce un hecho delictivo protagonizado por el ente colectivo; de una parte, la que se dirige a la persona jurídica como unidad independiente y, de la otra, la atribución tradicional a las persona físicas que integran la persona jurídica.[59]

VII. Modelos de responsabilidad penal de personas jurídicas [\[arriba\]](#)

En lo que respecta a los modelos de responsabilidad de penal de las personas jurídicas, tenemos básicamente dos:

l) El de auto-responsabilidad, que profundiza el significado de empresa como persona jurídico-penal autónomo, como algo más que una agrupación de bienes y órganos. Es decir que estas propuestas quieren construir un sujeto, un ciudadano empresarial para el Derecho penal. Desde el punto de vista de Cancio Meliá, esta propuesta, elaborada por Gómez-Jara Díez, es mucho más ambiciosa en cuanto a su alcance teórico que otras, ya que se apoya en dos pilares, por un lado la teoría social de sistemas (constructivismo), con su entendimiento de la personalidad como fenómeno de atribución social, y, por otro, el concepto estadounidense de corporate citizen, producto de la visión pragmática-eficiente del Derecho propio de ese país[60].

Cancio Meliá, considera que las argumentaciones en favor del establecimiento de un sistema de responsabilidad penal de la empresa de heterorresponsabilidad (por atribución) tropieza con problemas insuperables. En cambio, si se construyera exitosamente un modelo de autorresponsabilidad de la empresa, es decir, fundamentar una culpabilidad propia de la

empresa, habría cambiado un elemento estructural del sistema penal: se habrá creado una nueva categoría de ciudadanos a efectos del Derecho Penal[61].

II) Por otro lado está el modelo de la doble imputación. Con esta denominación se hace referencia en doctrina a la posibilidad de crear un sistema de imputación penal para las personas jurídicas al lado del tradicional para las personas físicas. Las características que tiene son las siguientes: a) Acumulación: es acumulativa, por cuanto la responsabilidad penal del ente ideal no excluye la responsabilidad de las personas físicas a quienes se les atribuye en carácter de autor o de cómplice, el mismo hecho delictivo. La responsabilidad del ente ideal supone siempre la actuación de un “sustrato humano” y, este sustrato humano, debe ser un órgano o un representante de la persona jurídica; b) Especial, es una responsabilidad especial, por cuanto ella debe estar expresamente prevista por el texto de la ley que define la infracción. Esto significa que para poder responsabilizar al ente ideal, la posibilidad haya sido prevista en el propio texto que tipifica la infracción delictual o contravencional, que se quiere aplicar. Se trataría de un sistema *numerus clausus*; c) Condicionada, lo cual consiste en una responsabilidad condicionada a un doble requisito: 1) la infracción debe haber sido cometida por un órgano o representante de la persona jurídica y 2) debe haber sido en interés o a cuenta de la persona jurídica[62].

Entre quienes son partidarios de una responsabilidad de doble imputación, tenemos a Spolansky, quien realiza una propuesta para la atribución de responsabilidad a las personas jurídicas, basada en el principio de heterorresponsabilidad, y así se expresa: “Una manera razonable de resolver la cuestión planteada es incluir, entre las condiciones para decidir la imputación de la sanción, a la persona jurídica, la acción de quienes pueden ser afectados. Es decir, tratar de que tenga una respuesta posible la pregunta que así pueden formularse los socios de una sociedad anónima: ¿qué acción tendríamos que haber ejecutado para evitar la multa o la disolución y liquidación de la sociedad? Por ejemplo: ante la resolución del directorio de exportar cometiendo el delito de contrabando, ya que ofrece buenos beneficios.”[63]

Los beneficios que le adjudica Spolansky[64] a este sistema de doble imputación es que: 1) el Estado no renuncia a castigar a los autores de las infracciones que se ejecutan; y 2) toma en cuenta ciertas características de las sociedades anónimas en la actualidad, a saber: el hecho de que muchas veces el grupo que las dirige está constituido por un sector que no siempre posee la mayoría del capital social, y tampoco la mayoría de los votos posibles a emitir.

En definitiva el esquema de interpretación propuesto por Spolansky[65], es el siguiente: se presume que la infracción cometida por un individuo o un grupo de individuos que, como órgano de la sociedad, no hizo lo que debió hacer, es un hecho aceptado o tolerado por los demás socios, cuando se actúa en su nombre, con sus recursos o en su beneficio, salvo que, seriamente, se pruebe lo contrario. Si la presunción no se revoca, entonces la responsabilidad compromete a las personas mencionadas en el régimen penal, y esa responsabilidad lo es por acto propio y culpable al haber consentido o tolerado, o al no haberse opuesto y no haber evitado o impugnado la ejecución del hecho.

De esta forma la acción del representante se puede imputar a las personas jurídicas, con lo cual, se debe determinar las personas que pueden ostentar una representación válida de una persona jurídica para que cuya posible acción ilícita pueda ser imputada a la persona

jurídica[66]. Y para determinar que personas dentro de la estructura de una sociedad tienen capacidad para representarla jurídicamente, se debe recurrir a la ley o al estatuto social. Es así que se debe considerar con capacidad de representación y, por lo tanto, con capacidad de dar lugar a responsabilidad penal las acciones llevadas a cabo por un órgano o un miembro del órgano de representación de las personas jurídicas[67].

No caben dudas que en este sistema de doble imputación, el autor del hecho deberá actuar como órgano o persona competente de la persona jurídica. Con lo cual no se debe limitar a la actuación de quienes ostentan la calidad de representante legal de la misma, dado que deberá ser relevante y suficiente cualquier acción u omisión punible realizada por una persona competente de una unidad productiva que de acuerdo con los estatutos represente a la persona jurídica[68]. Lo que se busca de este modo es que, sólo sean relevantes e imputables a la persona jurídica, las acciones antijurídicas que las personas dentro de sus competencias lleven a cabo en interés de la persona jurídica, no quedando comprendidas en este tipo de comportamiento las de cualquier operario ni aquellas acciones que se lleven a cabo en interés propio[69].

El sistema elaborado por Baigún, también se estructura sobre la base de una doble imputación, reconociendo la coexistencia de dos vías de imputación cuando se produce un hecho delictivo protagonizado por el ente colectivo; de una parte, la que se dirige a la persona jurídica como unidad independiente y, de la otra, la atribución tradicional a las personas físicas que integran la persona jurídica. Como lógica consecuencia de esta escisión, la responsabilidad, en los dos casos, se determina obedeciendo a parámetros diferentes: en las personas humanas, mediante la aplicación de la teoría del delito tradicional; en las personas jurídicas, por medio de un nuevo sistema. No se requiere mayor esfuerzo para colegir que el punto de arranque de esta construcción se asienta en la naturaleza cualitativamente distinta de la acción de la persona jurídica que, por razones de claridad en la nomenclatura, denominamos institucional[70].

VIII. Sistema adoptado en el anteproyecto de Código Penal [\[arriba\]](#)

De la lectura de los artículos proyectados en el anteproyecto de Código Penal, pareciera quedar claro que la comisión redactora ha optado por un sistema de doble imputación. Así leemos que artículo 59 se lee: “Condiciones. 1. Las personas jurídicas privadas son responsables, en los casos que la ley expresamente prevea, por los delitos cometidos por sus órganos o representantes que actúen en beneficio o interés de ellas. La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad solo si el órgano o representante actuare en su exclusivo beneficio y no generare provecho alguno para ella.”

Y por otro lado está el artículo 10, que legisla con respecto a la cláusula de actuar en lugar de otro, diciendo: “1. El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica, o como representante legal o voluntario de otro, responderá por el hecho punible, aunque no concurrieren en él las calidades legales de aquel, si tales características correspondieren a la entidad o persona en cuya representación actuare....”

De esta forma se podrá sancionar penalmente, tanto a la persona jurídica, como a la persona física que actúa en representación de la persona jurídica. Y así podremos hablar sobre la conveniencia de este modelo ya explicado arriba.

En definitiva entendemos que es una buena incorporación en el anteproyecto de Código Penal la sanción penal a las personas jurídicas, en razón a lo ya expresado arriba, y que de esta forma nuestro sistema penal se verá actualizado a las más modernas tendencias. No hay duda que también generará una gran discusión sobre su inconveniencia, pero no es menos cierto que estas discusiones doctrinarias lo que provocan es, ni más ni menos, que un avance del derecho penal.

[1] Ley 26.683, Ley Nº 26.733, Ley Nº 26.734.

[2] Ley Nº 26.735.

[3] Cesano José Daniel Fortete César, Problemas actuales de derecho penal económico, edit. Lerner, 2012, pág. 116.

[4] Baigún David, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, (Ensayo de un nuevo modelo teórico), edit. Depalma, 2000, pág. 1. Es cierto que el esquema seguía siendo útil para solidificar el principio de selectividad -marginación del área de protección de los sujetos no propietarios- y fortalecer la impunidad de las corporaciones que aparecían con visible protagonismo, pero, al mismo tiempo, lesionaba las reglas del intrasistema capitalista, que exigía el libre juego de la competencia en las variantes del mercado.

[5] Righi Esteban, Los delitos económicos, edit. Ad-Hoc, 2000, pág. 123.

[6] Bacigalupo Silvina, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, edit. Hammurabi, 2001, pág. 26.

[7] Balcarce Fabián I. - Cesano José Daniel, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Derecho Penal Económico, edit. Mediterránea T. 1, pág. 186.

[8] Tiedemann Klaus Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.

www.unifr.ch/derechopenal.

[9] Artículo 304: Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente: 1) Multa de dos (2) a diez (10) veces el valor de los bienes objeto del delito. 2) Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años. 3) Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años. 4) Cancelación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad. 5) Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere. 6) Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica. Para graduar estas sanciones, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica. Cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, o de una obra, o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por el inciso 2 y el inciso 4.

[10] García Caveró Percy, La persona jurídica como sujeto penalmente responsable, en Derecho Penal Laboral, AV, edit. BdeF 2011, pág. 143.

[11] García Caveró Percy, La persona jurídica como sujeto penalmente responsable, en

Derecho Penal Laboral, AV, edit. BdeF 2011, pág. 143. Una atribución de responsabilidad penal limitada solamente a sus miembros resulta insuficiente desde consideraciones político-criminales. Las legislaciones penales contemporáneas presentan, cada vez con mayor definición, dispositivos que establecen diversos mecanismos de reacción aplicables directamente a las personas jurídicas, aunque debe señalarse que, tal como lo ha puesto de manifiesto Bacigalupo Zapater, “el fundamento de estas legislaciones sigue siendo poco seguro” (cit. Bacigalupo Zapater, “Las teorías de la pena y el sujeto del Derecho penal”, en Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI, Libro Homenaje al Prof. Günther Jakobs, Yacobucci (dir), Lima, 2005, p. 188.

[12] Malamud Goti Jaime E., Política criminal de la empresa, Cuestiones-Alternativas, edit. Hammurabi, 1983, pág. 15.

[13] Meini Méndez Iván Fabio Responsabilidad Penal de los Órganos de Dirección de la Empresa por Comportamientos Omisivos. El Deber de Garante del Empresario Frente a los Hechos Cometidos por sus Subordinados. Revista Derecho N° 52, diciembre 1998/abril 1999 Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999 Págs. 883 a 914.

[14] Aboso Gustavo Eduardo, Abraldes Sandro Fabio Responsabilidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Penal. Editorial BdeF.2000.-

[15] García Cavero Percy, La persona jurídica como sujeto penalmente responsable, Derecho Penal Empresario, Yacobucci (dir), edit. BdeF, 2010, pág. 62 y ss.

[16] Ver Derecho Penal Laboral, edit. BdeF, 2010.

[17] Bernd Schünemann, Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Anuario de derecho penal y Ciencias Penales. 1998-II pág. 531

[18] José Daniel Cesano Problemas de responsabilidad penal de la empresa. www.unifr.ch/derechopenal.

[19] Jaime Malamud Goti. Política criminal de la empresa. Cuestione, Alternativas. Bs.As., Hammurabi 1983 pág. 31.

[20] Kurt Seelman PUNIBILIDAD DE LA EMPRESA: CAUSAS, PARADOJAS Y CONSECUENCIAS. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS ORGANOS Y REPRESENTANTES. ARA Editores, 2002. Coordinador GARCÍA CAVERO PERCY.

[21] Kurt Seelman Idem. anterior.

[22] Fellini Zulita, Necesidad de aceptar un sistema propio y diferenciado de las personas físicas. Temas de Derecho Penal Económico y responsabilidad de las personas jurídicas, T. I, edit. GRÜN Editora, pág. 17.

[23] Fellini Zulita, Necesidad de aceptar un sistema propio y diferenciado de las personas físicas. Temas de Derecho Penal Económico y responsabilidad de las personas jurídicas, T. I, edit. GRÜN Editora, pág. 17.

[24] Fellini Zulita, Necesidad de aceptar un sistema propio y diferenciado de las personas físicas. Temas de Derecho Penal Económico y responsabilidad de las personas jurídicas, T. I, edit. GRÜN Editora, pág. 18.

[25] Righi Esteban, Los delitos económicos, edit. Ad-Hoc, 2000, pág. 140.

[26] Bajo Fernández M., De nuevo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Revista del Derecho Industrial, año 5, N° 14, Buenos Aires, 1983, pág. 274.

[27] Righi Esteban, Los delitos económicos, edit. Ad-Hoc, 2000, pág. 140.

[28] Gómez-Jara Díez Carlos, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Aspectos sustantivos y procesales, AV, edit. La Ley, Madrid, 2011, pág. 35.

[29] Art. 31bis C. Penal de España: “1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y los administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas

serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso. 2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los Jueces o Tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos. 3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente. 4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. 5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales o ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.”

[30] Gómez-Jara Díez Carlos, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Aspectos sustantivos y procesales, AV, edit. La Ley, Madrid, 2011, pág. 51. Esta exclusión del Estado no es específica de nuestro ordenamiento, sino que también puede apreciarse en países de nuestro entorno. En general se puede afirmar que la inclusión o exclusión del Estado de este tipo de responsabilidad depende en gran medida de la concepción del Estado que impere en un determinado país. En este sentido, aquellas concepciones más liberales de Estado, como las anglosajonas, no tienen mayor problema en incluir a las entidades estatales entre los destinatarios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aquellos ordenamientos más intervencionistas suelen plantear mayores reticencias a la hora de incluirlas, ya que, por un lado, no resulta lógica la intervención del Estado en el Estado y, por otro, este suele estar sometido a reglas diferentes a las del resto de los operadores jurídicos. Mayor extrañeza puede causar la exclusión de partidos políticos y sindicatos. La exclusión de los

primeros pudiera estar basada en la ya existente Ley de Partidos en la que se regulan pormenorizadamente estas cuestiones. La de los sindicatos resulta de justificación más difícil. Sin embargo, como común denominador a ambas exclusiones pueden apuntarse quizás las siguientes circunstancias. En primer lugar, tanto partidos políticos como sindicatos vienen contemplados en la Constitución como instituciones que desempeñan una función pública quasi estatal, motivo por el cual, en cierto sentido, tan laxo probablemente como impropio, pueden considerarse Estado -con la correspondiente exclusión-. En segundo lugar, en el fondo, el legislador español, si bien formalmente ha introducido la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tiene en mente la responsabilidad penal empresarial o corporativa, en la que los actores corporativos son el objetivo principal de su política criminal. Para esto, tener en cuenta que en los casos de transmisión de la responsabilidad penal hace referencia a que las personas continúe “su actividad económica y se mantengan la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos”. Pág. 53/54.

[31] Gómez-Jara Díez Carlos, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Aspectos sustantivos y procesales, AV, edit. La Ley, Madrid, 2011, pág. 68. En lo que se refiere al requisito del actuar en nombre o por cuanta, debe tenerse en cuenta la problemática que plantean los casos de extralimitación en la representación de la persona jurídica, en cuyo análisis se deben desechar criterios civilistas. Así, en líneas generales, podría distinguirse entre extralimitación forma y extralimitación materia. En la primera el representante lleva a cabo una actuación que no está dentro de sus competencias formalmente establecidas, lo que constituiría un hecho de exceso. En la segunda, si bien su actuación formalmente está dentro de sus competencias, mediante ella se contradice abiertamente un criterio de política empresarial.

[32] Feijoo Sánchez Bernardo, Derecho penal de la empresa e imputación objetiva, edit. Reus, Barcelona, 2007, pág. 155 y ss.

[33] Gómez-Jara Díez Carlos, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Aspectos sustantivos y procesales, AV, edit. La Ley, Madrid, 2011, pág. 71. En relación a lo expuesto se pueden adivinar dos problemas fundamentales: El primero viene dado por la paulatina introducción de deberes de Compliance (esto es, cumplimiento normativo) que abarca todas las áreas de actividad de la persona jurídica. En efecto, se trata de una obligación genérica de velar por el cumplimiento del derecho en la persona jurídica que se conforma como una suerte de cláusula omnicomprendiva que extiende la responsabilidad a las personas jurídicas por los fallos de supervisión en que hayan incurrido los directores de Compliance. Es decir, si, por ejemplo, el directivo del departamento correspondiente ha ejercitado una supervisión adecuada del empleado en lo que a su materia específica se refiere, pero el Director de Compliance sí incumple una supervisión adecuada del sistema de Compliance, se plantea la posibilidad de que la persona jurídica pueda ser hecha penalmente responsable. Y el segundo problema, se plantea por el importante ámbito de la dogmática de la imprudencia que se abre en estas situaciones. La referencia a la falta de debido control evoca inmediatamente conductas imprudentes realizadas por los directivos de la empresa. Una cuestión relevante que aparecerá en este campo es la de qué relación debe establecerse entre el delito cometido por el empleado y el fallo de supervisión del directivo a cuya autoridad se encuentra sometido. La mera constatación de que todo ello se haga por cuenta y en provecho de la persona jurídica no debe ser suficiente. Entre ambos elementos debe establecerse una relación de imputación objetiva, de tal manera que el riesgo que se genera por el fallo de supervisión es el que se tiene que concretar en la actuación del empleado, y no otro. El mero incremento del riesgo no debería ser suficiente para el establecimiento de responsabilidad a estos efectos. Pág. 72.

[34] Gómez-Jara Díez Carlos, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Aspectos

- sustantivos y procesales, AV, edit. La Ley, Madrid, 2011, pág. 74.
- [35] Gómez-Jara Díez Carlos, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Aspectos sustantivos y procesales, AV, edit. La Ley, Madrid, 2011, pág. 75.
- [36] Robiglio Carolina L. I. LA AUTORÍA EN LOS DELITOS TRIBUTARIOS Ed. AD HOC 2004, pág. 312
- [37] Cesano José Daniel Problemas de responsabilidad penal de la empresa. www.unifr.ch/derechopenal.
- [38] Hans Achenbach Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y las personas que actúan en su nombre en el derecho alemán. En J. Silva Sánchez B. Schünemann -J. De Figueiredo Díaz (coordinadores), Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal J. M. Bosch Editor, Barcelona 1995
- [39] Cesano José Daniel Problemas de responsabilidad penal de la empresa. www.unifr.ch/derechopenal.
- [40] Véase Tiedemann, NJW, 1988, p. 1172; Brender, Die Neuregelung (n. 6), pp. 79 ss. Material aportado por el Dr. Gracia Martín.
- [41] Véase Tiedemann, NJW, 1988, p. 1172. Material aportado por el Dr. Gracia Martín.
- [42] Véase Tiedemann, NJW, 1988, pp. 1171 s. Material aportado por el Dr. Gracia Martín.
- [43] Véase Tiedemann, NJW, 1988, pp. 1171 s.; en el mismo sentido Brender, Die Neuregelung (n. 6), pp. 117 ss. y Hirsch, Die Frage (n. 16), p. 10. Material aportado por el Dr. Gracia Martín.
- [44] Véase Tiedemann, NJW, 1988, p. 1172. Brender, Die Neuregelung (n. 6), p. 119, considera incluso que el § 30 OWiG fundamenta para la persona jurídica la cualidad de destinatario de la norma de la que es en primer término destinataria la persona natural y que, recíprocamente, la disposición del actuar por otro del § 9 OWiG (= § 14 StGB) fundamenta para el órgano y el representante la cualidad de destinatario de las normas que en primer término están dirigidas a la persona jurídica misma. Material aportado por el Dr. Gracia Martín.
- [45] Véase Tiedemann, NJW, 1988, p. 1172; el mismo, Lecciones (n. 58), p. 234; Brender, Die Neuregelung (n. 6), p. 58. Material aportado por el Dr. Gracia Martín.
- [46] Véase Tiedemann, NJW, 1988, p. 1172. Material aportado por el Dr. Gracia Martín.
- [47] Del Sel Juan María, "Societas delinquere, ¿potest o non potest? en Derecho Penal Empresarial, (Dir. Yacobucci) edit. BdeF, año 2010, pág. 90.
- [48] Donna Edgardo A., Teoría del delito y de la pena. Astrea, Buenos Aires, 1995, t. II p. 17.
- [49] Donna Edgardo A., Teoría del delito y de la pena. Astrea, Buenos Aires, 1995, t. II p. 17.
- [50] Zaffaroni Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte General Ediar, Buenos Aires, 1988, t. III p. 57.
- [51] Zaffaroni Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte General Ediar, Buenos Aires, 1988, t. III p. 57.
- [52] Creus Carlos DERECHO PENAL Parte General Astrea 1999, pág. 158.
- [53] Fallo 572 XL "Fly Machine S.R.L. s/recurso extraordinario" voto del Dr. Zaffaroni Eugenio Raúl.-
- [54] Aftalión Enrique R., La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la de sus directores, en revista jurídica Jurisprudencia Argentina, 1958 t. IV, p. 542
- [55] Righi Esteban, Los delitos económicos, Ad-Hoc, Buenos Aires 2000, pág. 125
- [56] Righi Esteban, Los delitos económicos, Ad-Hoc, Buenos Aires 2000, pág. 134 y 135
- [57] Righi Esteban, Los delitos económicos, edit. Ad-Hoc, 2000, pág. 126. Se genera entonces un parcelamiento de la actividad en fragmentos de conducta realizados por diversas personas, siendo norma que a ninguna de ellas se puede atribuir el hecho ilícito

porque no reúne todos los presupuestos de punibilidad, dificultad que trascienden el plano procesal, pudiendo inclusive proyectarse a problemas de derecho sustantivo, como por ejemplo sucede en los delitos especiales o los que exigen la concurrencia de elementos subjetivos.

[58] Baigún David La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico) Depalma 2000 pág. 27.

[59] Baigún David La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico) Depalma 2000 pág. 27 y 28.

[60] Cancio Meliá Manuel, ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas consideraciones sobre el significado político-criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresa, en Nuevas tendencias en Política Criminal, AV, edit. BdeF/Reus, 2006, pág. 11.

[61] Cancio Meliá Manuel, ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas consideraciones sobre el significado político-criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresa, en Nuevas tendencias en Política Criminal, AV, edit. BdeF/Reus, 2006, pág. 12. Con este alcance, esas nuevas aproximaciones constituyen un salto cualitativo. U una evolución en tal sentido no sólo se mueve en el campo de la mera hermenéutica de preceptos poco explícitos acerca de qué es lo que hacen, también puede incluirse expresamente una noción de responsabilidad-reprochabilidad, como lo ha hecho el legislador en Suiza o en los EE.UU.

[62] Balcarce Fabián I. - Cesano José Daniel, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Derecho Penal Económico, edit. Mediterránea T. 1, pág. 192.

[63] Spolansky Norberto Eduardo, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, T. II, A.V. edit. Edisofer, 2008, pág. 1641.

[64] Spolansky Norberto Eduardo, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, T. II, A.V. edit. Edisofer, 2008, pág. 1643. Por otra parte, para ser director no es preciso ser socio, con lo cual el que lo es muchas veces elige a quien es sólo un experto en negocios complejos. Asimismo, es interesante individualizar a los efectivamente socios, es decir a quien participan de la actividad de la sociedad, y distinguirlos de aquellos que a pesar de adquirir acciones son meros inversores y no tiene ningún "animus socci". Estos no podrán aducir que se los ha penado sin culpabilidad, pues al comprar sus acciones decidieron no actuar plenamente como socios y aceptaron los riesgos que de esa decisión podrían derivarse.

[65] Spolansky Norberto Eduardo, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, T. II, A.V. edit. Edisofer, 2008, pág. 1644. Esta interpretación tiene una distinción muy importante: la pena nunca afectará a terceros inocentes cuando éstos demuestren de manera clara y seria que efectivamente lo son. De esta manera, quienes han tolerado o admitido la realización de un hecho prohibido, o nada han hecho para evitarlo o impedirlo u omitieron oponerse a la ejecución de él, no podrán aducir que han sido tratados como responsables a título objetivo cuando sean condenados; menos aun en el contexto de las llamadas sociedades abiertas, en el cual es difícil distinguir claramente entre quienes son efectivos inversores y aparentes accionistas y, más aún, cuando hay una manifiesta disociación entre quienes dirigen las empresas y quienes detentan, pero de manera aparente y muy contingente, la propiedad de los paquetes accionarios.

[66] Bacigalupo Silvina, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, edit. Hammurabi, 2001, pág. 369.

[67] Bacigalupo Silvina, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, edit. Hammurabi, 2001, pág. 369.

[68] Bacigalupo Silvina, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, edit. Hammurabi, 2001, pág. 383.

[69] Recordemos los dos requisitos de la responsabilidad vicarial, esto es, la actuación dentro de las competencias o atribuciones del cargo, y la actuación en beneficio de la persona jurídica, y en caso contrario, es decir, faltando uno de estos requisitos la persona jurídica se exonera de responsabilidad, quedando por tanto la imputación a la persona física que realiza la conducta. Así Bacigalupo S. en cuanto al enriquecimiento (interés) dice que este se debe definir como todos aquellos beneficios patrimoniales, es decir, cualquier forma de enriquecimiento, que permita apreciar una mejora en el patrimonio o cualquier aumento de valor económico del mismo. También se debe tener en cuenta los enriquecimientos mediatos que se pueden producir, por ejemplo, por medio de una mejor situación de competencia obtenida a través de la realización de un delito de coacciones, con lo cual la participación en el mercado se traduce en un beneficio inmediato. Bacigalupo Silvina, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, edit. Hammurabi, 2001, pág. 381.

[70] Baigún David, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, (Ensayo de un nuevo modelo teórico), edit. Depalma, 2000, pág. 28.