

CLAUDIA L. SALEME

**LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA Y LOS
DEBERES DE COMPLIANCE**

¿Responsabilidad Objetiva o Infracción al Deber de Cuidado?

Tesis de maestría presentada en la Facultad de Derecho de la
Universidad Austral para optar al título de Magíster en Derecho Penal

Director de tesis: Dr. Luciano L. Laise



UNIVERSIDAD

AUSTRAL

FACULTAD DE DERECHO

Buenos Aires, 2016

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	4
II. EL RELATO DE LOS HECHOS	5
III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	8
1. <i>La canónica discusión dogmática en torno a la responsabilidad criminal de la empresa</i>	8
2. <i>Evolución histórica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas</i>	9
i. Roma	9
ii. Edad Moderna (finales del S. XVIII)	9
iii. Edad Contemporánea. Segunda mitad del S. XIX	12
a. Teorías de la ficción y de la realidad	12
b. Postura de von Liszt	14
3. <i>Principio de <i>societas delinquere non potest</i> en la Argentina</i>	15
i. La posición de Sebastián Soler	16
ii. Posición de Raúl Eugenio Zaffaroni	18
4. <i>La responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho Comparado</i>	20
IV. CUESTIONES FUNDAMENTALES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	22
1. <i>¿Responsabilidad Directa o Subsidiaria?</i>	22
2. <i>Modelos de Responsabilidad Penal</i>	24
3. <i>Tipos de sanciones a imponer a la persona jurídica. Naturaleza</i>	32
4. <i>El injusto realizado por las personas jurídicas y Los delitos especiales en el ámbito de la organización empresaria</i>	39
V. CRIMINALIDAD DE LA EMPRESA Y COMPLIANCE	41
1. <i>Programas de prevención de riesgos penales</i>	41
2. <i>Naturaleza jurídica de los programas de prevención</i>	47
3. <i>Obligaciones y funciones del compliance officer</i>	49
4. <i>Funciones del oficial de cumplimiento</i>	50
5. <i>La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento</i>	52
6. <i>La responsabilidad penal por omisión en la empresa</i>	53
i. La imputación objetiva de resultados a omisiones	53
ii. Mantenimiento como propia de una fuente de riesgo, creación de riesgo y delegación	54
a. La delegación como fuente de deberes de garantía	55
b. La empresa como garante delegante	59
7. <i>La participación por omisión</i>	61
VI. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: UNA APLICACIÓN AL CASO PRÁCTICO ..	64
1. <i>Responsabilidad penal de Juan Carlos (compliance officer)</i>	64
2. <i>Responsabilidad penal de "Todo Gas S.A"</i>	68

VII. CONCLUSIONES	72
BIBLIOGRAFÍA	74
<i>JURISPRUDENCIA</i>	76
<i>APENDICE LEGISLATIVO</i>	77

I. INTRODUCCIÓN

Para empezar quisiera mencionar brevemente el objeto de estudio de la presente tesis de derecho aplicado, y cómo estará organizado el trabajo de investigación.

Lo que me propongo en este trabajo es analizar es el tan debatido tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y junto con ello la figura del *Compliance Officer*. En el primer capítulo descripción del caso que me lleva al desarrollo del marco teórico de esta tesina.

Luego, me introduzco en el tema, con una modesta evolución histórica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y describo cómo se recepta el principio de *societas delinquere non potest* en nuestro país y en el derecho comparado. Continúo con los distintos modelos de atribución de responsabilidad y los tipos de sanciones que se pueden imponer a las sociedades que delinquen, tomando como ejemplo, principalmente, el Código Penal español y finalizo el capítulo refiriéndome al injusto realizado por la persona jurídica.

Con posterioridad, y porque entiendo que están íntimamente relacionados, me aboco a la figura del *Compliance Officer*, a los programas de cumplimiento, las funciones, atribuciones y responsabilidades que en materia penal podrían tener.

Termino la tesis, tratando de resolver el caso planteado al comienzo, aplicando los elementos aprehendidos y desarrollados a lo largo de la preparación de este trabajo de investigación. Asimismo, trato de resolver el caso apli-

cando el proyecto de reforma el Código Penal Argentino (marzo de 2014)¹, en cuanto al modelo de atribución de responsabilidad penal.

Por último, esbozo una opinión personal respecto del proyecto del tema investigado y de la conveniencia o no de la reforma legislativa en la materia.

Por otro lado, y en sintonía con la descripción anteriormente proporcionada, lo que me propongo con el tema elegido es abordar, en la medida de lo posible, un tema doctrinario de actualidad, y que creo podría traer aparejado una reforma legislativa, posiblemente en forma inminente. En razón de ello, uno de los principales problemas que tuve fue encontrar material bibliográfico pertinente hasta que acudí a los trabajos de Silva Sánchez y Yacobucci, quienes a través de distintas publicaciones me han guiado a rastrear buena parte de la bibliografía examinada en este trabajo.

II. EL RELATO DE LOS HECHOS

Juan es presidente del directorio de la empresa “Todo Gas S.A.”.- cuyo objeto social consiste en la prestación del servicio público de distribución de gas natural por cuenta propia, o de terceros en el país. Éste servicio, incluye además de la instalación y conexión del gas en distintos puntos de la República, el control del correcto funcionamiento del medidor de gas que se encuentra en el exterior de cada casa, edificio o complejo al que “Todo Gas S.A.” proporciona dicho suministro.

¹ Sin perjuicio de tomar como referencia el proyecto de reforma del 2014, quisiera destacar que en la actualidad se encuentra vigente un nuevo proyecto de reforma del C.P. –que aún se encuentra en la órbita del Poder Ejecutivo- que establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas por delitos de corrupción en la Argentina.

Pedro es gasista matriculado y habilitado para realizar los correspondientes controles en el radio de La Plata, donde “Todo Gas” S.A. tiene otorgada la concesión del servicio.

Mariano y Juan Pablo trabajan con Pedro, están recién matriculados y realizan sus primeras inspecciones bajo la supervisión de Pedro, verifican el cumplimiento de todos los requisitos reglamentarios en un edificio céntrico de la ciudad de La Plata.

Pedro tiene la obligación de entrenar a Mariano y Juan Pablo. Lo primero que les dice es que la empresa debería contratar más personal —al menos cinco operarios más— ya que tienen mucha demanda y no llegan a concurrir —en los plazos acordados— cada vez que un cliente los requiere; ya sea previo a la habilitación del gas en una obra, o bien para realizar controles en el suministro del gas. Les comenta, además, que puso esto de manifiesto, en reiteradas oportunidades a su jefe inmediato —Santiago—, quién hizo caso omiso de sus dichos. Agregó, a su vez, que presentó una nota en el directorio de la sociedad pero que nunca le contestaron y que, incluso, se enteró extraoficialmente que figuró como un tema del orden del día de la asamblea de accionistas de la sociedad, del mes de marzo.

Por otro lado, un accionista minoritario, amigo de Pedro, le comentó que asistió a la referida asamblea y que al tratar el punto relacionado con su planteo de contratar más personal, la mayoría concluyó que, por ser un año electoral y por los posibles cambios políticos del país, no era el momento oportuno para ampliar la planta de empleados y que convenía esperar al menos unos meses luego de las elecciones, para observar la reacción de los mercados y de la economía interna.

La empresa contaba con un Oficial de cumplimiento —Juan Carlos— y en las jornadas de capacitación, advirtió, —gracias a su interacción con los em-

pleados—, la necesidad de ampliar la planta. Así lo sugirió al Directorio y fue uno de los temas a tratar en la mencionada asamblea de socios.

El 2 de septiembre de 2015, a primera hora de la mañana, María Laura — encargada de un edificio céntrico de la ciudad de La Plata— se comunicó con el servicio de emergencias de la empresa, y dejó asentado un reclamo consistente en que en la puerta del complejo se percibía olor a gas.

Pedro, el mismo día recibió la constancia del reclamo y comentó con sus nuevos compañeros, “la gente es re-pesada y llama por cualquier cosa”. Luego agregó que en un rato irían a ver el asunto, que se harían un lugar para poder ir y que retrasarían la inspección de la instalación de gas de una casa que está en construcción y deshabitada porque no llegan —por falta de personal— a cumplir con todos los clientes.

Al cabo de unas horas, Pedro y sus dos compañeros llegan al mentado edificio, se entrevistaron con la encargada, quien, y les comentó que se percibía olor a gas en la zona de la entrada.

Oportunamente, los gasistas realizaron la inspección y manifestaron que en principio no habría escape de gas, pero que volverían al día siguiente para realizar otro control y garantizar de esa manera que no hubiera inconvenientes.

Al día siguiente, Pedro no pudo ir a la hora estipulada ya que tenían otros controles que estaban postergando y no los podían demorar más.

Llegan cerca del mediodía. María Laura realizó un nuevo reclamo ese mismo día porque el olor a gas se hacía insoportable y en este momento tenía miedo de que pudiera ocurrir una tragedia.

A su arribo, el derrame de gas era tan fuerte que lo único que atinaron a hacer fue a dar aviso a todos los vecinos de que evacuaran en forma urgente el

lugar, ya que en cualquier momento iba a explotar todo y que la pérdida se había agrandado tanto en tan poco tiempo que era imposible solucionarla.

A los pocos minutos el edificio explota y mueren 15 personas y otras tantas resultan heridas quedando algunos internados unos días y con ciertas secuelas físicas y psíquicas.

La causa se elevó a juicio respecto de “Todo Gas S.A”, de su Directorio y de Juan Carlos a quienes se les imputó el delito de estrago culposo, seguido de muerte (art. 189 C.P.).

III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. La canónica discusión dogmática en torno a la responsabilidad criminal de la empresa

Luego de haber hecho una breve introducción respecto del régimen de organización de las sociedades anónimas, vamos a adentrarnos en lo patológico. En efecto, en las próximas páginas analizaré la enorme problemática en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las personas que la integran. Me referiré también a los distintos modelos de atribución de responsabilidad penal que existen, así como también, a las penas aplicables.

En éste acápite, tomo como modelo de referencia a seguir la ley española, que cuenta con cierta antigüedad en la legislación de esta materia.

Por último, creo que hay que tener en especial consideración respecto de lo novedoso y en consecuencia, el escaso material disponible, ya sea doctrinario o jurisprudencial, existente en ésta temática, tanto en el ámbito local y como así también en el derecho comparado.

2. Evolución histórica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

i. Roma

En Roma se rechazó la posibilidad de endilgar responsabilidad penal a las personas jurídicas, en base al principio *societas delinquere non potest*. En cambio, en la Edad Media y Moderna se admitió. Bartolo de Sasoferrato (s. XIV) trasladó al derecho penal la teoría de la ficción, construyendo sobre esta base una fingida capacidad delictiva de las personas jurídicas. Tal opinión se mantuvo hasta el siglo XVIII.²

ii. Edad Moderna (finales del S. XVIII)

A fines del siglo XVIII comienza a imponerse la posición contraria de negación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Esta opinión, que se hace dominante desde Feuerbach, pudo apoyarse en la influencia romanista de Savigny y en su teoría de la ficción, según la cual la persona jurídica es una pura ficción jurídica. Como tal no puede servir de soporte sustancial a una auténtica responsabilidad punitiva, que sólo ha de recaer en los únicos responsables reales del delito: los hombres que se hallan tras la persona jurídica³. Mas la negación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas encontró su fundamento decisivo en los principios político-criminales que caracterizaron el De-

² Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 9na. edición, Montevideo-Buenos Aires BdeF, 2012 193, confrontando a VON LISZT, Tratado, II, p. 259, nota 4; JESCHECK, Tratado, I, p. 300; RODRIGUEZ DEVESA, PG, p. 376.

³ Cfr. MIR PUIG, 194, confrontando von Liszt, *ibídem*; Antón, PG, p. 153; RODRÍGUEZ DEVESA, PG., p. 376.

recho penal liberal, entre los cuales no podía sino contar el principio de personalidad de las penas.

Es así, que Savigny reconoce que el problema al que se enfrenta es una cuestión de relación entre el derecho y la persona⁴. Se comienza a ver el problema desde la perspectiva de los sujetos de la relación jurídica o, mejor dicho quienes son “capaces” de establecer una relación jurídica: quiénes pueden ser “sujetos de derecho”⁵.

Savigny sentó como punto de partida que: “todo Derecho existe por la libertad moral inherente a la persona individual”⁶ y dedujo que “el concepto originario de la persona o del sujeto de Derecho tiene que coincidir con el concepto del ser humano; y esa identidad originaria de ambos conceptos se puede expresar en la siguiente fórmula: toda persona individual y sólo ella tiene capacidad jurídica”⁷. De hecho, para Savigny el Derecho surge de las relaciones de las personas con sus iguales⁸. De esta manera define la esencia de la relación jurídica como “un ámbito independiente del dominio de la voluntad individual”⁹.

La esencia del ordenamiento jurídico consiste, por lo tanto, en la conservación de la personalidad desde un punto de vista ético individualista. La liber-

⁴ Cfr. BACIGALUPO, Silvina, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, 54, ver nota 68.

⁵ Cfr, BACIGALUPO, 55 (envía a von Savigny, *System des heutigen Röminischen Rechts*, t. II, 1, §60).

⁶ Cfr, BACIGALUPO..., *vide*, 55 (envía a von Savigny, *System des heutigen öminischen Rechts*, p. 2, §60).

⁷ *Ibíd.*

⁸ BACIGALUPO..., 57 (confronta a von Savigny, *System des heutigen Röminischen Rechts*, t. p. 331).

⁹ *Ibíd.* (se remite a von Savigny, *System...* 334).

tad de la voluntad es su esencia y el Derecho es la protección de esta libertad mediante el poder jurídico. Por lo tanto, desde este punto de vista sólo puede ser sujeto de derechos el ser humano individual, dado que el Derecho sólo es un medio para proteger la personalidad ética del ser humano, de manera tal que la personalidad jurídica debe ser necesariamente el reflejo de la ética¹⁰.

Esta idea se encuentra especialmente en la base de la teoría elaborada por Savigny: la teoría de la voluntad (*Willenstheorie*)¹¹. Sustancialmente significa que la verdadera voluntad es capaz de tener efecto en el negocio jurídico y que su declaración es un medio para lograrlo¹². La teoría de la voluntad parte de un presupuesto psicológico: la voluntad es, en realidad, la sustancia esencial de la personalidad jurídica. De ello se deduce que el derecho privado existe para poder poner en marcha, para conservar y desarrollar esa personalidad jurídica¹³.

A partir de aquí es claro, que la persona jurídica no puede ser sino un sujeto de Derecho ficticio que, aunque exprese por medio de sus representantes una voluntad que le es imputable como voluntad propia, no tiene una voluntad real en sentido ético, sino meramente ficticio. Sólo en el Derecho civil, por el contrario, sería posible la representación sin voluntad propia; pero no en el Derecho penal. El Derecho penal solo trata con personas como seres pensantes y con voluntad. La persona jurídica no tiene esas cualidades y, por ello, debe quedar excluida del ámbito del derecho penal¹⁴.

¹⁰ Idem, 57

¹¹ Idem, 58, se remite a Von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. IV, p. 103.

¹² Ibid. (se remite a von Savigny... p. 258)

¹³ Ibid. (se remite a von Savigny... p.103)

¹⁴ Ibid. (se remite a von Savigny... vo. II, p. 312)

En otras palabras: sólo podrá ser sujeto con capacidad de acción quien posea individualidad psicológica. Pero como la persona jurídica carece de voluntad en este sentido no es capaz de acción y sólo puede ser concebida como una ficción. Sólo las personas físicas pueden actuar y, por lo tanto, tienen capacidad para delinquir: *societas delinquere non potest*¹⁵.

iii. Edad Contemporánea. Segunda mitad del S. XIX

a. Teorías de la ficción y de la realidad.

En la segunda mitad del s. XIX apareció una nueva concepción de las personas jurídicas que ofrecía una base teórica para poder afirmar la responsabilidad penal de las personas de dicha naturaleza: la teoría de la realidad, iniciada por Gierke. Según ella, la persona jurídica es un auténtico organismo realmente existente, aunque de distinta naturaleza al humano. Se comparó la persona jurídica a los organismos biológicos, bajo el optimismo positivista: la persona jurídica tenía cerebro (gobierno), sistema nervioso (comunicaciones), células (individuos), etc. Así se manifestaban expresamente Lilienfeld y Haeckel. Lógicamente tenía una voluntad distinta a la de sus miembros particulares, cuya voluntad puede no coincidir con la de la persona jurídica. Por ello, sólo la persona jurídica debía responder criminalmente de sus actos, y lo que sería una ficción sería aplicar la sanción a sus miembros, distintos al verdadero sujeto del delito¹⁶.

¹⁵ Idem, 60.

¹⁶ MIR PUIG, 194, confrontando Antón Oneca, PG, p. 153.

Gierke considera a las asociaciones de personas “igual que al individuo como una unidad vital de cuerpo y alma, que puede transformar en un hecho lo que quiere y lo que ha querido”¹⁷.

Como bien reconoce Binder¹⁸, mientras que la teoría de la ficción procede meramente desde un punto de vista *denominativo*, limitándose a denominar a la persona jurídica como una ficción, Gierke pretende establecer una diferencia *descriptiva* personificando a la persona jurídica. El Estado y las demás asociaciones de personas son considerados como organismos sociales, como organismos de conjunto (*Gesamtorganismen*), cuyos miembros son seres humanos que se elevan sobre el organismo individual¹⁹. Con esta fundamentación Gierke pretende subsumir bajo un mismo concepto general sólo aquellos fenómenos en los que él encuentra características análogas²⁰. Estos fenómenos son el ser humano y la asociación de personas que se subsumen bajo el mismo concepto general de *organismo*.

Gierke no rechaza la personalidad ética, por el contrario: sólo un ente con voluntad puede ser sujeto de derecho. Por ello, las personas jurídicas sólo podrán ser sujeto de Derecho si tienen capacidad de voluntad. Por lo tanto, continúa Gierke, “el sujeto de derechos y obligaciones, tiene que ser reconocido por el Derecho objetivo como capaz para ello. La capacidad de ser sujeto de derecho – concluye- significa personalidad jurídica”²¹. Gierke sostiene que la personalidad jurídica tiene, al igual que las personas físicas, voluntad y que ésta, también al

¹⁷ BACIGALUPO, 63, cita a von Gierke, *Das Wesen der menschlichen Verbände*, p. 12.

¹⁸ Ibidem, 64, cita a Binder, *Das Problem der juristischen Persönlichkeit*, p. 18.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibidem, 64, cita a von Gierke, *Das Wesen der menschlichen Verbände*, p. 12.

²¹ Ibidem 65, cita a Von Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. I, p. 265.

igual que en la persona física, se expresa por medio de sus órganos²², lo cual permite considerarlas como organismos superiores dotados de capacidad de voluntad. Lo que Gierke no tiene en cuenta es que esta voluntad es muy distinta de la voluntad como fenómeno psicológico, propio de los sujetos individuales. Su teoría, permitió reconocer, por primera vez, que la persona jurídica no es algo que existe justo o frente a sus miembros, sino que precisamente existe a través de ellos y que por lo tanto, no es un ente sin alma ni cuerpo²³.

b. Postura de von Liszt

La responsabilidad criminal de las personas jurídicas fue defendida también desde un punto de vista más pragmático: von Liszt y Prins en el extranjero y Saldaña y Masaveu en España, partieron de exigencias de Política criminal basadas en la peligrosidad (coherentemente con su concepción de la pena final): la persona jurídica es un instrumento especialmente peligroso de enmascaramiento de quienes se sirvan de ella para delinquir; hay que castigar pues, de forma especial a la misma persona jurídica. El hecho de que el Derecho reconozca la capacidad de obrar de las personas jurídicas en el Derecho privado permite fundamentar desde el punto de vista constructivo dicha responsabilidad: Quien puede concluir contratos –diría von Liszt en frase famosa- puede concluir también contratos fraudulentos o usurarios²⁴.

Si bien von Liszt admite expresamente la posibilidad de delinquir de una persona jurídica, ello no supone la aplicación de una pena. La idea fundamental sobre la que von Liszt basa la aplicabilidad de una sanción a las personas jurídi-

²² BACIGALUPO, 65, cita a von Gierke, *Das...* p. 9.

²³ Ibid.

²⁴ MIR PUIG, 194, confrontando VON LISZT, Tratado II, p. 300, nota 4.

cas son las razones de utilidad y de seguridad. En este sentido, promueve la instauración de un sistema de doble vía introduciendo las medidas de seguridad, permitiendo de esta forma la aplicación de dichas medidas a sujetos no capaces de culpabilidad. En este sentido, su afirmación respecto de la aplicabilidad de sanciones a las personas jurídicas puede ser compatible con los conceptos más o menos clásicos de acción y de culpabilidad elaborados con miras al sujeto individual²⁵.

Por lo tanto, von Liszt entiende que a la persona jurídica se le puede reconocer capacidad de acción y, en consecuencia, la capacidad de cometer un delito, pero al no poder afirmarse su capacidad de culpabilidad (en el sentido psicológico, desarrollado por von Liszt), sólo se le pueden aplicar medidas de seguridad.²⁶

3. Principio de *societas delinquere non potest* en la Argentina

A continuación expondré, teniendo como referente la tesis doctoral realizada por el Dr. Juan María Rodríguez Estévez, para mostrar la incidencia doctrinaria que tuvo en nuestro país el principio *societas delinquere non potest*.

A estos efectos, tomo como ejemplo, la postura de doctrinarios con reconocida trayectoria como Soler y Zaffaroni.

²⁵ BACIGALUPO, 69.

²⁶ *Ibíd.*

i. La posición de Sebastián Soler

Soler, en cuanto a la negación de responsabilidad penal de los entes ideales, trata lo relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas dentro del estudio dogmático de la teoría de la acción, concretamente al desarrollar su pensamiento en cuanto al principio de subjetividad²⁷.

En este orden de ideas, señala que la implementación de este postulado básico del Derecho Penal conduce a dos consecuencias de gran trascendencia. Por un lado, la subjetivación de la culpa excluye las formas de responsabilidad objetiva, mientras que, por otra parte, consolida la individualización de la responsabilidad penal: nadie sufre pena por otro. En este sentido, postula que viola este principio de subjetividad toda tendencia a extender formas de responsabilidad penal a grupos sociales en conjunto o a afirmar la posibilidad de imponer penas sobre personas no individuales²⁸.

El referido autor, pone énfasis en la circunstancia de que la sociedad es una persona distinta de sus socios y su personalidad jurídica consiste en un mero centro imputativo carente de todo substrato psíquico. En este sentido, resulta indudable que por su naturaleza no es un ente idóneo para desplegar acciones que contengan los elementos indispensables para dar base a un delito, ni para sentir la coacción de la amenaza penal, ni tampoco para sufrir ella misma una pena personal, que no afecte a ningún tercero inocente²⁹.

²⁷ RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan María, *La responsabilidad penal en el ámbito de estructuras empresariales. Teoría de la imputación personal y corporativa*. Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Buenos Aires, 2012, 436.

²⁸ Cfr. SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, TEA, Bs. As. 1992, t. I, 330.

²⁹ Ibid.

En cuanto a quienes se muestran proclives a asignar responsabilidad penal a las personas jurídicas, pone de relieve que:

“Con tanta ingenuidad como torpeza política, algunos autores, al verificar que es de hecho posible imponer cierto tipo de sanciones de carácter penal a personas colectivas, han entrado a postular ese tipo de legislación como un progreso³⁰ .”

Soler, manifiesta con relación a estas legislaciones que no se midió la gran injusticia que representa la imposición de una pena que indefectiblemente irá a recaer sobre todos los asociados, comprometiendo también a los socios que se opusieron a los actos ejecutados por los órganos y los accionistas que votaron por otras personas para dirigir la sociedad.

Concluye de este modo, que la aceptación de la capacidad penal de las personas jurídicas debería ser completada con la total derogación de los más firmes principios del derecho penal: los que rigen la acción, la imputabilidad, la culpabilidad y la pena. En definitiva, sostiene que en nombre de la ingenua postulación de la realidad de la persona jurídica, se concluirá construyendo un Derecho Penal totalmente asentado sobre ficciones.

Señala, que el Derecho Penal puede crear formas aberrantes de imputación, como tantas veces las ha reconocido, especialmente en sus formas primitivas, y puede también admitir formas objetivas de responsabilidad; puede por tanto imponiendo multas a una sociedad disolviéndola, privar de sus beneficios

³⁰

Cfr. Idem., 331.

a un accionista inocente, por actos delictivos cometidos por un gerente de la sociedad³¹.

Por último, remarca que la responsabilidad penal de las personas jurídicas tiende a desvincular la consecuencia jurídica de la voluntad real del sujeto, como si la responsabilidad le fuera impuesta al sujeto desde afuera³².

ii. Posición de Raúl Eugenio Zaffaroni³³

Con relación a esta problemática, señala Zaffaroni que en el Derecho Penal las personas jurídicas no tienen capacidad de conducta porque el delito según surge de nuestra ley es una manifestación individual humana. Si bien hay leyes penales que sancionan a personas jurídicas, considera que tales leyes no hacen más que conceder facultades administrativas al juez penal, o sea que las sanciones no son penas ni medidas de seguridad, sino consecuencias administrativas de las conductas de los órganos de las personas jurídicas³⁴.

Para Zaffaroni la incapacidad de las personas jurídicas es una incapacidad de conducta. La voluntad de la acción humana es un fenómeno psíquico que no puede concebirse en una persona jurídica. La persona jurídica es incapaz de conducta, es involuntable: el conocimiento del aspecto objetivo del hacer como fenómeno psíquico no puede asignársele a la persona jurídica, sino a través de

³¹ Idem, 331.

³² RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, 437.

³³ Cfr. CSJN, Fly Maschine S.R.L. s/ recurso extraordinario, Fallos 329:1974 (2006)

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1981, Tomo III, 57.

una ficción legal que ninguna disposición autoriza³⁵. Sin embargo, reconoce que la persona jurídica puede ser pasible de responsabilidad en otras ramas del derecho y que el Derecho Penal, además del respeto por la estructura lógico objetiva que liga al legislador con el objeto, tiene el carácter de ser particularmente reacio a las ficciones³⁶.

En cuanto a la vigencia en nuestro sistema jurídico-penal del postulado *societas delinquere non potest*, señala que para afirmar la capacidad de las personas jurídicas es necesario partir de la identificación de conceptos penales y civiles, lo cual es inadmisibile, pues con sólo repasar el listado del artículo 34 del Código Penal, veremos que está referido a la acción humana.

Sostiene además, que sin perjuicio de que la persona jurídica no pueda ser penalmente responsable, ello no obsta a la posibilidad de sancionar a los directivos que en el desempeño de su cargo cometen delitos³⁷.

Asimismo, manifiesta que nada impide recurrir al derecho administrativo para aplicar sanciones de ese tipo al ente ideal, lo cual no afecta el principio de intrascendencia de la pena (ya que no es pena) ni altera los principios que fundamentan la culpabilidad penal.

En cuanto al carácter de sanción administrativa, entiende que al no estar sometida a exigencias tan estrictas como las de la sanción penal, ofrece una mejor defensa social contra estos entes usados como medios para la comisión de delitos, las que pueden ser aplicadas por el juez penal, ya que se trata de una cuestión de competencia que no hace a la naturaleza de fondo de la cuestión.

³⁵ Idem, 58.

³⁶ Ibid.

³⁷ Idem, 59.

Desde una óptica de política criminal, entiende que el problema está en individualizar y golpear a las personas físicas que esconden su actividad delictuosa detrás de los muros protectores de la persona jurídica³⁸.

4. La responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho Comparado.

En cuanto a la posición de García Caveró respecto de la posibilidad de sancionar penalmente a las empresas, se hace cargo de la alegada falta de atribución del estatus de ciudadano de aquellas y afirma su capacidad de culpabilidad³⁹.

El citado autor postula que de la esfera de organización de una persona jurídica pueden derivarse sucesos defraudatorios de expectativas sociales, del mismo modo que de la esfera de organización de una persona natural. La dificultad, señala, no se encuentra, por tanto, en la imputación de un riesgo prohibido a la esfera de la organización de la persona jurídica, sino en la capacidad de la persona jurídica para poder recibir una imputación personal.

Así, sostiene que una persona jurídica se individualiza por su organización, la cual configura modelos de actuación independientes de los intereses e inclinaciones particulares de las personas naturales que la componen y por ende es titular igualmente del estatus del ciudadano, lo que otorga a sus actuaciones un sentido jurídico específico y justifica una respuesta social concreta (responsabilidad).

³⁸

Ibid.

³⁹

RODRÍGUEZ ESTEVEZ, 459, cfr. a Percy García Caveró, *Derecho Penal...*, 659.

Con lo cual, siguiendo su esquema de razonamiento, la imputación personal en las personas jurídicas significa haber manifestado socialmente una autoorganización en infracción de los roles que socialmente le corresponde a las personas de existencia ideal por su participación en el tráfico económico-patrimonial⁴⁰.

Como puede apreciarse, la persona jurídica realizaría un injusto propio de organización diferente a los injustos de resultado de sus órganos o miembros. No se trataría, entonces, de una infracción de sus órganos o representantes que simplemente se le imputa a la persona jurídica, sino una infracción propia de esta. La persona jurídica realiza una acción jurídico-penal en la medida en que, por la infracción de su rol, defrauda expectativas normativas de conducta esenciales⁴¹.

Este esquema dogmático le permite a García Caveró proponer un esquema de imputación penal de las empresas con independencia de la responsabilidad penal individual de sus órganos, con la consecuente distinción binaria que luego concreta entre supuestos de dominio y casos de infracción de un deber. En este último sentido, postula que la persona jurídica puede ser también portadora de un rol especial en virtud de una vinculación institucional “que la obliga a cumplir con deberes positivos y mantener así una situación social deseable”⁴².

⁴⁰ Idem, 460, cfr. GARCÍA CAVERO, 682.

⁴¹ Cfr. Ibíd, 686.

⁴² Cfr. Ibíd, 689.

IV. CUESTIONES FUNDAMENTALES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

En términos generales se puede decir que el aforismo “*societas delinquere non potest*” de a poco va quedando atrás.

Como veremos, en distintos modelos europeos, entre los que podemos mencionar España y Austria se consolidó e incluso legisló el principio de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lo que haremos, será analizar los tipos de modelos de atribución de responsabilidad que existen.

Algunos autores⁴³, consideran que que hoy por hoy el punto de discusión no está centrado en determinar si las personas jurídicas pueden delinquir o no, sino que como se debe articular la respuesta sancionatoria.

Es así que las principales cuestiones del debate actual se pueden concentrar en tres grupos de problemas: 1- si la responsabilidad de la persona jurídica debe ser directa o subsidiaria; 2- el modelo de imputación de responsabilidad que debe adoptarse; 3- la naturaleza (penal o no) de las sanciones⁴⁴.

1. ¿Responsabilidad Directa o Subsidiaria?

La mayoría de los sistemas que establecen sanciones (penales o administrativas) para las personas jurídicas optan por una atribución de responsabilidad directa y cumulativa a la persona jurídica y no subsidiaria (la que opera sólo

⁴³ ROBLES PLANAS, Ricardo. ¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austríaca de las agrupaciones por hechos delictivos? InDret 2/2006, 3

⁴⁴ Ibid.

cuando puede establecerse una persona física responsable). Éste último modelo, que sigue por ejemplo el Código Penal Suizo, uno de los motivos principales por los que es rechazado, es porque, desde un punto de vista de política criminal alienta la selección de personal directivo con el fin de que responda penalmente y evitar así la responsabilidad de la persona jurídica. Por otro lado, al bloquearse la posibilidad de responder de la persona jurídica cuando efectivamente se imputa un delito a una persona física, se dejan sin cubrir las necesidades político-criminales de actuar contra el propio entramado organizativo que hizo posible el delito (fenómeno denominado “actitud criminal de grupo”)⁴⁵

Por otro lado, el modelo de responsabilidad subsidiaria presenta importantes inconvenientes dogmáticos derivados del requisito de la imposibilidad de hallar a un responsable físico de la comisión del correspondiente delito. Así, en primer lugar, la propia afirmación de la realización de un tipo delictivo (del que habría de responder subsidiariamente la persona jurídica) depende de que concurren en el sujeto activo (persona física) determinadas características que permitan imputarle objetiva y subjetivamente el hecho. Sin esta concurrencia, es imposible afirmar la comisión de un delito en general y, en muchas ocasiones, implica la imposibilidad de especificar por qué delito debería responder la persona jurídica. Ello seguiría siendo así pese a que la ley se limitara a exigir la realización de un hecho que *objetivamente* cumpliera con un tipo delictivo: también la realización del tipo objetivo (en los delitos de comisión por omisión o en los delitos imprudentes) requiere la comprobación de determinados poderes o capacidades individuales, de manera que si no puede hallarse al responsables o éste no

⁴⁵

Ibid.

puede ser hecho responsable por carecer de los aspectos individuales requeridos, tampoco podrá responder la persona jurídica⁴⁶.

Por éstas razones, la mayoría de las legislaciones europeas y la doctrina apostó a un modelo en el que, con independencia de la sanción a la persona física o junto a ella, se sancione directamente a la persona jurídica.

2. Modelos de Responsabilidad Penal

Los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas dominantes en el derecho comparado se pueden clasificar en dos grandes grupos: los modelos de “heteroresponsabilidad” o “responsabilidad por el hecho ajeno”, “imputación directa” o de “responsabilidad vicarial” y los modelos de “autorresponsabilidad o de responsabilidad por hecho propio⁴⁷.

Los primeros, parten de que las acciones de ciertos sujetos (normalmente, pero no necesariamente, los cargos directivos) se imputan directamente a la persona jurídica. No se trata solo de que se le impute la conducta, sino también el tipo subjetivo (dolo o imprudencia) con el que esta fue llevada a cabo por el sujeto individual. Es básicamente un sistema de responsabilidad absoluta, que además no admite eximentes⁴⁸.

⁴⁶ Idem, 4.

⁴⁷ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo, “Ahora sí: Hispanica societas delinquere potest”, en Daniel Roberto PASTOR, *Problemas actuales de la parte especial del derecho penal*, Buenos Aires, *ad-hoc*, (2011) 485.

⁴⁸ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo, “Ni caástrofe, ni panacea: la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Boletín de estudios económicos* Vol. LXIX, N° 211 (2014) 95-121.

Los segundos modelos, se centran en la conducta de la propia persona jurídica. Igual que en los anteriores, se exige una conducta delictiva por parte de una persona física, así como que esta haya tenido lugar con ocasión de sus funciones en la persona jurídica y en beneficio de ésta. Pero la conducta de la persona física no se le imputa directamente a la jurídica, sino que es necesario que haya sido consecuencia de la defectuosa organización de la persona jurídica o se haya visto favorecido por ella.

En resumidas cuentas, mientras que en los modelos de responsabilidad por imputación directa o vicarial la conducta delictiva de ciertos sujetos es condición necesaria y suficiente de la RPPJ, en los modelos de responsabilidad por defecto organizativo la conducta delictiva de esos sujetos es condición necesaria, pero todavía no suficiente de la RPPJ. Para que se produzca esta segunda, es necesario, que exista una infracción de un deber o defecto organizativo de la persona jurídica que facilitó o propició el delito.⁴⁹

Así se parte de que las personas con puestos directivos “son” la empresa, sus mentes organizadoras y sus brazos ejecutores, y por lo tanto sus conductas le vinculan directamente. La conducta del sujeto individual, debe haberse producido con ocasión del ejercicio de sus funciones en la empresa y en beneficio de esta. En cuanto a la responsabilidad por actos de los empleados de nivel inferior, la tendencia internacional es exigir algún tipo de infracción del deber de cuidado (*culpa in eligiendo/in vigilando*) por parte de un sujeto con poder de dirección, superando la situación existente en el anterior derecho penal estadounidense, conforme a la cual también las acciones de los empleados eran directamente imputadas a la empresa.

⁴⁹

Idem, 104.

La noción de defecto organizativo se relaciona estrechamente con las facultades autoorganizativas de la persona jurídica (o, también se podría decir, con las facultades que el ordenamiento jurídico otorga a las personas físicas que en última instancia crean y gestionan tales personas jurídicas). Se ha afirmado, de esta manera, que el fin fundamental de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es obligarles a autorregularse⁵⁰, o de forma más concreta, a la adopción de una adecuada cultura empresarial⁵¹.

Sin perjuicio de ello, Ortiz de Urbina Gimeno, entiende que la afirmación *ut-supra* mencionada peca por exceso: la autorregulación y la consecución de una adecuada cultura empresarial no son fines, sino medios para conseguir las finalidades de prevención (general y especial) de delitos.⁵²

La mayor simplicidad del modelo de imputación directa o vicarial, así como su gran parecido con la imputación a la empresa de la conducta de sus órganos y representantes en el derecho privado, explican que este fuera el primero en el tiempo⁵³. En la actualidad, sin embargo el modelo de imputación directa está siendo progresivamente desplazado por el modelo de responsabilidad por defecto de organización.

⁵⁰ Cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Ahora si...*486 se remite en nota 31 a Nieto Martín, Adán “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Iustel, Madrid, 2008, *passim*, especialmente, 81-84.

⁵¹ Ibid.

⁵² Ibid.

⁵³ ORTIZ DE URBINA GIMENO..., 486. Con cita a Laufer, William S. “La culpabilidad empresarial y los límites del derecho”, en Gómez-Jara Díez, Carlos (ed): *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Thompson-Aranzadi, Pamplona, Cizur Menor, 2006, 71-75.

Según el criterio esbozado, varias son las razones de la evolución mencionada. Así, se afirma que los modelos de responsabilidad directa pecan tanto por defecto como por exceso. Por defecto, porque exageran la comprobación de que una persona física con poder de dirección ha cometido efectivamente el delito (en algunos casos se dice que se exige su condena, lo que excluiría la responsabilidad de la persona jurídica incluso cuando la falta de condena se debe a un motivo tan alejado de la persona jurídica como la muerte del sujeto en cuestión). Por exceso, porque una vez acreditada la responsabilidad de la persona física, ésta se imputa directamente y sin posibilidad de exoneración a la persona jurídica, lo que en ocasiones puede infringir el principio de responsabilidad subjetiva⁵⁴.

Asimismo, entiende que las críticas referidas se deben valorar de modo diferente: mientras que la crítica de la imputación por defecto (infrainclusión) no es acertada; sí lo es la que se refiere a la imputación por exceso (sobreinclusión).

La primera crítica, confunde el modo concreto conforme al que se exige la responsabilidad según el modelo de imputación directa con las auténticas implicaciones conceptuales de tal modelo.

En la implementación práctica del modelo se ha exigido la acreditación de la existencia de un hecho delictivo individual por medio de una sentencia declarativa de tal responsabilidad. La exigencia de un hecho delictivo cometido por una persona física (requisito que también demanda el modelo de responsabilidad por defecto de organización) puede satisfacerse exigiendo requisitos menos estrictos que la existencia de una sentencia de condena. De hecho, y dado que ontológicamente las personas jurídicas no pueden ni decidir ni actuar por sí mismas

⁵⁴

Idem, 486.

(otra cosa es lo que el ordenamiento jurídico disponga *normativamente* por medio de la imputación de conductas de otras personas), en los casos en los que se sabe con certeza que lo ha cometido una persona física (otra cosa es que además se trate de una persona con puesto de dirección).

En la LO 5/2010 se prevé una regla contenida en el artículo 31 bis del Código Penal español en la que se establece: “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”.

Agrega Ortiz de Urbina Gimeno, su visión favorable respecto de esta inclusión en la legislación española, por cuanto no estaba en el proyecto enviado por el Gobierno y fue uno de los extremos introducidos por el Parlamento. Manifiesta, que su inclusión es de celebrar ya que sin esta previsión las empresas habrían seguido teniendo importantes incentivos para encubrir a las personas físicas que cometieran delitos en su seno. Con esta cláusula, la empresa sabe que será condenada aun cuando no se conozca la identidad concreta del autor de delito, y de esta manera tiene incentivos para colaborar en la determinación de la identidad del autor, dado que ello determinaría su buena organización para la detección de los delitos y despejaría las dudas sobre su posible falta de interés en prevenirlos.⁵⁵

El modelo de imputación directa o vicarial presume que en todos los casos en los que una persona con poder de dirección comete un delito se puede

⁵⁵ Cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, 488 (nota 35).

afirmar la responsabilidad subjetiva de la persona jurídica. Esto, en opinión del catedrático español, no es cierto, ello por cuanto, el hecho de que una persona física con poder de dirección en una persona jurídica cometa un delito es un indicio de que algo no va bien en dicha organización. Pero no se puede excluir que se trate de un hecho aislado e imprevisible en el seno de una persona jurídica bien organizada. La descripción del modelo de responsabilidad por defecto de organización nos muestra claramente la existencia de dos momentos diferenciados de responsabilidad subjetiva: el referido a la responsabilidad subjetiva del sujeto individual que lleva a cabo el delito que sirve como hecho de referencia y el relativo a la existencia de una infracción del deber o de un defecto de organización de la empresa⁵⁶.

Conceptualmente, el modelo de imputación directa o vicarial puede entenderse en el sentido de establecer una presunción *iuris et de iure* conforme a la cual la responsabilidad subjetiva de la persona física conlleva necesariamente la de la persona jurídica. Sin embargo hay situaciones que demuestran que esta correlación no es necesaria.

Así Ortiz de Urbina Gimeno pone como ejemplo: una empresa que en 1991 eligió a tres administradores, X, Y y Z. Durante 20 años realizan sus labores sin queja o denuncia de irregularidad alguna. En 2010, X que necesita una cantidad de dinero importante en el corto plazo, decide cometer un ilícito con el que llenar las arcas de la empresa para poder, de esa manera cobrar a fin de año un importante bono. La ilicitud de la operación, sin embargo, es denunciada internamente por un empleado mediante un procedimiento establecido a tal efecto por la empresa que una vez investigados los hechos y verificada la existencia de

⁵⁶

Idem, 488.

un hecho delictivo informa de la situación a la fiscalía por medio de Y, otro de sus administradores. ¿Puede decirse que la empresa ha infringido con el deber de cuidado? Si pensamos en los criterios tradicionales de la *culpa in eligendo* y *culpa in vigilando*, no se puede sostener que la empresa se equivocó en el momento de la elección y tampoco que no se vigiló adecuadamente, ya que el delito el detectado por la propia empresa, lo que demuestra que los mecanismos internos de vigilancia, no solo existen sino que también se implementaron adecuadamente. Por supuesto, se puede insistir que las personas con puestos de dirección “son” la empresa. Pero este “son”, que tiene sentido en el derecho privado, no puede pasar por encima del principio de responsabilidad subjetiva en el ámbito sancionador. Para afirmar la existencia de responsabilidad subjetiva es preciso que podamos reprochar a la empresa que hizo mal algo que razonablemente (no a cualquier coste) podría haber hecho bien. Y eso no es posible en supuestos como el mencionado.⁵⁷

Este es el punto decisivo de la cuestión. El modelo de responsabilidad por imputación directa o vicarial no puede asegurar la existencia de responsabilidad subjetiva por parte de la empresa. Apunta a un extremo razonable: la comisión de un delito por uno de los cargos directivos es un indicio importante de la responsabilidad de la empresa. Pero no prevé ningún correctivo para esta afirmación genérica, convirtiendo lo que es un indicio razonable en una presunción *iuris et de iure* de culpabilidad, que no admite prueba en contrario y que, en este caso y al versar sobre la responsabilidad subjetiva, es incompatible con el principio de culpabilidad.

⁵⁷

Idem, 490.

Así pues, en la opinión de Ortiz de Urbina Gimeno, si comparamos ambos modelos, en términos negativos tenemos que el de responsabilidad vicarial presenta importantes deficiencias en lo que se refiere al respeto del principio de responsabilidad subjetiva y como ventaja se puede decir que ofrece mayores ventajas a las personas jurídicas para distanciarse de los infractores individuales.

Continúa con un ejemplo clarificador: en los sistemas de responsabilidad por imputación directa al uso las empresas tienen todos los incentivos para no detectar los delitos cometidos por sus empleados, así como para que estos no sean detectados por otras empresas. Ello es así porque estos sistemas suelen exigir la condena del responsable individual para condenar a la empresa, de modo que, una vez cometido el delito, a la empresa lo que le interesa es que no se pueda determinar quién es el autor individual. Sin embargo, la condena del responsable individual es un elemento contingente de este modelo de responsabilidad que también puede contentarse con la demostración fehaciente de que el delito tuvo que cometerse por algún órgano o empleado de la empresa. Una vez cometido el delito, la empresa tiene incentivos para ocultarlo: si lo oculta y tiene éxito no responde, y si lo oculta y no tiene éxito, haberlo ocultado le sale gratis porque responde de modo directo haya o no ocultado.

Distinto es el caso de los sistemas de autorresponsabilidad en los que es prácticamente imposible negar que la existencia y la adecuada implementación de un plan de disminución de riesgos penales suponen un diligente ejercicio de la responsabilidad, y por tanto excluyen la responsabilidad penal de la persona jurídica. Pues bien: si una persona física comete un delito en el seno de una persona jurídica, en este modelo ya no es evidente que le convenga ocultar tal comisión. Le convendría, si pudiera asegurarse de que el delito nunca será descubierto. Tal estrategia conlleva un riesgo, y es que el delito sea descubierto por otros y que sea considerado evidencia del incumplimiento de sus deberes.

Mientras que en el modelo de imputación directa la ocultación no tiene costes, en el modelo de autorresponsabilidad tanto la ocultación dolosa como la negligencia en la indagación tienen consecuencias, ya que pueden servir para fundar la responsabilidad penal de la persona jurídica.

3. Tipos de sanciones a imponer a la persona jurídica. Naturaleza.

Con relación a la naturaleza de las sanciones que pueden imponerse a las personas jurídicas, según Ricardo Robles Planas⁵⁸ no hay armonía en los diversos ordenamientos jurídicos europeos y según su opinión, se podrían clasificar en tres grandes grupos:

Ordenamientos jurídicos que prevén sanciones propias del núcleo del Derecho Penal, como la pena de multa (Holanda, Francia, países anglosajones, Noruega, Finlandia, Dinamarca, Bélgica y Suiza)

Los países que optan por sanciones administrativas (Alemania y Portugal)

Los países que optan por sanciones –cuya naturaleza es discutida- no pertenecientes al núcleo del Derecho Penal y que se podrían denominar “accesorias” (Suecia y España) o bien optan por sanciones *quasi penales* (Polonia e Italia). Se pueden caracterizar como sanciones que *no siendo penas*, sino sanciones pecuniarias de carácter jurídico-público, se imponen por un juez penal y con unos presupuestos procesales y materiales análogos a los exigidos para la imputación de responsabilidad penal.

⁵⁸

ROBLES PLANAS, 4-5.

Vamos a tomar como ejemplo el art. 129 del Código Penal español del año 1995 las referidas consecuencias accesorias para las personas jurídicas.

Al respecto, concluía Mir Puig que, teniendo en cuenta las particularidades de la normativa señalada, dicho derecho positivo continuaba anclado en el principio tradicional según el cual sólo las personas físicas pueden cometer delitos y solo ellas pueden ser castigadas con penas criminales en sentido estricto.

Con relación a las medidas previstas para las personas jurídicas en el art. 129 del CPE, sostenía que no eran punitivas sino preventivas: tienen como finalidad contrarrestar el peligro que importa la propia existencia de la empresa y la continuación de la actividad delictiva. En esa inteligencia, no presuponen que la empresa haya cometido ningún delito, por lo que no tropiezan con el obstáculo de que en la actuación de una persona jurídica o empresa falten todas las exigencias dogmáticas derivadas del principio de culpabilidad personal⁵⁹.

Vamos ahora a adentrarnos en el tratamiento que hace la legislación española respecto de las penas para las personas jurídicas, al decir de Mir Puig, son “una clase de penas sin culpabilidad”.

La LO 5/2010, previó por primera vez en la legislación española “penas” para las personas jurídicas. De esta manera el CP abandona el principio *societas puniri non potest* (la sociedad no puede ser penada), pero no así el principio

⁵⁹ RODRIGUEZ ESTEVEZ, 560, con cita a MIR PUIG, “Una tercera vía..., 1 ss,6. Por el contrario, sostiene que son en realidad penas impuestas a las personas jurídicas como un modo de superación del principio *societas delinquere non potest*, ROSARIO DE VICENTE, “La responsabilidad penal..., 35 y ss.

según el cual las personas jurídicas no pueden cometer delitos (*societas delinquere non potest*).

La responsabilidad penal que establece el nuevo art. 31 bis del código penal español no se basa en delitos cometidos por las personas jurídicas sino en delitos cometidos por personas físicas por cuenta y en provecho de las personas jurídicas: “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 administradores de hecho o de derecho...” (art. 31 bis, 1, párrafo primero), o por otros individuos sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y provecho de la persona jurídica (art. 31 bis, 1, párrafo segundo).

De esta manera, podemos ver que el Código Penal español no impone “penas” a “delitos” de las personas jurídicas, sino que hace responder a estas por delitos cometidos por personas humanas. Siguiendo también a Mir Puig, esto supone que la responsabilidad penal que se prevé para personas jurídicas es una forma de responsabilidad por el hecho de otro, por un delito no cometido por ella, sino por una persona física.⁶⁰

Esto podría ir contra el principio de culpabilidad que establece que sólo se puede castigar por un delito a quien lo ha cometido y por lo tanto, imponer una pena a quien no ha cometido un delito y no es culpable de su comisión violaría este principio.

⁶⁰ MIR PUIG, Santiago, “Las nuevas “penas” para personas jurídicas: una clase de “penas” sin culpabilidad”, en Santiago MIR PUIG, Mirentxu CORCOY BIDASOLO, Víctor GÓMEZ MARTÍN, *Responsabilidad de la empresa y compliance*, Montevideo – Buenos Aires ed BdeF., 2014, 3-5.

Siguiendo a Mir Puig, podemos decir que el principio de culpabilidad penal no impide, toda forma de responsabilidad sin culpabilidad, sino solo la imposición de una pena criminal administrativo permiten imputar a una persona jurídica lo que hacen sus representantes, pero este criterio de imputación por representación, no puede trasladarse al derecho penal, para que este criterio baste para castigar con verdaderas penas criminales sin culpabilidad penal. Esto es así, porque la pena criminal clásica tiene un significado de reproche ético-jurídico fuerte que sólo es justo dirigir a quien ha infringido una norma penal personalmente, con dolo o imprudencia e imputación personal. Sin estas exigencias del principio penal de culpabilidad sólo cabe imponer consecuencias jurídicas desprovistas del mismo carácter simbólico de censura ético-jurídica que tienen las penas previstas para personas físicas⁶¹.

Según Mir Puig, y refiriéndose a la legislación española, dice que habría sido preferible que el legislador español no hubiera empleado el término “pena” para las sanciones que ha introducido para la persona jurídica, sino algún otro como “medidas” o “sanciones” para personas jurídicas. La observación de los presupuestos y el contenido de las nuevas “penas” para personas jurídicas son suficientes para poner de manifiesto que su significado real es bien distinto al de las penas clásicas. Todo en las nuevas “penas” es básicamente preventivo y económico.

En lo que respecta a los presupuestos de las nuevas “penas”, no sólo presuponen responsabilidad sin culpa de la persona jurídica –responsabilidad obje-

⁶¹ Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Las nuevas “penas”...*,7-8. Del mismo autor, “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004, n° 01-06, 9. En línea: <http://criminet.ugr.es> última consulta: 27/06/2016

tiva por hecho ajeno- sino que no requieren culpabilidad en el administrador o empleado que realice el hecho típico: pueden imponerse aunque la persona física que cometa el delito actúe sin culpabilidad (art. 31 bis, 3 CP). Ello aproxima estas “penas” a las medidas de seguridad, que desde luego no requieren culpabilidad.

En cuanto al contenido de las nuevas penas, o bien coincide con el de las “consecuencias accesorias” que el código penal español ya preveía en su art. 129 antes de la LO 5/2010, o bien tiene una naturaleza puramente económica, como la multa. A diferencia de las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias, la multa tiene carácter punitivo, pero también tienen este carácter las sanciones administrativas y las “penas” civiles (como las acordadas en las “cláusulas penales” de los contratos) y, por ello, no comparten el significado de reproche ético-jurídico *fuerte* propio de la pena criminal clásica.

Si bien la multa también existe como pena para personas físicas, es necesario distinguirla de la multa prevista para personas jurídicas, de modo parecido a cómo debe distinguirse entre la multa administrativa y la penal. Si bien en todas ellas se impone el pago de una cantidad económica, la multa administrativa no tiene el mismo significado de reproche ético-jurídico que la multa penal clásica, sino que es puramente coercitiva. Del mismo modo, según Mir Puig puede y debe distinguirse la nueva multa del código penal español para personas jurídicas de la prevista para personas físicas, *por no poder tener aquella el sentido de reproche al autor culpable* de un hecho –puesto que se impone a quien no es autor ni participe en el hecho y tampoco requiere culpabilidad de la persona física responsable-. La “pena” para personas jurídicas ha de verse, igual que la administrativa, como un medio coercitivo.

En opinión de Silva Sánchez, la consecuencia jurídica multa, en su relación con las personas jurídicas, ha sido interpretada razonablemente por un sector de la doctrina como una medida coactiva externa para la autoorganización

(esto es, como un medio –preventivo-especial- de presión para la corrección de estados antijurídicos). En efecto, en cuanto a las consecuencias jurídico-penales aplicables a las personas jurídicas, puede hablarse de la existencia de dos modelos teóricos: el modelo de “control externo” o modelo económico, y el modelo de “control interno” o modelo estructural. La base del primero es la sanción pecuniaria; la del segundo, la intervención directa en la estructura organizativa de la empresa⁶².

A través de las penas aplicables a las personas jurídicas se procede a reforzar la tendencia hacia una autorregulación o autoorganización mediante una medida coactiva. Tales sanciones muestran una función social-comunicativa que sí tiene sentido (pues las personas jurídicas son agentes sociales, centros de imputación). Desde la perspectiva de conducción, puede seguir teniendo sentido: mediante el instrumento coercitivo de la multa se trata de incentivar a los administradores de la persona jurídica para que no esperen a la comisión de un delito en su seno e implementen, antes, un modelo de prevención.⁶³

A modo de conclusión: las “penas” previstas para personas jurídicas deben distinguirse de las penas para personas físicas, tanto por sus presupuestos como por su significado simbólico. Ninguna de las nuevas “penas” puede concebirse como castigo al culpable de un hecho. La nueva multa para personas

⁶² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español”, en Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, Montevideo – Uruguay BdeF, 2013, 279-281.

⁶³ Ibid.

jurídicas habrá de reducir su carga punitiva a la propia de la multa administrativa, con la que compartirá su naturaleza puramente *coercitiva*⁶⁴.

En cuanto a la receptación de las sanciones a las personas jurídicas en el proyecto de reforma del Código Penal Argentino: “La Comisión no puede ocultar las discusiones que se suscitaron en su seno respecto de las sanciones a las personas jurídicas y a la pretendida o real responsabilidad penal de éstas. No es del caso resumir los diferentes argumentos, que no hacen más que reiterar los que son conocidos en la doctrina. De cualquier manera se coincidió en que: 1) Se prevén sanciones a las personas jurídicas en diferentes leyes especiales y, por ende, resulta conveniente unificar legalmente el criterio a su respecto. 2) No es menester pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de estas sanciones, reabriendo un largo debate sin solución definitiva, que se remonta al derecho civil de daños, con larga y conocida evolución en la doctrina y jurisprudencia alemanas y norteamericanas. Por ende, se ha preferido dejar en suspenso cualquier posición al respecto, permitiendo que la doctrina siga discutiendo si tienen o no carácter penal, limitándose a proponer un ámbito sancionador y regularlo en la competencia del juez penal. Se ha observado —en términos realistas— por parte de algunos miembros, que el debate en la legislación comparada, en buena medida traduce una pugna por el reparto de competencia entre los penalistas y los administrativistas. No ha faltado una opinión que señaló que desde la perspectiva político criminal, y dada la natural selectividad del poder punitivo, se corre el riesgo de perjudicar a las pequeñas y medianas empresas, proveedoras de la mayor demanda de mano de obra en el país. 3) Si bien es notorio que el derecho administrativo sancionador no está limitado por todas las garantías del derecho penal y, por ende, tendría una mayor eficacia sancionadora, predomina la idea pública y

⁶⁴

Ibid.

política inversa, que considera mucho más fuerte la sanción penal y, en base a eso, postula una radical reestructuración de todos los principios generales del derecho penal. Evitando esta consecuencia última y, ante la imposibilidad de revertir la opinión dominante, se concluyó que no existe espacio político ni mediático para omitir la regulación de estas sanciones en el Código Penal, dejando abierta la discusión en el plano doctrinario y, en el político-criminal, al mejor criterio de decisión de los Poderes que legislan.”⁶⁵

4. El injusto realizado por las personas jurídicas y Los delitos especiales en el ámbito de la organización empresaria.

Según Percy García Cavero, la persona jurídica es titular de una esfera de organización propia y puede, por ello, hacérsele responsable directamente por los defectos de configuración negativos o positivos de su esfera de organización. No se trata, por tanto, de una infracción de sus órganos o representantes que simplemente se le imputa a la persona jurídica, sino de una infracción propia de la persona jurídica. La persona jurídica realiza una acción jurídico-penal en la medida en que, por la infracción de su rol, defrauda expectativas normativas de conducta esenciales. La infracción penalmente relevante de los roles, por parte de las personas jurídicas, se pueden expresar, al igual que en las personas naturales, como delitos de dominio o delitos de infracción de deber.⁶⁶

⁶⁵ Anteproyecto de Código Penal de la Nación, *Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica*. Primera edición, marzo de 2014, 151-152.

⁶⁶ GARCÍA CAVERO, Percy, “La persona jurídica como sujeto penalmente responsable” en Guillermo J. YACOBUCCI *Derecho Penal Empresario*, Montevideo – Uruguay BdeF, 2010, 84.

La persona jurídica, al decir de Percy García Caverro, en tanto ciudadano, es poseedora de un rol general que le permite configurar libremente su esfera de organización. Como contrapartida a esta libertad de organización, se le impone el deber de evitar configuraciones de su esfera de organización que perjudiquen a otras personas. Si la persona jurídica infringe este deber negativo, deberá ser responsable por las consecuencias del exceso en su propia organización, lo cual se castiga mediante los llamados delitos de dominio. Dado que los presupuestos normativos de los delitos de dominio cometidos por personas jurídicas terminan siendo los mismos que los cometidos por personas naturales, no existe razón justificada para darle a la responsabilidad penal de las personas jurídicas una configuración dogmática propia. Sin perjuicio de esto, tampoco podemos hablar en los mismos términos, pues el nivel de complejidad de organización de una persona jurídica es muy distinto al de una persona natural.

Como lo ha puesto de relieve Jakobs de modo convincente, el dominio fáctico del hecho no constituye el criterio normativo de imputación en los delitos de dominio, sino la competencia por el dominio. En este sentido, no se requiere que la persona jurídica realice por sí misma el hecho –una imposibilidad física-, sino que se trata de un riesgo por cuyo dominio es competente la persona jurídica. En el caso de delitos cometidos desde la persona jurídica, siempre tendrá que participar fácticamente una persona natural como miembro de la organización, pero, debido a que no interesa el dominio fáctico del hecho, la determinación jurídico-penal de la autoría no tendrá necesariamente que incluir a esta persona natural. Sólo en el caso que la persona natural sea también competente por el dominio del riesgo puede plantearse una posible organización conjunta del hecho, a no ser que la persona jurídica no resulte competente por el dominio del hecho y se presente, por tanto, una responsabilidad penal sólo de la persona natural.

En caso de existir desde el punto de vista normativo un dominio conjunto del hecho entre la persona jurídica y la persona natural, será necesario recurrir a

criterios cuantitativos para decidir si tiene lugar una coautoría o una participación. Los intervinientes han infringido colectivamente los deberes que les corresponden como ciudadanos, por lo que habrá que precisar únicamente la mayor o menor gravedad de la infracción de tales deberes. En la mayoría de los casos se considera que los hechos anteriores o preparatorios constituyen una infracción menos grave que los actos de ejecución, pero en el plano normativo esto no tiene que ser necesariamente así. Puede, por tanto que el miembro de la persona jurídica que ejecuta finalmente la acción prohibida infrinja levemente su deber específico, a diferencia de la persona jurídica, que ha organizado completamente el hecho delictivo, de manera que su responsabilidad penal resulte limitada al ámbito de la complicidad⁶⁷.

V. CRIMINALIDAD DE LA EMPRESA Y COMPLIANCE

1. Programas de prevención de riesgos penales

Al abordar esta sección de la monografía, voy a tratar de explicar de qué hablamos cuando hablamos de “compliance”. Para esto voy a seguir al Dr. Alejandro David que en una de sus clases en la Universidad Austral lo definió como *“la obligación de cumplir con los requerimientos de las leyes, regulaciones, normas, códigos organizacionales y con los principios de buena gestión y estándares éticos”*.

⁶⁷

Idem, 84.

Estos programas son una manifestación del buen gobierno corporativo y su objetivo es llevar a cabo un conjunto de actuaciones tendentes a asegurar que las actividades realizadas por la empresa no vulneran la legislación aplicable.⁶⁸

Según refiere Gallego Soler, nos encontramos, ante una concreción de la práctica corporativa generalizada consistente en tener departamentos específicos de cumplimiento normativo, cuya misión es la de articular políticas, procesos e instrumentos que garanticen el cumplimiento de la legalidad por parte de las sociedades mercantiles.

Hablar de *criminal compliance* es hablar, como expone Nieto Martin, de los contenidos nuevos que, desde la óptica penal, deban introducirse en ese sistema⁶⁹.

La finalidad que se pretende con la implantación de estos programas de prevención de riesgos penales es, por un lado, poder advertir qué riesgos penales son previsibles objetivamente, para, seguidamente, articular mecanismos de control y reacción frente a su eventual realización. Lo que se pretende, por tanto es la evitación de hechos delictivos que puedan generar responsabilidad de la empresa. Pero, en un plano más práctico, porque no existe ningún mecanismo de control que garantice el “riesgo 0” u responsabilidad, lo que se pretende es poder atenuar o, que la empresa pueda quedar exonerada.⁷⁰

⁶⁸ GALLEGO SOLER, José Ignacio, “Criminal Compliance y Proceso Penal: reflexiones iniciales”, en Santiago MIR PUIG – Mirenntxu CORCOY BIDASOLO – Víctor GÓMEZ MARTÍN *Responsabilidad de la empresa y compliance*, Montevideo – Bueno Aires BdeF, 2014, 195.

⁶⁹ Cfr. NIETO, Martin, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, en Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, 2013, 21.

⁷⁰ GALLEGO SOLER, 196.

Algunos autores sostienen que la empresa que tiene un programa de cumplimiento penal ha organizado el “debido control”, de tal modo que ya posee medidas eficaces para prevenir y descubrir el delito. Por ello, en el caso en que se produjera un hecho delictivo, éste no podría ser (penalmente) atribuible a la persona jurídica porque ésta se habría organizado de modo tal que no sería justificable la atribución de responsabilidad penal a la entidad, salvo desde postulados de una inaceptable responsabilidad objetiva⁷¹.

Por otro lado, y a juicio de José-Ignacio Gallego Soler, de un modo más realista, se contemplan estos programas de cumplimiento normativo penal como un mecanismo que sirve materialmente para, ante la producción de un evento con relevancia penal, dejar claro que no estamos ante un supuesto de irresponsabilidad organizada, puesto que los legales representantes y los directivos han articulado todos los medios a su alcance para intentar la evitación delictiva. Ello con independencia de la relevancia que esta situación deba tener en la responsabilidad penal, pero a partir del convencimiento corporativo de que estos medios vienen obligados desde la lógica, tanto de la responsabilidad social corporativa como, principalmente, de que es un instrumento necesario de buen gobierno corporativo.

⁷¹ Esta, por ejemplo, es la tesis de BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho Penal*, Navarra 2011, 104 y ss., quien sostiene que la culpabilidad de organización opera como legitimante de la pena, y por ello, pese al silencio de la ley, “su existencia antes de la comisión del delito puede excluir la culpabilidad de organización”. En términos parcialmente coincidentes, DE LA MATA/BILBAO/ALCORTA, “La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo”, *La Ley Penal* n° 87 (noviembre 2011), aludiendo al carácter de eximente implícita que tienen los Protocolos de prevención de delitos, y ello porque “el posible delito cometido deberá entenderse que es fruto de una actuación individual que ha pasado por encima de aquello a lo que el protocolo obliga”.

Los programas de cumplimiento de las empresas reflejan el grado real de implicación con la evitación de delitos que posee la persona jurídica. Así las cosas, estos programas de *criminal compliance*, y fundamentalmente su real y efectiva implementación, pueden evidenciar cuando la dirección corporativa realmente hace de la evitación de la comisión delictiva un elemento básico de su política de empresa⁷².

¿Qué elementos debe tener un programa eficaz de *compliance*, según el capítulo octavo de de *Federal Sentencing Guidelines*? El programa tiene que implicar la actuación de la organización con la diligencia debida, con el fin de detectar y prevenir conductas constitutivas de delito; además, deberá promover una cultura organizativa que estimule el comportamiento ético y de respeto por la legalidad. Para ello se requiere que:

1. La organización establezca estándares de conducta y procedimientos internos de cumplimientos para que los sigan sus empleados y otros agentes que puedan prevenir y detectar conductas criminales, y que, razonablemente sirvan para reducir la conducta criminal.

2. Que el órgano de gobierno de la entidad esté bien informado sobre el contenido y extensión de los programas de cumplimiento, y lleve a cabo, de modo razonable, su puesta en práctica eficaz. Deberá estar informado de la implementación y eficacia de los programas de cumplimiento, al menos una vez al año, salvo que alguna razón amerite que el plazo sea menor. Para garantizar esta eficacia debe designar a un oficial de cumplimiento. Persona de alto nivel en la organización, que trabaja muy cerca del directorio, con una relación muy fluida, y tiene por función velar por la correcta aplicación del programa de cumplimien-

⁷²

GALLEGO SOLER, 199.

to. Se trata de una pieza nuclear en el diseño del modelo de cumplimiento normativo: es la pieza encargada de administrar y organizar los programas de cumplimiento, por delegación del órgano de gobierno. En las *Guidelines* se deja bien en claro que se deberán llevar a cabo esfuerzos razonables para comprobar que no se delega en personas sobre las que se tenga conocimiento (o se debería haber tenido conocimiento) que se habían dedicado a actividades ilegales, o a cualquier otra conducta incoherente con los programas de cumplimiento y ética. El éxito del modelo de compliance, también va a depender, en buena medida de que esta figura tenga acceso directo a la dirección empresarial.

3. La organización debe haber adoptado las medidas razonables para lograr el cumplimiento de sus estándares, mediante la utilización de sistemas de auditoría y monitorización razonablemente diseñados para detectar una conducta criminal (de sus empleados y otros agentes). De hecho, los estándares de conducta se tienen que reforzar constantemente, mediante una continua formación de todo el personal de la organización y también, mediante la adopción de mecanismos disciplinarios apropiados, que incluyan, en función de los casos sanciones disciplinarias. El tipo de sanción dependerá de cada caso concreto, pero la existencia de un régimen sancionador es un elemento necesario del modelo

4. De igual modo, se debe hacer pública la existencia de un sistema de comunicación por medio del cual los empleados y otros agentes pudieran denunciar comportamientos delictivos (canales de denuncia, *hotlines*) sin temor a ninguna represalia por parte de la organización.

5. Tras la detección de un comportamiento delictivo, la organización tiene que adoptar medidas razonables para reaccionar debidamente contra esa conducta y para prevenir comportamientos similares en el futuro, incluyendo en su caso la modificación de los programas de *compliance*. La organización debe llevar a cabo una labor periódica de actualización de los riesgos de comisión de hechos delictivos, adoptando las medidas necesarias para diseñar, implementar o

modificar las exigencias de diligencia debida para reducir el riesgo de conductas criminales que se hayan identificado.

6. Un modelo de cumplimiento debe atender a las peculiaridades de cada organización, por eso un modelo estereotipado o estándar, será ineficaz. Esto, por cuanto cada empresa es única, y así lo es su organización interna y los concretos factores de riesgo que tiene. Por estas razones, cada programa tiene que estar hecho a medida (*tailoring*), no siendo aceptables modelos generalizados que se pretenden válidos para organizaciones que operan en distintos sectores, y con una estructura interna diversa.⁷³

Ningún programa de cumplimiento normativo puede evitar la realización de todas las conductas delictivas de todos los empleados de la empresa, sin perjuicio de esto, hay ciertos parámetros que permiten valorar si se ha diseñado, de modo adecuado, para obtener la máxima eficacia en la prevención y detección de infracciones, así como si la entidad, realmente, incita a sus empleados a actuar dando cumplimiento al programa de *compliance*, o si, por el contrario, los incita tácitamente a realizar conductas desaprobadas con el fin de lograr los objetivos económicos de la corporación. Lo que hay que evaluar es si el programa de *compliance* está correctamente diseñado y si realmente funciona.

⁷³

Idem, 205.

2. Naturaleza jurídica de los programas de prevención

En opinión de algunos autores, la naturaleza jurídica de los programas de prevención es un tema sobre el que se debería empezar a debatir. Más en concreto, su naturaleza procesal⁷⁴.

En función de la naturaleza jurídica que se les asigne a estos *criminal compliance*, nos encontraremos con algo que se podría denominar la “paradoja regulatoria”: si entendemos que las políticas empresariales que quedan definidas como buenas prácticas empresariales tendientes a la evitación del delito lo que hacen es determinar los deberes de conducta, lo que estaremos haciendo es concretar los deberes de diligencia. De tal modo que cuanto más previsor se sea a la hora de la regulación, paradójicamente, más difícil será cumplir con ese estándar y más fácil será poder afirmar un comportamiento (al menos) imprudente. Esto, según Gallego Soler, no debe llevarnos a pensar que la regulación de estos deberes de diligencia debe ser mínimo sino que se trata de controlar razonablemente y, por tanto, que los deberes de conducta han de ser proporcionales, en orden a evitar las conductas generadoras de responsabilidad penal para la persona jurídica⁷⁵.

Así, los programas de *compliance* se pueden considerar como un conjunto de deberes de actuación y reglas técnicas que tienen que reflejar el “estado de la ciencia” en relación con la diligencia debida de una persona jurídica determinada en aras a la evitación de la lesión de bienes jurídico-penales que se encuentren en su esfera de actuación (interna y externa). Esas reglas técnicas y deberes

⁷⁴ Idem, 215 y ss.

⁷⁵ Ibid.

de actuación se dirigen a la organización, y tienen como finalidad el control de los riesgos organizativos y de las actividades que se desarrollen.⁷⁶

Esas reglas sirven para determinar el riesgo permitido en un sector de actividad, el deber de cuidado permitido y, por tanto, para delimitar lo no permitido en una empresa. Si se acepta lo anterior, la correcta observancia de la regla técnica debería colocar a la persona jurídica en una situación en la que no se podría hablar de defecto organizativo. Por tanto, si la culpabilidad de la persona jurídica se fundara en el defecto de organización, la probada observancia de los programas de cumplimiento debería comportar la imposibilidad de declarar su culpabilidad.

En coherencia con lo anterior, el oficial de cumplimiento debe tener una formación acorde con el contenido de los riesgos que tiene que advertir, prevenir y frente a los que tiene que reaccionar. En tal sentido, es preciso señalar que no existe un estatuto orgánico de esta figura y ni siquiera la práctica nos muestra una actuación uniforme respecto de la formación que deben tener estos oficiales. De hecho, la praxis nos muestra que en estos puestos podemos encontrar abogados, economistas, auditores. En la actualidad, las multinacionales tienen un departamento de *compliance* formado por personas de las distintas áreas/profesiones. Por ello, lo ideal es que estos sectores de la organización estén formados por equipos interdisciplinarios para poder prevenir desde distintas ópticas la lesión que podría realizar la empresa respecto de un bien jurídico / delito⁷⁷.

⁷⁶

Ibid.

⁷⁷

Cfr. Idem, 217.

De esta manera, el departamento de *compliance* puede tener funciones ejecutivas delegadas del órgano de administración o puede tener funciones de exclusiva coordinación y supervisión. Su responsabilidad dependerá en parte, de esto, puesto que el funcionamiento de un oficial de cumplimiento descansará en el caso concreto de las funciones y deberes que haya asumido materialmente; siendo incluso imaginables supuestos de externalización de la función de *compliance*.

En esta lógica, el oficial de cumplimiento es un sujeto delegado del órgano de administración que inicialmente asume (siempre que esté capacitado y tenga los medios idóneos) un deber de control de la evitación de hechos delictivos, conforme al modelo de prevención de delitos que se haya implantado. Todo oficial de cumplimiento debe ser independiente con respecto al órgano de administración y, a su vez, debe contar con los recursos suficientes para que el modelo de prevención de delitos sea eficaz.

3. Obligaciones y funciones del compliance officer⁷⁸

El compliance officer es una figura incipiente en el mundo empresarial: oficial de cumplimiento, responsable de prevención, coordinador de prevención, oficial de ética.

Las labores que se le asignan son en parte normativas, de promoción de políticas de empresa y de normas de conducta; en parte de coordinación y supervisión de los distintos responsables de seguridad; en parte de vertebración del

⁷⁸ LASCAURÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “Salvar al oficial Ryan (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)”, en *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, Montevideo – Buenos Aires BdeF, 2014, 326 y ss.

procedimiento sancionador interno, como receptores de denuncias de contravenciones al código ético y como instructores de tales denuncias o como promotores de tal instrucción.

En las empresas más concientes de la nueva función y la nueva responsabilidad que comporta el sistema de punición de las personas jurídicas, y que se encuentran bien asesoradas respecto a la conveniencia de no generar innecesariamente nuevos potenciales responsables penales de los delitos de empresa, existe un justificado celo en no insertar al oficial en la cadena de garantía. En los nuevos reglamentos de prevención tiende a expresarse su función o la de la comisión de prevención con fórmulas del siguiente tenor: “La Comisión de Prevención es la encargada de coordinar las tareas de los responsables de la prevención de riesgos penales; colaborar con los concretos responsables cuando se detecte una específica necesidad al respecto; supervisar el desarrollo y la mejora de los concretos protocolos de prevención; impulsar la confección de un mapa de riesgos penales; recibir las denuncias por infracción del Código Ético y organizar su investigación”⁷⁹

4. Funciones del oficial de cumplimiento

El diseño del programa de prevención que debe ser aprobado necesariamente por la dirección de la empresa, y debe cumplir con los estándares de calidad propios del sector de actividad;

1. debe implementar el programa para lograr los fines preventivos;

⁷⁹

Ibíd.

2. debe controlar y realizar el seguimiento del programa, y en su caso establecer las reformas;

3. si no está prevista la gestión externa del canal de denuncias, tiene obligaciones de investigación y reporte del canal de denuncias; si la gestión del canal de denuncias se ha confiado a servicios jurídicos externos, el oficial de cumplimiento tiene que estar puntualmente informado de sus resultados, y mantiene el deber de reporte frente a los directivos;

4. tiene que transmitir la información relevante a los superiores en relación con los riesgos generadores de responsabilidad penal, para la corrección de las conductas o situaciones detectadas⁸⁰.

Por el contrario, al oficial de cumplimiento no le incumbe la ejecución material de aspectos concretos del cumplimiento⁸¹. Porque lo normal será que el oficial tenga capacidad (y deber) de control y supervisión pero no competencias ejecutivas. Eso supone que hay que contemplar la delegabilidad de concretas funciones a terceros. En los casos en que el empresario haya delegado las funciones ejecutivas en ámbitos (financiero, producción) distintos del área de cumplimiento normativo, le compete al oficial de cumplimiento el deber de supervisión y vigilancia.

En los casos en los que al empresario se comuniquen los indicios de irregularidades, éste pasa a tener un deber de supervisión reactivo, que lo obliga a

⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María “*Deberes de vigilancia y compliance empresarial*”, en *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2013, 99.

⁸¹ GALLEGO SOLER, 219, sobre esta cuestión, ROBLES PLANAS, “El responsable de cumplimiento (*compliance officer*) ante el Derecho Penal”, en *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas* (dir. Silva Sánchez, J.-M), Atelier, Barcelona, 2013, 324 y ss.

tomar decisiones y transmitir las al órgano ejecutivo correspondiente para clarificar los indicios y, en su caso, impulsar las “investigaciones internas corporativas”⁸². Si no se subsanan debidamente esas irregularidades al punto que se acaba concretando un delito que genera responsabilidad penal, ello evidenciaría que la empresa no se ha organizado debidamente, y que podría estar justificada la imposición de una pena a la propia persona jurídica.

Ahora bien, ¿responde el oficial de cumplimiento de una empresa por los delitos o por ciertos delitos que cometan los trabajadores, los directivos o los administradores?

5. La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento

El oficial de cumplimiento puede responder en calidad de autor o de partícipe.

En el primer supuesto, lo hará si tenía al respecto una posición de garantía y si su actitud subjetiva se corresponde con la exigida por el correspondiente delito: si omitió dolosamente, si el delito es de exclusiva comisión dolosa. Si su omisión fue descuidada en el supuesto de que se sancione la comisión impruden-

⁸² GALLEGO SOLER, 220. Sobre cuestiones básicas de este tipo de investigaciones, MOOSMAYER, “Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales”, 137 y ss., poniendo de relieve (p. 138) cómo estas investigaciones “deben ser justas, eficientes y profesionales”. Sobre la necesidad de regular estas investigaciones internas en el marco de los programas de cumplimiento, MONTIEL, “Autolimpieza empresarial: *Compliance Programs*, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales”, 225 *in fine* y ss. Sobre las ventajas procesales de este tipo de investigaciones, NIETO MARTIN, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, 47.

te. Para ostentar tal posición de garantía será necesario que se trate de un delegado de la empresa en relación con un deber de garantía de la empresa.

Si el oficial no es garante, porque no lo sea la empresa en relación con el delito de que se trate o porque no sea un delegado, nuestro oficial podrá aun responder penalmente a título de partícipe por un delito de empresa, si la infracción de sus deberes –de no garantía- facilitó la comisión del delito. Esta responsabilidad exigirá dolo en el oficial y que el delito no se haya ya consumado cuando se produjo la comisión facilitadora.⁸³

6. La responsabilidad penal por omisión en la empresa

i. La imputación objetiva de resultados a omisiones

En este acápite, voy a intentar desarrollar, conforme el criterio de algunos autores⁸⁴, los requisitos para imputar resultados a conductas omisivas. Según Lascaurín Sánchez, se trata de ver las cosas a través de un espejo. De la causación de un resultado a través de un curso de riesgo no permitido que se concreta en el resultado pasamos a una posible e indebida falta de contención de un curso de riesgo que se acaba concretando en el resultado: el socorrista que no salva al niño que se ahoga, podía y debía especialmente haber evitado que ese riesgo para la vida del niño concluyera en su muerte. Es indebida sólo si el deber que se incumple no es cualquier deber sino lo que se denomina un deber de garantía.

⁸³ LASCAURÍN SÀNCHEZ, 325-326.

⁸⁴ Idem, 304 y ss.

Lo que tenemos que definir es a quien se atribuye esos deberes y por qué razones. Tanto como para anudar a su incumplimiento la imputación de un resultado que no ha generado el sujeto activo sino que únicamente no lo ha evitado. Esta trascendencia penal llama al rigor y a la restricción en la atribución de deberes de garantía.

Según Lascaurín Sánchez⁸⁵, la tesis que le parece más razonable es la que parte, como en la imputación a los comportamientos activos, del ejercicio de la libertad como presupuesto de la responsabilidad. Así, la asignación de los deberes de garantía solo puede entenderse como coste del disfrute previo de la autonomía personal, y ello sucede en tres grupos de supuestos:

1. cuando se mantienen fuentes de riesgo como propias en el propio ámbito;

2. cuando uno se injiere en la autonomía ajena con un curso de riesgo, como quien atropella imprudentemente a otro y consciente del grave peligro de que muera si no lo lleva al hospital y;

3. cuando se asume una facultad de autoprotección de otro o un deber de garantía que otro le delegue.

ii. Mantenimiento como propia de una fuente de riesgo, creación de riesgo y delegación

Más allá de estos deberes de garantía derivados del ejercicio previo de la autonomía personal, no hay campo de legitimación para nuevos deberes, salvo

⁸⁵

Ibid.

para determinados deberes institucionales por la peculiar vía distributiva que supone el Estado, que se encarga —y lo hace por cierto delegando en sus funcionarios—, por ejemplo, de la atención de menores desamparados o de la defensa de la colectividad frente a los ataques externos o provenientes de la naturaleza.

La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento por los delitos que cometen los que incumplen la legalidad. Esa responsabilidad por omisión no provendrá del dominio de una fuente de riesgo o de la injerencia, circunstancias ambas predicables por el emprendedor, titular de la empresa. El oficial de cumplimiento no es el dueño de la empresa, ni la ha iniciado, ni genera como tal dueño cursos de riesgo. En la clasificación de fuentes del deber de garantía no podrá ser garante por dominio de una fuente de riesgo o por injerencia. Sólo podrá ser garante por delegación. Y la delegación, como veremos, habrá de proceder de un delegante que sea garante.

Vamos a detenernos en dos cuestiones: en el mecanismo de delegación como fuentes de deberes de garantía y en el alcance de los deberes de garantía del empresario.

a. La delegación como fuente de deberes de garantía

Un sujeto adquiere una posición de garantía si asume libremente la que le delega quien la tenga originariamente. Ahora, siguiendo a Lascaurín Sánchez vamos a ver qué efectos produce la delegación y qué requisitos exige para producirlos.

Con relación al primer punto, puedo decir que la delegación tiene dos efectos principales. No solo el más evidente de generar un deber de seguridad

nuevo en el delegado que la acepta, sino también el de transformar el contenido del deber de seguridad del delegante⁸⁶.

Como de lo que se trata, en realidad, es de transmitir un deber de control sobre un ámbito de riesgo que corresponde al delegante y del que este sigue disfrutando y beneficiándose como propio, lo que se produce entre delegante y delegado es lo que Schünemann denomina “cotitularidad de la custodia”⁸⁷. Resultará entonces que no le pueden ser ajenos los efectos nocivos que su ámbito de dominio pueda producir. Cuestión distinta es la de que pueda prescindir de la carga de control inmediato de la fuente de peligro delegada y que pueda sustituirla por un deber de supervisión del delegado y por un deber de intervención si el delegado no cumple adecuadamente con su deber. Es en esta transformación de su deber en donde reside para él la ventaja de la delegación. Repárese en los inconvenientes que tendría en el ámbito de la empresa el efecto exonerante de la delegación para el delegante: las responsabilidades se acumularían hacia abajo, hacia quienes ocupan los puestos de trabajo más fungibles y tienen menor poder de administración y de diseño de estrategias productivas y de organización.

Lo que debemos evaluar aquí es la medida de ese deber de supervisión o vigilancia. Por un lado, este deber no puede ser de una exigencia tal que convierta la delegación en un dominio mediato que anule así la ventaja intrínseca de

⁸⁶ Se trata, “en definitiva, de una técnica transformadora de las esferas de responsabilidad individual” (MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, Atelier, Barcelona 2008, pág. 85), pues “tiene lugar una mutación del ámbito de competencia”, 88. LASCAURÍN SÁNCHEZ, “Responsabilidad de la empresa y compliance”, 307.

⁸⁷ SCHÜNEMANN, Bernd, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, trad. D. Brückner y Lascaurín Sánchez, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 41 (1988) 537 y ss. *Ibidem*, 308.

multiplicación de éste método y que ahogue las necesidades expansivas de la actividad en determinados ámbitos sociales, como sucede significativamente en la empresa. Por otro lado, su nivel, no puede ser tan bajo que desvanezca en la práctica la posición de garantía del delegante. La precisión de este deber de vigilancia habrá de fijarse en atención al tipo de actividad y a las características personales del delegado. Cuanto mayor sea el riesgo que se pretende controlar y más difícil su control, más intensa habrá de ser la supervisión del delegante.

La supervisión puede ser activa en el sentido de que el delegante-supervisor despliega una determinada estrategia para informarse de cómo observa el delegado las funciones que ha asumido. La supervisión pasiva sitúa la iniciativa informativa en el delegado, limitándose el delegante a recibir tal información o, a lo sumo, a recabarla. En los casos de cadenas de delegación los primeros delegantes suelen limitarse a un control pasivo, normalmente suficiente como ejercicio de alta supervisión.⁸⁸

Veamos ahora los requisitos de este deber de garantía. Su génesis exige esencialmente el ejercicio coordinado de dos esferas de autonomía: un delegante libre y un asumente libre que, por la razón que sea, tienen a bien el organizar así sus vidas. Debe consignarse, además, a partir de la propia lógica de la delegación, que la misma, no será efectiva, y no generará su efecto propio de generación de un nuevo obligado —ni el de transformación del deber del inicialmente obligado— si la cesión no se produce en quien aparece como capaz de desarrollarla y, en su caso, si no va acompañada de la entrega del necesario dominio para el cumplimiento del deber. Delegación libre, asunción libre, selección ade-

⁸⁸

LASCAURÍN SÀNCHEZ, 309.

cuada y dotación de dominio aparecen así como requisitos de este mecanismo de generación de deberes de garantía.

Si un empresario opta por cumplir con el deber de seguridad del que es titular a través de la delegación en otra persona, *habrá de proceder como primera exigencia de operatividad de la misma, a una adecuada selección del delegado*. Sea por una defectuosa selección atribuible al delegante, o sea que se produzca, a pesar de que éste ha adoptado las medidas de diligencia que le eran objetivamente exigibles, la incapacidad del delegado paraliza el mecanismo de la delegación, al faltar un requisito que condiciona la traslación del deber: su cumplimiento formal no impide su carencia material por ausencia de uno de sus presupuestos lógicos. De ahí que el delegante (el empresario) no cumpla ni empiece a cumplir por delegación su deber de seguridad, que permanece con su contenido originario. Si, posteriormente por ignorar las dimensiones de su deber, no interviene inmediatamente, mediatamente o a través de una nueva delegación, habrán de aplicarse las reglas del error para calibrar su responsabilidad.

La delegación solo despliega sus efectos de generación de un nuevo deber, y en su caso, la transformación del deber originario del delegante cuando su cumplimiento resulta posible *a priori*. Los diversos deberes de seguridad que recaen originariamente en la cúspide de la empresa, en la figura del empresario, sólo se delegan inicial y sucesivamente cuando, entre otros requisitos, se produce la dotación del necesario dominio para el cumplimiento del deber, lo que comporta, por de pronto, poder de influencia material y de dirección personal. Aquel poder podrá comprender instrumental, capacidad financiera o facultades de paralización de la actividad peligrosa; las competencias de dirección implican la impartición de directrices y, en su caso, la posibilidad de establecer nuevas delegaciones. Dominio significa también información: el delegado debe recibir la formación e información necesarias para observar la función que de él se pretende y que se referirán a los procesos de riesgo que puedan surgir en el ámbito delegado y a los medios para su control.

No puede haber delegación de aquello que el ordenamiento considere indelegable. Pueden existir determinadas funciones que se desee asociar indisolublemente a determinados cargos y que por ello no admitan la posibilidad de traslado parcial y transformación que supone la delegación. No siempre será fácil interpretar el alcance de la identificación de la función con el cargo: si permite la delegación a la vista de ciertas funciones pero no de la decisión y responsabilidad final⁸⁹.

b. La empresa como garante delegante

El oficial de cumplimiento asumirá un deber de garantía si se inserta en una cadena que parte de la titularidad de la empresa como garante. Ahora veremos de qué es garante la empresa y por qué.

Un emprendedor lo es porque emprende, porque comienza una actividad productiva. Como esa actividad productiva supone riesgos para terceros, quien la inicia será garante de su control, sea por injerencia, por mantenimiento de fuentes de riesgo en su ámbito de dominio, en su círculo de organización. El titular de la empresa es garante porque desata riesgos o porque mantiene como propias fuentes de riesgo. Es más: si como sociedad permitimos que se emprendan actividades peligrosas es desde luego por el principio de libertad de actuación y por la utilidad social de la empresa, pero también porque imponemos al emprendedor severos deberes de control del riesgo: deberes de garante.

Esos deberes comprenden el control de que los empleados de la empresa no cometan delitos en el ejercicio de la actividad empresarial peligrosa, porque esa actividad es actividad de la empresa y para la empresa y porque el empleado

⁸⁹

Idem, 310-312.

actúa bajo la dependencia de la empresa. Lo que sucede es que el emprendedor delega la ejecución peligrosa o el dominio de la fuente de peligro o la protección de un bien y delega a su vez los deberes de control y cuidado anexos a tales ejecución, dominio y protección. Si después no vigila, o no impide una ejecución delictiva, o un descontrol delictivo, o una desprotección delictiva, responderá como garante delegante.⁹⁰

La cuestión ahora, cuya respuesta es menos evidente de lo que podría parecer, es la de cuáles son esos procesos de riesgo que la empresa ha de garantizar: cuándo estamos ante la actividad peligrosa de la empresa que origina deberes de garante que luego se delegan. No parece que el empresario tenga que responder del hurto de la cartera del proveedor que visita la fábrica, pero sí de que el vertido al río sea grave e ilícitamente contaminante.

Se trata, entonces, de delimitar los riesgos imbrincados en la actividad de la empresa, aquellos delitos que puedan entenderse como expresión de la empresa como fuente de peligro en sí misma.

Hero Schall exige las siguientes características: son delitos contra terceros —no contra la empresa misma—, cometidos por su agente en cumplimiento de las funciones que le están encomendadas, con recursos de la empresa, vinculados a los fines de la empresa y en interés de esta. Aclara Dopico Gómez-Aller que tales rasgos no se darán sólo cuando se manejen indebidamente los focos de peligro de la empresa, sino también cuando el daño se refiera a los intereses

⁹⁰ Idem 314. Pues, como afirma Peñaranda Ramos, “la delegación no remite las tareas delegadas a un ámbito de responsabilidad ajeno, pues todas las acciones realizadas en el marco de la empresa son siempre también acciones que se encuadran en el círculo de organización de su titular” (“Autoría y participación en la empresa”, en A.A.V.V. (dir. Serrano Piedecabras y Demetrio Crespo), *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, Colex, Madrid, 2008, 183.

confiados a la propia persona jurídica, como pueden ser el cuidado de un niño o de un objeto depositado. Aquí el riesgo que concreta el delito no es un riesgo de producción o de prestación de un servicio de la empresa, sino un riesgo diferente —normalmente externo—, y fuentes de riesgos, sino a su vez de una delegación del cliente.⁹¹

Concurrirá notoriamente posición de garantía de la empresa en relación con la seguridad de los trabajadores, con el medio ambiente, con los daños que a terceros puedan provocar derrumbes o explosiones, o con el daño que a los consumidores pueda provocar el consumo de alimentos, bebidas o fármacos producidos por aquella.

No todo deber jurídico es un deber de garantía, éste es especial, reforzado, cuya infracción permite la atribución del resultado no evitado y que por estas graves consecuencias en su quiebra debe asignarse selectivamente y con la justificación del ejercicio previo de la libertad del obligado

7. La participación por omisión

Se pueden cometer delitos por omisión y también, la inactividad de alguien puede contribuir al delito de otro. Que se puede ser partícipe por omisión, refleja que éstas pueden tener hasta cuatro significados posibles en términos de responsabilidad penal: el que omite puede ser autor de un delito del que forma parte el resultado no evitado; puede contribuir como partícipe, necesario o no, al

⁹¹ Idem, 315, nota 21 y 22.

delito que comete otro como autor activo u omisivo; puede cometer un delito menor, y puede en fin, no tener responsabilidad alguna.⁹²

Lo que tendría que intentar establecer, es cuándo se participa por omisión. Cuando el que no impide que otro cometa un delito no es ni un mero no impedor de un delito impune o autor de un pequeño delito de omisión de socorro, ni nada menos que otro autor del delito; cuando es un colaborador del autor.⁹³

Se pueden formular dos tipos básicos de supuestos: por un lado, cuando el titular deja que su ámbito de organización sea utilizado por el autor del delito, y por otro lado cuando la omisión es constitutiva de la infracción de un deber cuyo cumplimiento hubiera impedido o dificultado el delito.

En el primer supuesto, cabe afirmar que participamos del delito ajeno no sólo si aportamos nuestros medios al autor para su delito sino también si permitimos que éstos sean utilizados por él. Por cierto: si tales medios son foco de peligro sobre los que se nos atribuye una posición de garantía, su cesión omisiva responderá a ambas tipologías de participación omisiva. Por ejemplo, si lo que sucede es que el armero no entrega un arma, sino que permite que el homicida la tome de su establecimiento. No sólo constituirá la utilización del autor del ámbito del que aquí se convierte en partícipe sino que podrá verse también como la infracción de un deber facilitadora del delito de otro.

⁹² Idem, 321.

⁹³ Ibid. Cuando “el propio ámbito se configura de tal modo que implique que terceros autorresponsables lo conecten con la comisión de un delito”, cuando “la omisión se inserta en un desarrollo que requiere aún de la continuación por parte de otro sujeto para llegar a ser una ejecución típica” (ROBLES PLANAS, *Garantes...*, 62)

En el segundo caso, para la participación omisiva se requiere la infracción de deberes de impedimento u obstaculización, deberes que no necesariamente habrán de ser de garantía.

Piénsese en el supuesto que el que omite es garante que no impide el delito del autor, pero al que no podemos imputar el resultado como autor porque el delito es un delito especial solo cometible por un determinado círculo de autores al que él no pertenece: un extraneus. O puede suceder también que no existe esta razón que le impida ser sujeto activo —delito común o él es un intraneus— pero el delito exige determinados modos de comisión que no son realizables por omisión. O puede suceder, que la realización del hecho típico por omisión no suponga un desvalor suficiente de acción, sólo presente en la comisión activa.

En el ámbito de la empresa se discute, entre otras cuestiones, el supuesto del director financiero encargado de presentar la declaración tributaria de la persona jurídica que omite tal obligación. Sólo será partícipe y no autor, según Lascaurín Sánchez, si se considera que no puede ser sujeto activo del delito: no es el obligado tributario y tampoco es un “administrador de hecho o de derecho de la persona jurídica” o alguien que actúa “en nombre y representación legal o voluntaria de otro”.⁹⁴

Un segundo modo posible de participación por omisión es el del garante cuya pasividad no consista en no contener al autor activo u omisivo del delito, sino en no contener al que va a participar en el delito. Esto podría suceder con el empresario que conscientemente no impide la pasividad investigadora del oficial de cumplimiento en relación con un delito que aún se está cometiendo y respecto al cual el primero no tiene una posición de garantía. En este supuesto cabe pen-

⁹⁴

Idem, 323-324.

sar que el empresario es ya partícipe por la infracción del propio deber de cumplimiento, implícito o explícito en el código de conducta de la empresa.

El tercer supuesto, es aún más relevante. Consiste en que un sujeto que no sea garante incumpla un deber específico de actuación –que no lo sea de garantía- cuya observancia hubiera impedido o dificultado la comisión de un delito por parte de un tercero. Éste podría ser el caso del oficial de cumplimiento que no esté configurado como garante como delegado de seguridad de la empresa, y que omita su función de investigación de un delito en curso.

VI. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: UNA APLICACIÓN AL CASO PRÁCTICO

1. Responsabilidad penal de Juan Carlos (compliance officer)

En primer lugar, a la hora de resolver el presente caso, tengo que mencionar que toda organización supone relaciones de confianza y, al mismo tiempo, en virtud de líneas jerárquicas, exigencias de control y vigilancia de los delegados superiores. La idea de jerarquía en la organización, se refiere, según advierte Montaner, a dos niveles diferentes; uno de tipo estático, que define como dimensión estructural, y otro de tipo dinámico, que considera como dimensión operativa. La verticalidad permite, según los casos, ir hacia arriba o hacia

abajo en la imputación, según la noción de subordinación, que es complementaria de ese principio⁹⁵.

Para la secuencia “hacia arriba” en la atribución de responsabilidad es necesario ponderar quién tiene efectivamente el poder de decisión, quién lo ha ejercido en concreto, de manera que incluso pudieran quedar impunes los ejecutores de propia mano. Cuando se mira “hacia abajo” en definitiva lo que se está evaluando es la amplitud de la competencia —autonomía— realmente ejercida por el nivel jerárquico inferior respecto del marco de organización y control superior. Más precisamente, se trata de determinar si a ese empleado, se le han atribuido funciones que, por sus condiciones —de capacidad, instrumental etc.—, suponen la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Esto implica por regla, una actuación imprudente del órgano de dirección⁹⁶.

Podemos decir, entonces, que los delitos empresarios son delitos especiales; es decir, que para su realización requieren una cualidad especial del sujeto activo.

En toda estructura organizada, como es la empresa, hay relaciones verticales y horizontales que rigen su organización. Hay también estándares, roles y competencia y, por lo tanto, a la hora de analizar la responsabilidad de cada sujeto, éstas deben estar bien delimitadas para así saber qué de qué y hasta donde podemos responsabilizar a cada uno.

⁹⁵ YACOBUCI, Guillermo. “*Modelos de atribución de responsabilidad en la empresa*”, en, Guillermo YACOBUCI *Derecho Penal empresario*”, Montevideo – Buenos Aires , BdeF, 2010, 30

⁹⁶ Idem, 30.

El primer factor a tener en cuenta en la empresa es el del riesgo creado, la empresa no puede ser generadora de un riesgo no permitido. Si es deficiente o no responde a los estándares mínimos, van a responder “los de arriba”, los que estaban a cargo del armado empresario. Porque si ud. debe organizarse de una determinada manera, si ud. viola esa organización, pues entonces debe responder.

Quien delega, transfiere un ámbito de competencias que supone facultades operativas y, al mismo tiempo, deberes de gestión. El criterio básico es que el delegante traslada, por principio, al delegado aquellas competencias que son necesarias para el cumplimiento de su operatoria. Este supuesto es el que hace coincidir la delegación de competencias con la delegación de funciones e implica que el garante es, en definitiva, el delegado, conforme a la extensión de las gestiones otorgadas a través de la transferencia. Es una verdadera descarga de responsabilidad⁹⁷.

El delegante, tiene un ámbito residual de competencias, respecto del delegado. En ese contexto, ha de evaluarse la provisión de medios, instrumentos o informaciones que sean necesarias para el cumplimiento de las funciones que sean necesarias al delegado.

En el presente caso, podríamos decir que Juan Carlos, en tanto Oficial de Cumplimiento, tenía una función delegada del Directorio de la empresa en relación a los deberes y responsabilidades a su cargo.

Ahora bien, a la hora de evaluar cómo cumplió con sus deberes, en cuanto a responsable de las tareas de control, prevención o detección de delitos y te-

⁹⁷

Ibid.

niendo en cuenta que, asumió los deberes de control de la peligrosidad de la actividad empresarial, y sobre todo, los de supervisión y vigilancia de las tareas de otros, debo adelantar que lo hizo correctamente, por los motivos que desarrollo a continuación.

En primer lugar, cumplió acabadamente con las tareas de capacitación y formación del personal. Esto se refleja, en que advirtió —como consecuencia de las jornadas de capacitación y de la interacción que allí logró con los empleados de dicha área— la necesidad de que se amplíe la planta de operarios que realizaban los controles y mediciones de gas.

En segundo lugar, una vez que advirtió un factor de riesgo para la empresa, lo comunicó de inmediato al Directorio, para que se trate en la asamblea de accionistas, cuestión que se refleja en el orden del día de los temas a tratar.

Es de destacar, que entre los deberes de su posición se pueden contar deberes de promover un ambiente de cumplimiento, el de instar a la empresa a la interrupción de conductas infractoras, tareas relativas a la detección y prevención de delitos, etc. Solo en la medida en que la omisión de tales deberes posibilite, favorezca o facilite la comisión del delito (no descubriéndolo, no alertando de su existencia, etc.), cabrá hablar de una responsabilidad penal por omisión. Esa situación no aconteció en el presente caso, ya que el oficial de cumplimiento recabó, verificó y transmitió a sus delegantes, la necesidad, planteada oportunamente, por los empleados de contar con más personal, a fin de cumplir satisfactoriamente con la demanda de los usuarios —máxime teniendo en cuenta el objeto de la sociedad y la eventual convergencia de situaciones urgentes que no permiten demora alguna—.

Una vez comunicado al Directorio, y cumpliendo de esta manera con el deber de información que tiene, se produce un quiebre, respecto de los deberes y funciones que tenía delegados, ya no es más garante de ellos, sino que esos de-

beres delegados vuelven a ser competencia del Directorio de la empresa (el delegante).

Por estos motivos, entiendo que el Oficial de cumplimiento no debe responder por los hechos que se le imputan por cuanto realizó acabada y diligentemente las funciones y deberes que tenía encomendados, sin poder advertirse de su parte la generación de un riesgo jurídico desaprobado.

2. Responsabilidad penal de "Todo Gas S.A."⁹⁸

En primer lugar, voy a analizar los distintos modelos de atribución de responsabilidad penal de las personas de existencia ideal, para poder así, determinar las consecuencias jurídicas que apareja tomar una posición u otra.

Si me inclinara por el modelo de imputación directa, al ser la conducta delictiva de ciertos sujetos, condición necesaria y suficiente de la responsabilidad de la persona jurídica, puedo decir que "Todo Gas S.A." es penalmente responsable por la muerte de quince personas. Por cuanto, generó riesgos con su actividad y pudiendo evitar las consecuencias dañosas de esa actividad riesgosa, que tiene a su cargo, —contratando más empleados—, no lo hizo.

Por lo tanto, debería responder por la materialización de los riesgos cuando se lesionaren bienes jurídicos. En este modelo, no va a interesar identificar al sujeto penalmente responsable. A, se parte de que las personas con puestos directivos "son" la empresa, sus mentes organizadoras y sus brazos ejecutores y,

⁹⁸ STS del 29 de febrero de 2016, Sala de lo Penal, J.M. Maza Martín (2016) n° 154/2016.
STS del 16 de marzo de 2016, Sala de lo Penal, M.M. Gómez (2016) n° 221/2016-

por lo tanto, sus conductas le vinculan directamente⁹⁹. La conducta del sujeto individual —miembros del directorio o socios que votaron en contra— se produjo con ocasión del ejercicio de sus funciones en la empresa y en beneficio de ésta.

Es así que este sistema, como se explicó oportunamente, peca por defecto y por exceso. Por defecto, porque exigen la comprobación de que una persona física con poder de dirección ha cometido efectivamente el delito (en algunos casos se dice que exige su condena, lo que excluiría la RPPJ incluso cuando la falta de condena se produce por un motivo tan alejado de la persona jurídica como la muerte del sujeto en cuestión). Por exceso, porque una vez acreditada la responsabilidad de la persona física ésta se imputa sin solución de continuidad a la persona jurídica, lo que en ocasiones puede significar una infracción del principio de responsabilidad subjetiva.¹⁰⁰

Si me inclinara por un modelo de responsabilidad por defecto organizativo, la conducta delictiva de ciertos sujetos es condición necesaria pero todavía no suficiente de la responsabilidad de la persona jurídica. Ésta debe ser consecuencia de la defectuosa organización o gestión de la empresa.

En el caso concreto, entiendo que es consecuencia de la defectuosa gestión en cuanto al riesgo que implica conociendo —como consecuencia de la advertencia del oficial de cumplimiento— la necesidad de contratar más operarios, no hacerlo, por esperar la reacción de los mercados luego de las cercanas elecciones. Ello sumado, al delicado objeto de la sociedad como es la provisión, suministro y control del gas.

⁹⁹ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo, “Ni caástrofe, ni panacea: la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Boletín de estudios económicos*, Vol. LXIX, N° 211 (2014), 95-121.

¹⁰⁰ Idem, 104.

A mi entender, debieron haber extremado los recaudos, para evitar que existiera un riesgo, aunque sea mínimo, de no poder cubrir la demanda de los usuarios, concretamente, cuando se requiriera algún tipo de control y/o asesoramiento frente a una posible pérdida de gas, de alguna casa de familia, edificio o local comercial. Quizás pudieron haber organizado una mejor división de turnos de trabajo entre los empleados o preveer que no se ausentaran el mismo día dos o más operarios. Es decir, que conociendo el escaso personal con que contaba la empresa, una mejor distribución de las tareas o de los horarios de trabajo, pudieron haber logrado atender mejor las demandas de los usuarios.

En éste modelo, debe haber un riesgo jurídicamente desaprobado, que se manifieste en un resultado, basta con que la infracción pueda ser imputada a una persona física, aunque no esté identificada, para que la persona jurídica sea condenada. Aquí se podría imputar a los miembros del directorio o socios que votaron en contra, en la reunión asamblearia., porque como consecuencia de ésta, se decidió no contratar el nuevo personal que necesitaban, pudiendo así, satisfacer acabadamente con la demanda de los usuarios, sin riesgo de no concurrir, por falta de personal.

Lo que interesa, en este modelo es demostrar un defecto organizativo en la sociedad, sin que sea necesario identificar al sujeto que lo materializó o aunque no se pueda llevar a cabo un proceso penal contra él, por ejemplo porque falleció. En este caso, se podría endilgar que, estando el Directorio de la empresa conforme lo informado por su Oficial de Cumplimiento-, en conocimiento de la concreta y real necesidad de ampliar la planta de operarios y de las posibles consecuencias que pudieran acaecer ante la negativa, no se organizó de manera adecuada, no puso los medios suficientes o correspondientes, para evitar el evento dañoso, como es este caso, la explosión de un edificio junto con la muerte de quince personas y otras tantas heridas.

No nos va a interesar quién tomó la decisión, sino que bastará, para poder endilgar responsabilidad penal a la persona jurídica, acreditar que no se organizó debidamente y que esa falta de organización tuvo como consecuencia la lesión a un bien jurídico.

Ahora bien, si tuviera que aplicar el proyecto de reforma del Código Penal Argentino, tendría que decir, en primer lugar, que presenta un marcado modelo de responsabilidad objetiva, como se puede ver en la redacción del inciso primero, ya que hace responsable a la persona jurídica por los delitos cometidos por sus órganos o representantes, que actúen en beneficio o interés de ella.

Por un lado, establece una responsabilidad absoluta que casi no permite eximentes, salvo los de la última parte del inciso primero (cuando el órgano o representante actúe en provecho propio y no genere beneficio alguno para la persona jurídica). Por otro lado, en el inciso tercero, prevé una responsabilidad penal de la persona jurídica, aún cuando ella no se beneficiare, si la comisión del delito hubiese sido por un defecto en su organización o dirección; esto es, un modelo de responsabilidad por defecto organizativo de la persona jurídica que facilitó o propició el delito.

En el caso de “Todo Gas S.A.”, entiendo que se le aplicaría el inciso tercero, por cuanto, si bien la empresa no se benefició directamente de la contratación del personal, creo que peca por defecto en cuanto a su organización y/o dirección, ya que toma una mala decisión en la gestión empresarial al no medir las consecuencias reales que tiene el no contar con la cantidad de empleados necesarios, tanto más cuanto, el incumplimiento en los requerimientos de los usuarios, tuvo como consecuencia la explosión de un edificio, que no hubiera ocurrido si hubieran contado con el personal suficiente para poder cumplir en tiempo razonables los controles que les pedían.

VII. CONCLUSIONES

Para concluir y luego de haber presentado las notas más salientes de las cuestiones en torno al debate doctrinario actual respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, su reflejo en los diversos proyectos de reforma del Código Penal y el tan imbrincado tema de los Oficiales de Cumplimiento, puedo decir, que la identificación de autores o cómplices de un delito empresario se rige por criterios, estándares y principios que otorgan significado a los aportes empíricos de los sujetos en el intercambio de bienes y servicios o en el cumplimiento de funciones.

Asimismo, la actividad empresaria responde a criterios de normativización, que son el marco de referencia a la hora de discernir la imputación de responsabilidad penal y a un riesgo ínsito que le es propio, que incluye desde los deberes reputacionales hasta el álea propia de los mercados o los cambios políticos que se pueden dar en un país.

Luego de haber analizado los distintos modelos de responsabilidad penal, me atrevo a decir que es difícil optar por uno u otro, pero creo que me inclino por un modelo en el que se tenga en cuenta, el aspecto subjetivo. Un modelo de responsabilidad directa, podría resultar muchas veces arbitrario, porque la empresa tendría que responder, quizás con multas millonarias, por delitos cometidos en su seno, aún cuando su Compliance Officer o miembros del directorio hayan cumplido con diligencia los deberes y responsabilidades que tienen respecto de la sociedad.

Respecto de las sanciones que se les podrían aplicar, en especial su naturaleza –penal o administrativa-, o sanciones accesorias, me parece que es una discusión doctrinaria de esas en las que es muy difícil por no decir imposible, que exista un acuerdo, al menos en nuestro país. Por lo que, no nos debería interesar tanto su naturaleza, ni la discusión dogmática respecto de si es posible

que las personas jurídicas puedan delinquir o no, sino que éstas adopten todos los medios a su alcance para no verse alcanzadas por ella.

Creo que es una exigencia de política criminal actual, de los tiempos que estamos viviendo y de las formas de delinquir que se nos presentan en el diario ejercicio de la profesión.

Asimismo, considero que la inclusión en nuestra legislación, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (más allá de la establecida en la ley penal tributaria y en el lavado de dinero –art. 304 C.P.-), es necesaria ya que es hora de que en nuestro país, las empresas se comporten, siguiendo un código de cumplimiento o de ética cuidando de ésta manera el impacto comercial, social y sobre todo reputacional, que podrían generar los hechos delictivos que se materialicen en el seno de sus estructuras.

Por otro lado, creo que la reforma debería estar hecha, teniendo en cuenta la enorme responsabilidad penal que tienen los Oficiales de Cumplimiento, garantizándoles en la medida de lo razonable, las condiciones para que puedan ejercer su labor. De lo contrario, nadie se animaría a ocupar estos puestos. Por esto mismo, luego de haber estudiado las funciones y responsabilidades que tienen a su cargo, me atrevo a decir que quienes ocupen el lugar de Oficial de Cumplimiento en una empresa, deberían tener como prioridad la confección de un manual de cumplimiento ajustado a las características propias de la organización, por un lado, y por otro, su regular actualización y capacitación de los empleados al respecto.

Por último, considero que puede ser una acertada técnica legislativa la establecida en el art. 31 bis del C.P. español, en lo que respecta a que el responsable físico del delito cometido en una estructura empresaria, no sea individualizado, ya que hace que se incentive a la empresa a determinar la identidad del autor, y de esta manera refleja su buena organización para detectar delitos y despeja las dudas sobre su posible falta de interés en prevenirlos.

BIBLIOGRAFÍA

Anteproyecto de Código Penal de la Nación, *Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica*. Primera edición, marzo de 2014.

BACIGALUPO, Silvina, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Hamurabi, Buenos Aires, (2001).

GALLEGO SOLER, José Ignacio, “Criminal Compliance y Proceso Penal: reflexiones iniciales”, en Santiago MIR PUIG – Mirentxu CORCOY BIDASOLO – Víctor GÓMEZ MARTÍN *Responsabilidad de la empresa y compliance*, Montevideo – Buenos Aires BdeF, 2014, 195-229

GARCÍA CAVERO, Percy, “La persona jurídica como sujeto penalmente responsable” en Guillermo J. YACOBUCCI *Derecho Penal Empresario*, Montevideo – Uruguay BdeF, 2010, 61-88

LASCAURÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “Salvar al oficial Ryan (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)”, en *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, Montevideo – Buenos Aires BdeF, 2014, 301-335

MIR PUIG, Santiago, “Las nuevas “penas” para personas jurídicas: una clase de “penas” sin culpabilidad”, en Santiago MIR PUIG, Mirentxu CORCOY BIDASOLO, Víctor GÓMEZ MARTÍN, *Responsabilidad de la empresa y compliance*, Montevideo – Buenos Aires ed BdeF., 2014, 3-14.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 9na. edición, Montevideo-Buenos Aires (2012)

MIR PUIG, Santiago, “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Crimino*

logía, 2004, n° 01-06,9. En línea: <http://criminet.ugr.es> última consulta: 27/06/2016

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo, “Ahora sí: Hispanica societas delinquere potest”, en Daniel Roberto PASTOR, *Problemas actuales de la parte especial del derecho penal*, Buenos Aires, *ad-hoc*, (2011) 473-508

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo, “Ni caástrofe, ni panacea: la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Boletín de estudios económicos* Vol. LXIX, N° 211 (2014) 95-121.

ROBLES PLANAS, Ricardo. ¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austríaca de las agrupaciones por hechos delictivos? *InDret* 2/2006, 1-12

RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan María, *La responsabilidad penal en el ámbito de estructuras empresariales. Teoría de la imputación personal y corporativa*. Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Buenos Aires, 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, trad. D. Brückner y Lascaurín Sánchez, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 41 (1988) 529-558.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español”, en Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, Montevideo – Uruguay BdeF, 2013, 243-291.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, TEA, Bs. As. 1992, t. I.

YACOBUCCI, Guillermo. “*Modelos de atribución de responsabilidad en la empresa*”, en, Guillermo YACOBUCCI *Derecho Penal empresario*”, Monte video – Buenos Aires, BdeF, 2010, 3-39

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1981, Tomo III.

JURISPRUDENCIA

CSJN, “Fly Maschine S.R.L. s/ recurso extraordinario, Fallos 329:1974 (2006)

STS del 29 de febrero de 2016, Sala de lo Penal, J.M. Maza Martín (2016) n° 154/2016.

STS del 16 de marzo de 2016, Sala de lo Penal, M.M. Gómez (2016) n° 221/1016

APENDICE LEGISLATIVO.

Compliance en Argentina:

Ley 25246: crea la UIF (unidad de información financiera) órgano con autonomía funcional y autarquía financiera, en la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Proyecto de reforma del Código penal Argentino.

TÍTULO IX. SANCIONES A LAS PERSONAS JURÍDICAS.

ARTÍCULO 59° 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.

ARTÍCULO 60° 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.

ARTÍCULO 61º 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 incisos 1º, 2º y 4º del artículo 34º.
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 sólo procederá en el supuesto en que la persona jurídica tuviere como objetivo principal de 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 inciso 1º del artículo 60º, conjuntamente con la multa, no podrán superar el límite señalado en el inciso 4º.

ARTÍCULO 62° Criterios para la determinación de las sanciones

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.