

Problemas de responsabilidad penal de la empresa

José Daniel Cesano¹

Sumario:

Preliminar.

Introducción.

Capítulo primero: Empresa y criminalidad. Conceptos básicos y plan de trabajo.

Capítulo segundo; La persona jurídica y las formas básicas de vinculación con el delito. Capítulo

tercero: Esquema descriptivo de las principales respuestas político-criminales.

Capítulo cuarto: Críticas a los modelos descriptivos.

Capítulo quinto: Una solución posible. Capítulo sexto: Síntesis de conclusiones.

Bibliografía

INTRODUCCION

Al redactar el estudio preliminar de la obra de Filippo Sgubbi, "El delito como riesgo social"², el profesor Julio E. S. Virgolini expresó que: "(...) la subsistencia de un derecho penal cuyos principios eran sólo adecuados a la sanción de conductas individuales se revelaba inadecuado para contener o castigar conductas típicas del mundo de los negocios, que son predominantemente corporativas o colectivas. La vigencia inalterada durante decenios del principio *Societas delinquere non potest* y la persistencia en reclamar componentes individuales (...) como únicos presupuestos del delito contribuyeron, sin duda, a la persistente inmunidad de que gozaron los delitos que, para continuar con la terminología (...) de Sutherland seguiré llamando de cuello blanco."³ Y en seguida, agregaba: "De una manera o de otra, es evidente que la configuración tradicional del derecho penal abarca sólo una parte de la conducta ilícita, o eventualmente dañosa en modo socialmente intolerable que se despliega en una sociedad, y que la restante, caracterizada por ser actuada o actuable por los sectores más aventajados no está comprendida, de hecho o de derecho, en los mecanismos punitivos del Estado. De hecho, en cuanto por diversas razones (prestigio social de los autores, escasa visibilidad y reprobación social de los hechos, articulación de relaciones de poder que obstruyen las investigaciones, barreras de varios tipos a la detección de los delitos, dificultades en la investigación de hechos complejos y en la determinación de responsabilidades individuales en el seno de organizaciones jerárquicas complejas) la persecución penal se torna una empresa larga y difícil. De derecho, por la insuficiencia de los tipos penales involucrados, su inadecuación a la complejidad de nuevas formas de ataque a intereses socialmente relevantes o a la tutela de éstos mismos intereses, o su misma inexistencia frente a hechos de nuevo cuño"⁴

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba – Republica Argentina) . Profesor Invitado de la Cátedra de Derecho Penal I (Parte General) en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.-

² Edit. Ábaco, Bs As., 1998.

³ Estudio preliminar, op. cit. nota anterior, pág. 33.

⁴ Op cit. nota anterior, págs. 33-34.

El reconocimiento de esta realidad ha llevado, en grado creciente, a elaborar distintas propuestas político - criminales que, previo calificar como obstáculo a los presupuestos tradicionales de la imputación jurídico- penal, proclaman la necesidad de prescindir de aquéllos⁵.

Las manifestaciones de este fenómeno son múltiples. Sin embargo, la literatura especializada remarca, sobre todo, dos: por una parte, el abuso en la utilización de tipos penales de peligro abstracto que ha caracterizado a la técnica legislativa del moderno derecho penal económico⁶ y, de otra, los intentos (que en muchos sistemas jurídicos ya han alcanzado concretización) de construir modelos de responsabilidad penal para las personas jurídicas.

En esta oportunidad sólo nos ocuparemos del segundo de los aspectos señalados.

Empero, y antes de iniciar el tratamiento, permítasenos la siguiente reflexión. Creemos que esta orientación (que en la doctrina penal nacional más reciente cuenta con muy calificados adeptos)⁷ no puede ser aceptada sin someterla, previamente a un análisis de compatibilidad con los principios constitucionales que enmarcan la actividad penal del Estado.

Adelantándonos a la respuesta, debemos decir que tal análisis - que importa, entre otros aspectos, una rigurosa confrontación con el principio de responsabilidad penal personal - no podrá salir airoso.

Sin embargo, ésta comprobación, no tiene porqué alarmarnos demasiado. Ello así por cuanto, las construcciones sistemáticas que pretenden éstas nuevas orientaciones, son más bien el resultado de un exasperado pragmatismo eficientista que pretende sustituir el viejo principio de

⁵ Cfr. Winfried Hassemer - Francisco Muñoz Conde, La responsabilidad por el producto en Derecho Penal, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 1995, Pags, 34- 35.

⁶ Como ejemplo de lo dicho puede observarse la proliferación de tipos de peligro abstracto en la ley 23 771 (hoy derogada). La nueva ley penal tributaria 24769, afortunadamente ha dejado de utilizar estas figuras como técnica de tipificación predominante ; tendencia que , sin embargo, no debe entenderse como un abandono total de tipos penales de estas características (vid., en este sentido, el art. 4º). Cfr. al respecto Marcelo Alfredo Riquert, Cuestiones de Derecho Penal y Procesal Penal Tributario, Edit. Ediar, Bs. As., 1999 págs 40 y ss. La bibliografía crítica respecto a la utilización de tipos de peligro abstracto es , en la actualidad, muy abundante. Cfr., por todos, el estudio de Félix Herzog, "Límites al control penal de los riesgos sociales (una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro)", anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, Enero- Abril 1993 págs. 317 y ss.

⁷ Son muy destacables, al respecto, los desarrollos del Profesor David Baigún. Cfr, en este sentido, los siguientes trabajos del autor : "la responsabilidad penal de las personas jurídicas : polémica conocida pero no resuelta" (En : AA. VV. , La responsabilidad, libro homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg, Bs. As., Abeledo Perrot, 1995) ; "Naturaleza de la acción institucional en el sistema de la doble imputación. Responsabilidad penal de las personas jurídicas" (En : AA.VV, De las penas , libro homenaje al Profesor Isidoro De Benedetti, Bs. As. Depalma, 1997) ; " La tipicidad en el sistema de la responsabilidad de las personas jurídicas, denominado doble imputación" (En : Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Nueva Serie, Nº1, 1995, Edición homenaje a Ricardo C. Nuñez, U.N.C , Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Marcos Lerner Editora Córdoba) y, recientemente, "La persona jurídica frente al Derecho Penal" (En : AA.VV, Derechos y Garantías en el Siglo XXI, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fé, 1999).

utilidad que ha caracterizado al derecho penal liberal, por "(...) un mero papel simbólico, con exclusiva incidencia sobre la opinión pública y sus sensaciones de inseguridad"⁸.

Por nuestra parte, creemos que el desafío es otro: el sistema penal propio de un Estado de Derecho debe eliminar, es cierto, hasta la última reserva de impunidad, pero al hacerlo no es lícito que recurra a retorciones persecutorias de naturaleza emotivo - simbólica. En suma: contra desenfrenos de pseudo- eficiencia que, por las particularidades de sus construcciones ocultan diseños iliberales, es necesario proponer un modelo penal de control que respete las prerrogativas del Estado de Derecho.

Es por esto que, "mutatis mutandi", nos parecen muy atinadas las palabras del profesor Sergio Moccia que, como colofón de esta introducción reproducimos: "En una época en que se auguran profundos cambios, en los que no puede dejar de verse graves contradicciones con el espíritu del Estado Social de Derecho, constituye un deber la neta reafirmación de los principios fundamentales, de todos aquéllos principios instaurados como garantía de los derechos del individuo y, con ellos, también el Derecho Penal (...). Este deber va más allá de la mera defensa de postulados de escuela y consiste en asumir una voluntad de resistencia frente a novedades que pretenden encaminarse hacia inquietantes perspectivas"⁹

Capítulo primero

EMPRESA Y CRIMINALIDAD: CONCEPTOS BÁSICOS Y PLAN DEL TRABAJO.

Introducción

Hay coincidencia en la doctrina respecto de que, el denominado derecho penal de la empresa¹⁰, constituye una rama del derecho penal económico¹¹.

Se trata, sin duda, de un universo de análisis que, desde hace ya algunos años, se encuentra en ebullición; de los cual es muestra elocuente los numerosos trabajos de investigación que, en la actualidad, se desarrollan.

⁸ Cfr. Jesús - María Silva Sánchez , perspectivas sobre la política criminal moderna, Edit. Ábaco, Bs. As., 1998 pág 54.

⁹ Cfr. Sergio Moccia, "De la tutela de bienes a la tutela de funciones : entre ilusiones postmodernas y reflejos iliberales", en : J.M. Silva Sánchez (Editor), Política Criminal y nuevo Derecho Penal, libro homenaje a Claus Roxin, J.M.Bosch Editor, Barcelona, 1997, pág 142.

¹⁰ En la literatura jurídico - penal alemana se lo denomina "unternehmensstrafrecht". Sin embargo, en un sentido más global , que no sólo incluye las organizaciones empresariales sino, además, las asociaciones en general, se utiliza la expresión "verbandskriminalität". Al respecto cfr. Percy García Cavero, La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa : criterios de imputación, J.M Bosch Editor, Barcelona, 1999, pág. 61, nota nº 158.

¹¹ Cfr. Juan Terradillos Basoco, derecho Penal de la empresa, Edit. Trotta , Madrid, 1995, pág 11. La doctrina ha enfatizado las graves dificultades que se presentan al momento de tratar de precisar el concepto de derecho penal económico. En términos generales, sin embargo, los autores concuerdan respecto a que este concepto irá "en consonancia con la correspondiente estructura social y grado de evolución económica" del Estado que ha generado sus normas (Cfr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, "Algunas consideraciones político - criminales sobre los delitos societarios", Anuario de derecho penal y Ciencias Penales, Madrid, 1984- III, pág. 678. Igual criterio Jorge De la Rúa, "Los delitos económicos", Doctrina Penal, año 3, 1980 pág 13 y ss.). Sobre la especificidad y cometidos del derecho penal económico, cfr. Esteban Righi, Derecho Penal económico comparado, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1991, págs. 311- 317 y Klaus Tiedemann, Poder económico y delito, Edit. Ariel, Barcelona, 1985, págs. 30- 32.

Este interés se explica a partir del reconocimiento de que la participación de la empresa en el sistema económico la convierte en titular del rol de agente económico¹². En este contexto, precisamente, el orden económico puede resentirse "(...) cuando las actuaciones producidas en el ámbito del mercado empresarial (...), desbordan sus cauces legales y las líneas generales del sistema para adentrarse en prácticas no sólo de riesgo sino evidentemente lesivas en las que se pone de relieve que la utilización abusiva e incorrecta de los mecanismos de financiamiento produce ilícitos beneficios a los que la practican y lesiones o perjuicio a otros componentes de la sociedad o a terceros que con ellas se relacionan"¹³.

II. Concepto de derecho penal de la empresa y ámbitos que comprende.

Sin dejar de reconocer las dificultades que ofrece la delimitación conceptual de esta materia¹⁴, nos inclinamos por el concepto propuesto por Bernd Schünemann. Tal opción se justifica por considerar que, sobre la base de la misma, es posible inferir, con cierta claridad los ámbitos de estudio que comprende el derecho penal de la empresa.

Para Schünemann el concepto de criminalidad de la empresa alude a aquellos "delitos económicos en los que por medio de una actuación para una empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa"¹⁵.

De esta manera, dos son los ámbitos respecto de los cuales puede predicarse el concepto: uno se perfila con la marca de una tendencia centrífuga, por cuanto comprende aquella criminalidad que, surgida en su seno, se proyecta al exterior a partir de la empresa (afectando intereses y bienes de terceros ajenos a ella); la otra, en cambio, podría ser calificada como centrípeta, dado que, aún cuando germina en la estructura societaria, sus efectos se despliegan en contra de la empresa o de los miembros de la misma¹⁶. O dicho en otras palabras, la distinción precedente puede reconducirse a la clásica diferenciación formulada por Schünemann: criminalidad desde la empresa y criminalidad dentro de la empresa¹⁷.

La preocupación del presente trabajo se centra en la primera categoría enunciada ("criminalidad desde la empresa"). Este recorte realizado dentro del universo de análisis no es, por cierto,

¹² Cfr. García Caveró, op. cit. pág. 58. Por cierto que tal participación lo es bajo la adopción de alguna de las diversas figuras societarias que ofrece el derecho mercantil.

¹³ Cfr. Jufresa Patau - Martell Pérez Alcalde, "Los delitos societarios", en : AA.VV, "Delitos societarios, de la receptación y contra la hacienda pública" Edit. Bosch, Barcelona, 1998, págs. 13-14.

¹⁴ Al respecto cfr, Terradillos Basoco, op. cit., págs. 11-16.

¹⁵ Cfr. Bernd Schünemann, "Cuestiones básicas de dogmática jurídico - penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa" Anuario de derecho penal y Ciencias Penales , 1998- II, pág 531.

¹⁶ Realiza esta distinción José De Faría Costa, "La responsabilidad jurídico penal de la empresa y de sus órganos (o una reflexión sobre la alteridad en las personas colectivas a la luz del derecho penal)", en : J.M Silva Sánchez (Edición española) - B. Schünemann- J De Figueiredo Días (Coordinadores), Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal, J.M.Bosch Editor, Barcelona 1995 pág. 429- 430.

¹⁷ Cfr. Schünemann op. y loc. Cit. en nota nº6. Receta también la distinción García Caveró, op. cit. pág 62.

casual. Nuestra actitud se justifica a penas se repare en que es a través de este ámbito por donde, de hecho, con más frecuencia, la delincuencia económica se puede desencadenar¹⁸.

III Plan del trabajo

Aún cuando hallamos acotado el ámbito de nuestro estudio a aquellos casos en donde la criminalidad germina en la empresa y de allí se proyecta al exterior ("criminalidad desde la empresa"), no debe esperarse, sin embargo, que todos los tópicos que constituyen la discusión jurídico - penal en esta materia serán objeto de nuestra consideración.

En este sentido, un somero examen de las preocupaciones evidenciadas por la doctrina, permite observar que, la amplitud de intereses, es bien diversa, comprendiendo temas tales como: la responsabilidad penal de la empresa en sí misma; la responsabilidad penal de sus órganos y representantes, la posición de garantía en la empresa; el incumplimiento de los deberes de vigilancia por parte de los directivos; la responsabilidad penal por la toma de decisiones en órganos colegiados; etc.

En nuestro caso, nos limitaremos a elaborar el primer tópico enunciado en la enumeración precedente; esto es: la posibilidad de concebir una responsabilidad penal de la empresa misma. Para el logro de este cometido entendemos necesario desarrollar los siguientes aspectos: 1º) Las formas básicas en que la empresa (concebida siempre, como persona jurídica), puede vincularse con el delito (Capítulo segundo), 2º) Las distintas orientaciones político - criminales que, partiendo de la necesidad de dar una respuesta de naturaleza penal a las corporaciones, se han cristalizado (o, se encuentran en vía de concretización) en el derecho comparado (Capítulo tercero); 3º) Las críticas a tales orientaciones (Capítulo cuarto) y 4º) Nuestra propuesta de solución al problema planteado (Capítulo Quinto).

Capítulo segundo

LA PERSONA JURÍDICA Y LAS FORMAS BÁSICAS DE VINCULACIÓN CON EL DELITO

I. Una clasificación inicial

Dos son básicamente los grupos de casos en los que se pueden clasificar las posibilidades de conexión de la persona jurídica con el fenómeno delictivo. En efecto, siguiendo a Jaime Malamud Goti¹⁹, podemos advertir la existencia de:

¹⁸ Como se advertirá, la materia de nuestro estudio no coincide, necesariamente, con el concepto de "delito societario". Por tal, se ha entendido, aquellas infracciones que están constituidas "(...) por atentados al regular y ordinario desenvolvimiento de las sociedades, generalmente mediante actos de los órganos sociales, aún de hecho (Cfr. Jorge De la Rúa, Los delitos contra la confianza en los negocios, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1980, pág. 181-182. Para otro concepto, cfr. Enrique Bacigalupo cuestiones penales de la nueva ordenación de las sociedades y aspectos legislativos del Derecho Penal Económico, Edit Astrea, Bs.As 1974, pág. 17). Y decimos que no coincide necesariamente por cuanto, por regla, el concepto de "delito societario" se refiere a actos que afectan internamente a la sociedad. Ello no significa negar que, en algunos casos, los intereses en juego resulten distintos a los de la sociedad. Como muy bien lo puntualiza De la Rúa (Cfr, Los delitos contra la confianza en los negocios, op. cit pág. 182) : "Estos intereses (...) no están necesariamente referidos a los socios (...), pues otras veces alcanzan, aún potencialmente a intereses de terceros en general, como ocurre con el incumplimiento de los deberes registrales que la ley impone en relación a ciertos actos sociales. En este aspecto, se advierte una notoria confluencia con intereses de fe o confianza colectiva, tomadas en su sentido amplio, como ocurre en los casos de falsos asientos (...)"

¹⁹ Cfr. Jaime E. Malamud Goti, Política criminal de la empresa. Cuestiones. Alternativas, Bs. As., Hammurabi, 1983, ps. 31 ss.

1) En primer lugar, un grupo de casos en los que "el uso de la personalidad societaria constituye una modalidad especial de burlar alguna disposición legal"²⁰.

Se trata de hipótesis en las que la creación del ente ideal lo es ex profeso para la actividad delictiva, como ocurriría, por ejemplo, en el supuesto de aquellas corporaciones constituidas "con el propósito principal de evadir obligaciones impositivas u obtener beneficios sobre una base ficticia"²¹.

2) Junto a este grupo encontramos un segundo, que se caracteriza, en cambio, porque la estructura societaria "refleja una organización orientada hacia una actividad permisible como tal y de cuyo ejercicio se derivan una o

varias transgresiones que pueden configurar contravenciones o delitos"²².

Dicho en otros términos: los hechos antisociales propios de este grupo de casos presentan como característica común "haber sido cometidos en el 'escenario' que ofrece una persona jurídica"²³, cuyo objeto societario o actividad desarrollada no resultan ilícitos.

La distinción realizada nos servirá para perfilar con mayor precisión el universo de análisis que ha de presidir este trabajo. Y decimos que sirve para ese cometido porque, como veremos en seguida, según la opinión de los autores ambos grupos de casos exigen, para su tratamiento por parte del ordenamiento jurídico, la adopción de estrategias de muy distinto grado de complejidad que, incluso, han llevado a sostener - ya analizaremos con qué argumentación - la necesidad de construir un sistema de responsabilidad penal del ente ideal diferente de la responsabilidad que les corresponde a las personas individuales que integran los órganos de aquélla.

II. Estrategias

1) Para enfrentar el primer grupo de casos (esto es, sociedades destinadas ex profeso a la actividad delictiva) parece ser suficiente con acudir, por una parte, a los instrumentos jurídico-penales de imputación individual consagrados en la legislación penal común con el objeto de sancionar a los directivos (o, en términos generales, quienes ejerzan la representación) del ente ideal que haya realizado la actividad merecedora de reproche penal²⁴.

Junto a esta medida, también resultará de utilidad para prevenir tales comportamientos las normas de derecho privado, particularmente las previsiones del derecho societario sobre nulidad por objeto o actividad ilícita de la corporación²⁵.

²⁰ Ibid, p. 32.

²¹ Idem

²² Cfr. Malamud Goti, op. cit., ps. 32.

²³ Cfr. Righi, op. cit., p. 217.

²⁴ Ello pues, en estos casos, está bien clara la identificación de la acción del sujeto que genera y provoca el resultado delictivo. Conforme con lo dicho, Malamud Goti, op. cit., p. 32.

²⁵ Cfr. Malamud Goti, op. cit., p. 32. Igual criterio, Baigún, "Naturaleza de la acción institucional en el sistema de la doble imputación. Responsabilidad penal de las personas jurídicas", op. cit., p. 57. Para los aspectos relativos a la utilización, en estos casos, de las normas propias del derecho societario, cfr. Efraín Hugo Richard, "Sociedad con actividad no autorizada y actividad ilícita", e Ignacio Escuti (h.), "Aproximación a la nulidad absoluta en el derecho societario", publicados ambos en AA. VV., Anomalías societarias, Córdoba, Advocatus, 1996, ps. 175/221 y 163/174, respectivamente.

2) La determinación de una estrategia para dar respuesta al segundo grupo de casos ofrece un grado de complejidad mucho mayor. Es que la utilización, para estas hipótesis, de los instrumentos de imputación jurídico-penales convencionales - se afirma - no siempre va a permitir alcanzar soluciones adecuadas²⁶. Como muy bien observa Silva Sánchez: En la empresa "(...) nos hallamos ante una estructura organizada, lo que incide de modo determinante en el planteamiento y la resolución del problema de la autoría criminal. Se trata, en efecto, de una organización formal basada, en el plano horizontal, en el principio de división del trabajo y, en el plano vertical, en el principio de jerarquía. Resultado de todo ello es la conformación de ámbitos de competencia diferenciada, que abarca a su vez, la actuación de diversos sujetos en la escala inmediatamente inferior. Dada una estructura así, se comprende que la conducta puramente ejecutiva - la del empleado de la empresa de quien surge el último acto que, por sí solo o en conjunción con otros, produce el hecho delictivo - no es siempre la más relevante, lo que supone un importante cambio de perspectiva respecto al derecho penal clásico"²⁷.

Por todo esto, un sector relevante de la doctrina contemporánea, partiendo de esta observación, ha llegado a sostener que la pretensión de reprimir los comportamientos delictivos cometidos a través de la actividad societaria mediante el castigo de las personas individuales que integran los órganos de la misma, puede conducir a una opción en donde ambos extremos resulten insatisfactorios; a saber: o la responsabilidad sólo alcanza a los individuos que conforman los eslabones últimos en el proceso de decisiones, o bien la infracción corre el riesgo de quedar impune porque nadie reúne con su conducta los requisitos que se exigen para imponer la sanción penal²⁸.

Malamud Goti, al ocuparse de la cuestión, clasificó las dificultades que, para este grupo de casos, entraña la utilización de sistemas jurídico-penales de imputación individual en dos tipos: a) de carácter procesal, y b) de carácter sustancial²⁹. Y, por su parte, Esteban Righi (quien sigue,

²⁶ Luego veremos en qué medida esto es realmente así.

²⁷ Cfr. J. M. Silva Sánchez, "Responsabilidad Penal de las empresas y de sus órganos en derecho español", publicado en : Silva Sánchez (Edición Española) - B. Schünemann - J. De Figueiredo Dias (Coordinadores), "Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal", J.M. Bosch Editora, Barcelona, 1995, pág. 368-369.

²⁸ Cfr. Malamud Goti, op. cit., p. 33. Terradillos Basoco (op. cit., p. 39) enfatiza, por sobre todo, los riesgos de impunidad, y lo hace en los siguientes términos: "La descentralización de las decisiones, característica organizativa de la empresa actual, comporta el riesgo [...] de convertir la 'organización de la responsabilidad [. . .]' en la organizada irresponsabilidad'. En efecto, se produce un desplazamiento de la responsabilidad hacia los sectores inferiores del organigrama, ya que sólo ellos llevan a cabo por sí mismos la conducta típica. Y este desplazamiento tiene como efecto un notorio menoscabo de la eficacia preventiva de la norma penal, cuyos márgenes de intervención se reducen en un doble sentido: hacia arriba, porque los directores no realizaron el hecho típico; hacia abajo, porque los ejecutores materiales quedarán frecuentemente al abrigo de la condena, dada la confluencia de factores diversos, como son el desconocimiento de las consecuencias de su propio modo de actuación -fruto de la división de trabajo y de la parcelación de la información en la empresa -; la escasa capacidad de resistencia frente a la actitud prodelictiva del grupo por parte de quien, como regla, está obligado a obedecer dentro de una escala jerarquizada; la eficacia autoexculpatoria de quien siempre puede alegar que actúa de un modo altruista en interés de la casa; la alta fungibilidad de los miembros que ocupan las escalas inferiores de la organización, etc."

²⁹ Cfr. Malamud Goti, op. cit., p. 33. Igual criterio, enfatizando particularmente las dificultades procesales, Jesús María Silva Sánchez ("Política criminal y técnica legislativa en materia de

en este aspecto, argumentos tomados del razonamiento de Malamud) definió el alcance de ambos tipos de dificultades en los siguientes términos: "Los criterios de división y delegación del trabajo que rigen una organización empresarial se convierten en causa de impunidad por la seria dificultad que existe para detectar y probar la responsabilidad. La persona jurídica es obviamente una organización destinada a realizar actividades lícitas, en la cual se pueden cometer comportamientos delictivos en el desarrollo de sus operaciones. En estas condiciones resulta difícil imputar a un alto directivo un comportamiento realizado en el seno del organismo y ejecutado por empleados. Lo que se produce es un parcelamiento de la actividad en fragmentos de conducta realizados por diversas personas, siendo normal que a ninguna de ellas se pueda atribuir el hecho ilícito porque no reúne todos los presupuestos de la punibilidad [...] Los inconvenientes trascienden el plano procesal, pudiendo incluso proyectarse a problemas de derecho sustantivo, como sucede, por ejemplo, en los delitos especiales o los que exigen la concurrencia de elementos subjetivos"³⁰.

Los problemas reseñados han conducido a que, desde la perspectiva político-criminal, se elaboren distintas respuestas, que van desde soluciones intermedias que, negando la posibilidad de responsabilizar penalmente a los entes ideales, postulan ora su punibilidad a título contravencional (con lo cual se traslada el problema del ámbito del derecho criminal al del derecho penal administrativo), ora la utilización, a su respecto, de medidas de seguridad, hasta el surgimiento de una fuerte corriente de opinión que propugna, directamente, la consagración de un doble sistema de imputación³¹. La característica de esta última propuesta residiría, esencialmente, "en reconocer la coexistencia de dos vías de imputación cuando se produce un hecho delictivo protagonizado por el ente colectivo; de una parte, la que se dirige a la persona jurídica, como unidad independiente, y de la otra, la atribución tradicional a las personas físicas que integran la persona jurídica. Como lógica consecuencia de esta escisión, la responsabilidad, en los dos casos, se determina obedeciendo a parámetros diferentes: en las personas humanas, mediante la aplicación de la teoría del delito tradicional; en las personas jurídicas, por medio de un nuevo sistema"³².

A la exposición y crítica de las distintas orientaciones político-criminales enunciadas dedicaremos los dos capítulos subsiguientes.

delitos contra el medio ambiente", Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año 3, N° 4 y 5, Bs. As., Ad-Hoc, 1997, p. 142), quien expresa: "Dado que la organización de la empresa adquiere con frecuencia una enorme complejidad puede suceder que, aun constando que 'alguien' en el seno de la misma cometió el delito, resulte imposible determinar quién".

³⁰ Cfr. Righi, op. cit., p. 253.

³¹ João Marcello de Araujo Junior, "Integración Regional y delitos económicos. Societas delinquere potest. Estado actual, legislación y doctrina" (En AA.VV., Teorías actuales en el derecho penal, Bs., As. Editorial Ad Hoc, 1998 pág. 536) identifica cinco modelos de responsabilidad de la persona jurídica: a) responsabilidad civil subsidiaria o acumulativa de la persona jurídica por los crímenes cometidos por sus dependientes; b) imposición de medidas de seguridad; c) aplicación de una sanción administrativa, con carácter de medida "casi penal"; d) "responsabilidad penal verdadera" (alude a la consagración de sistemas de doble imputación), y e) medidas mixtas de carácter civil, administrativo y penal.

³² Cfr. Baigún, "Naturaleza de la acción institucional en el sistema de la doble imputación. Responsabilidad penal de las personas jurídicas", op. cit., ps. 25-26.

Capítulo tercero

ESQUEMA DESCRIPTIVO DE LAS PRINCIPALES RESPUESTAS POLÍTICO CRIMINALES

I. El sistema de doble imputación en el modelo legislativo francés¹

Una de las innovaciones más significativas, aunque no extraña al proceso legislativo francés², del nuevo Código Penal (Ley N° 92 -1336 del 16 de diciembre de 1992)³, está representada por la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Para comenzar, conviene dejar aclarado que las disposiciones que prevén esta forma de responsabilidad alcanzan tanto a la categoría de personas jurídicas de derecho privado (vgr., sociedades civiles o comerciales, fundaciones, etc.)⁴ como a las de derecho público (por ejemplo, sindicatos), excluyéndose, en este último caso, al Estado y a las colectividades territoriales^{5 6}.

¹ No es por cierto éste el único caso que se registra en las legislaciones del ámbito jurídico continental-europeo. En efecto, el artículo 51 (texto según la reforma de 1976) del Código Penal holandés, expresamente prevé la posibilidad de responsabilizar penalmente a las corporaciones. Dicha norma expresa que : “ 1. Los delitos pueden ser cometidos por personas físicas o por personas jurídicas. 2. En el caso de un delito cometido por una persona jurídica, pueden ser perseguidas y sancionadas : 1) la empresa, o 2) la persona que haya realizado el delito, así como la persona que haya favorecido la comisión del mismo, o 3) cualquiera de los sujetos a la vez”. Para el análisis de dicho texto legal cfr Silvina Bacigalupo, “ La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Editorial Bosch, Barcelona, 1998, pág. 322 a 325. Esta posibilidad, por lo demás, ha sido reconocida pacíficamente por los sistemas legislativos pertenecientes al Common Law (así, Gran Bretaña, Estados Unidos, Canadá y Australia). A1 respecto, cfr. Marino Barbero Santos, “ ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas ?” *Doctrina Penal*, año 9, 1986, ps. 401 / 403.

² En efecto, bien dice Pierette Poncela que la responsabilidad penal de las corporaciones ya estuvo presente en el Proyecto "Matter" de 1938, y figuró también en los Proyectos de 1978 y 1983 (este último conocido como Proyecto "Badinter"). Cfr. Pierette Poncela, "Nouveau Code Pénal: Livre I. Dispositions Générales", *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, N° 3, julio-setiembre de 1993, p. 457, nota 2.

³ Vigente a partir del 1 de marzo de 1994.

⁴ Dentro de esta categoría (personas jurídicas de derecho privado) se discute, doctrinariamente, si las "sociedades de hecho" ("Sociétés de fait") pueden ser responsabilizadas. A favor de esta posibilidad, Poncela, op, cit., p. 458. Empero la posición contraria es mayoritaria. Así Jean Pradel, "Le nouveau Code Pénal (Partie Générale)", *Recueil Dalloz, Actualité Legislative Dalloz 1993, Commentaires Législatifs*, p. 163 y ss., expresa : "(...) tout groupement dénué de la personnalité morale ne saurait être poursuivi. Tel est le cas des sociétés créées de fait (...) : ces sociétés ne sont pas immatriculées et donc n'ont pas la personnalité morale". Igual criterio Jean Larguier, *Droit pénal général*, Dalloz, 1995, p. 90. En cambio no existen estas discrepancias al momento de reconocer esa posibilidad (esto es de responsabilizar penalmente) para las personas jurídicas privadas extranjeras establecidas en Francia (Vid. Larguier, op. cit. p.90) Ello es una consecuencia directa "(...) del reconocimiento del principio de territorialidad recogido en el art. 113-2 (del) Nouveau Code Pénal. (En efecto, según dicha norma) se considera que un delito ha sido cometido en Francia, cuando allí se haya realizado un elemento del tipo- la acción o el resultado-. Sin embargo antes de poder proceder contra una persona jurídica extranjera, el juez deberá comprobar si de acuerdo con el derecho extranjero en cuestión se le reconoce a la empresa capacidad jurídica".(Cfr. Silvina Bacigalupo op. cit., p. 327 nota n° 50).

⁵ Según el art. 72 de la Constitución francesa de 1958, las "colectividades territoriales" (unidad básica de la división política territorial) de la República son: los municipios, los departamentos y

Yendo a las características del modelo legislativo, podemos decir que la responsabilidad es: a) acumulativa; b) especial, y c) condicionada⁷.

Decimos que es acumulativa por cuanto la responsabilidad penal del ente ideal no excluye la responsabilidad de las personas físicas a quienes se les atribuye, sea en carácter de autor o de cómplice, el mismo hecho delictivo (art. 121-2).

Es también una responsabilidad especial por cuanto ella debe estar expresamente prevista por el texto de la ley (para el caso de delitos) o reglamento (cuando se trata de contravenciones) que define la infracción. Esto significa, nada menos que: es necesario para poder responsabilizar al ente ideal que, tal posibilidad haya sido prevista en el propio texto que tipifica la infracción delictual o contravencional que se quiere aplicar. Por ello ha dicho Silvina Bacigalupo, atinadamente que el nuevo código no ha regulado "automáticamente" tal responsabilidad "con un carácter general"⁸.

Por fin, se trata de una responsabilidad condicionada a un doble requisito: a) la infracción debe haber sido cometida por un órgano o representante de la persona moral, y b) debe, además, haberlo sido a su cuenta⁹.

Respecto de la primera condición, se ha considerado que, la responsabilidad del ente ideal supone siempre la actuación de un "substrato humano"¹⁰. Y este "substrato" debe ser un "órgano"

los territorios de ultramar. Según el mismo texto constitucional, queda reservada a una ley la creación de cualquier nueva "colectividad" no comprendida entre las enumeradas precedentemente.

⁶ Sin embargo, aun en el caso de colectividades territoriales (vgr., municipios), la responsabilidad penal es factible de extenderse en las hipótesis de actividades que son susceptibles de una delegación de servicios públicos (Silvina Bacigalupo op. cit., p. 328 nota 53, pone el siguiente ejemplo : un municipio puede ser punible por una infracción cometida en el marco de la recogida de basura porque ésta es una actividad que puede ser realizada por otra persona distinta a la administración, ya que no se trata del ejercicio de una potestad administrativa). Sobre este aspecto hay acuerdo. Cfr. al respecto Geneviève Giudicelli - Delage, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, 1994, p. 61; Reynald Ottenhof, "Las tendencias del nuevo Código Penal francés", en AA. VV., *De las penas*, p. 373.

⁷ Conf. con esta caracterización, Poncela, op. cit., p. 457.

⁸ Op. cit., p. 328. Un arrêt de la chambre criminelle (30- 10-1995) ha reconocido, expresamente, esta característica al afirmar que ante la falta de una norma particular que prevea la posibilidad de sancionar al ente ideal, no es posible aplicarle las sanciones establecidas para los infractores de disposiciones estatuidas en el Código del Consumidor. Cfr., sobre dicho fallo Gabriel Roujou de Boubée, "La mise en oeuvre du code Pénal de 1992" *Recueil Dalloz 1996, Chroniques*, p. 371 y ss.

⁹ Se deben dar ambas condiciones. Si bien es cierto que el texto legal (art. 121-2) las separa por una coma (,) (pues dice : "... pour leur compte, par leurs organes ou représentants") lo que podría llevar a pensar que no se trata de condiciones de verificación conjunta, la doctrina se ha encargado de despejar cualquier duda al respecto. En este sentido, es categórico Claude Ducouloux - Favard, "Quatre années de sanctions pénales à l'encontre des personnes morales", *Recueil Dalloz 1998, Chroniques*, p. 395 y ss., al expresar : "(...) la virgule a été lue comme un 'et' et non comme un 'ou'".

¹⁰ En palabras de Pradel (op. cit., supra nota nº4) : "(...) les personnes morales ne sont reponsables que si l'infraction a été commise par un individu : l'action de ce dernier est la condition préalable de la responsabilité de l'être moral, responsabilité qui suppose toujours un

o un "representante" de la persona jurídica. Por "órgano" se entenderá, por ejemplo el consejo de administración, la asamblea general, el consejo de vigilancia o el directorio de una sociedad¹¹. En tanto que, bajo el concepto de "representante" se comprende, Vgr. Un director general o un gerente¹².

El segundo requisito se orienta a que, la concreta actuación de aquel órgano o representante de la persona jurídica se haya realizado con el propósito de obtener un beneficio para la misma.

El modelo legislativo descripto se completa, como una lógica consecuencia de la consagración de esta forma especial de imputación, con la previsión de un sistema de sanciones penales (arts. 131-37 a 131-49) adecuado a esta nueva categoría de sujetos (persona jurídica). Así, se establecen como principales penas las de: multa, disolución de la persona jurídica, colocación de la corporación bajo vigilancia judicial, cierre del establecimiento, prohibición de emisión de cheques o utilización de cartas de pago, confiscación, y publicación de la sentencia condenatoria. Es de advertir, sin embargo, que no todas estas sanciones resultan de aplicación respecto de las dos clases de entes ideales a que nos refiriéramos al inicio de este apartado. En efecto, la pena de disolución y la colocación de la corporación bajo control judicial, no pueden aplicarse - según previsión legal - a las personas jurídicas de derecho público¹³

II. El derecho penal administrativo como respuesta: el modelo legislativo alemán¹⁴

Hay acuerdo entre los autores respecto a que, en el derecho penal común vigente, no es posible la punibilidad de las personas jurídicas. Rige, en suma, el brocardico *Societas delinquere non potest*¹⁵. Se discute, sin embargo, si esta decisión legislativa obedece, científicamente, a un

'substratum humain' (...)"'. Esto, también ha sido reconocido por la doctrina judicial. Así : Cour de Cassation, crim., 2-12-1997, arrêt n° A 96-85.484, Recueil Dalloz 1998, Information rapides, p. 61 : "Il résulte de l'art 121-2 C. Pén. que les personnes morales ne peuvent être déclarées pénalement responsables que s'il est établi qu'une infraction a été commise (...) par leurs organes u représentants (...)".

¹¹ Cfr. Pradel op. cit., supra nota n°4. Igual criterio, Larguier, op. cit., p.91.

¹² Cfr. Pradel op. cit. , supra nota n°4 ; Larguier op. cit., p.91. La doctrina se ha encargado de señalar también que quedan excluidos del concepto de representante el personal subalterno de la empresa. Así Pradel afirma que : "(...) un personne subalterne, un employé ne saurait être considéré comme un représentant de sorte que ses agissements n'engagent pas la personne morale (sauf si elle a obtenu une délégation du patron , selon les conditions de la délégation)".

¹³ Cfr. Larguier, op, cit., p, 104; Poncela, op. cit., p. 463.

¹⁴ Como consecuencia del proceso de reunificación experimentado por Alemania, el derecho penal de la antigua República Democrática ha sido derogado, entrando en vigencia en su lugar (en virtud del Tratado de Unificación del 31 de agosto de 1990) la legislación de la ex República Federal (cfr. Hans Heinrich Jescheck, Tratado de derecho penal. Parte general, Granada, Comares, 1993, p. IX). De allí que las referencias que se hacen en el texto aluden al Código Penal (StGB) (en vigencia desde el 1 de enero de 1975 y con las sucesivas reformas producidas), y a la Ley de Infracciones Administrativas (OWIG), en vigencia desde 1968 (con las modificaciones introducidas en 1986), ambos de la ex República Federal.

¹⁵ Cfr. Jescheck, op. cit., p. 204. Igual criterio, Günter Jakobs, Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 182. Así mismo cfr. Hans Achenbach, "Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho Alemán", publicado en J.M. Silva Sánchez (Edición española) - B. Schünemann- J. De Figueiredo Dias (coordinadores), "Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal", José María Bosch Editor, Barcelona 1995, p. 390.

reconocimiento de la incapacidad de los entes ideales para actuar o para ser culpables. En rigor, y dejando de lado aquellas opiniones que, de lege ferenda, se muestran contrarias (para estos casos) a la no previsión de castigo¹⁶, en términos generales la doctrina mayoritaria se ha inclinado por negarles capacidad de acción¹⁷.

Es importante dejar en claro, sin embargo, como una preocupación puesta de manifiesto por el común de los autores, que el apartado 1 del párrafo 14 del StGB, en modo alguno establece una excepción al principio general de la irresponsabilidad penal de las personas ideales. En efecto, tal precepto¹⁸(18), en palabras de Maurach, no "[...] funda la posibilidad de un delito corporativo. Aquí se trata, en realidad, de un caso de 'calidad fingida de autor'; al autor natural no calificado de un delito especial le son atribuidas, bajo determinados presupuestos, calificaciones que debe reunir la asociación representada por el. Con ello simplemente se extiende el círculo de los autores naturales idóneos, pero la amenaza penal no afecta a la asociación como tal"¹⁹(19).

¹⁶ En efecto, tanto Jakobs como Baumann no encuentran motivos científicos para excluir a los entes ideales del ámbito de la responsabilidad penal. Para Baumann no parece haber dificultades para atribuirle a la persona jurídica capacidad de acción y culpabilidad. Así, en relación con el primer aspecto (capacidad de acción), expresa: "En el derecho civil no existe al respecto ninguna duda. Tampoco deberían existir reparos, a mi entender, en el derecho penal [. . .] Es el derecho el que en forma soberana determina a quién debe atribuirse una conducta jurídicamente relevante, y no se comprende por qué razón una persona jurídica capaz de celebrar contratos no puede también celebrar contratos engañosos o usurarios". Por su parte, al referirse a la capacidad de culpabilidad, el autor no fue menos categórico: "El derecho determina en forma soberana a sus destinatarios y está también en condiciones, por consiguiente, de establecer normas para las personas jurídicas que éstas deben respetar (a través de sus organismos). El derecho dice quién es el punto final de imputación de una conducta y quién debe hacerse responsable de una conducta contraria a las normas. La culpabilidad moral sólo puede existir en el organismo y la culpabilidad en sentido jurídico también en la persona jurídica" (cfr. Derecho penal. Fundamentos y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos, Bs. As., Depalma, 1981, ps. 116 y 220-221, respectivamente). Para la opinión de Jakobs, cfr. op. cit., ps. 182/184.

¹⁷ Son de esta opinión: Claus Roxin, Derecho penal. Parte general, t. I, Madrid, Civitas, 1997, ps. 258-259; Johannes Wessels, Derecho penal. Parte general, Bs. As., Depalma, 1980, p. 27; Winfried Hassemer, Fundamentos de derecho penal, Barcelona, Bosch, 1984, p. 257; Reinhart Maurach - Karl Heinz Gössel - Heinz Zipf, Derecho penal. Parte general, vol. I, Bs. As., Astrea, 1995, p. 238. Jescheck (op. cit., p. 205), si bien le niega capacidad de acción, refiere igualmente que: "[...] respecto a ellas [personas jurídicas] carece de sentido la desaprobación ético-social que subyace en la pena, pues sólo contra personas individuales responsables cabe formular un reproche de culpabilidad [...]".

¹⁸ Dicho texto consagra una solución para el que, en el marco de los delitos especiales, actúa en representación de la persona jurídica. El párrafo 14 dispone, en su apartado primero, que: "El agente puede actuar: 1) como órgano legalmente representativo de una persona jurídica o como miembro de dicho órgano; 2) en carácter de representante legítimo de sociedades comerciales, y 3) en su condición de representante legal de otra persona. En todos estos casos, la ley que funde la punibilidad en cualidades, circunstancias o relaciones personales especiales (especiales características personales), se aplicará incluso al representante, aun cuando tales características no se den en su persona sino en la del representado"(cfr. Julio César Espínola, Código Penal alemán. Parte general, Bs. As., Depalma, 1976).

¹⁹ Cfr. Maurach - Gössel - Zipf, op. cit., vol. I, p. 239.

Empero, y aun cuando en el ámbito del derecho común se rechace esa posibilidad (de responsabilizar penalmente a los entes ideales), lo cierto es que el modelo legislativo alemán se ha caracterizado por prever, desde hace tiempo, sanciones de naturaleza penal - administrativa contra la persona jurídica²⁰. En efecto, la responsabilidad de las sociedades responde, en Alemania, a un sistema estructurado a modo de parte general en el Código Contravencional Federal (OWIG). "Los principios allí sentados constituyen los presupuestos que rigen la responsabilidad contravencional de las personas colectivas por los hechos de sus agentes, ya sea que estos hechos importen delitos o faltas de cualquier tipo"²¹. Ello surge, claramente, sobre todo a partir de lo estatuido por el parágrafo 30 del citado cuerpo legal²². Dicha norma permite, en todo caso la imposición de verdaderas consecuencias principales de carácter sancionador a la empresa como tal, en forma de multas contravencionales ("Geldbusse")²³. De esta manera, podrá imponerse una multa a las personas jurídicas o uniones personales cuando sus órganos o representantes lesionen mediante la realización de comportamientos delictivos o contravencionales deberes de la empresa relacionados con ella o cuando han obtenido o intentado su enriquecimiento.

Siguiendo a Achenbach²⁴, podemos caracterizar el sistema establecido a partir del parágrafo 30 de la OWIG, de la siguiente manera:

La imposición de una "geldbusse" a la empresa exige, como hecho vinculante un delito o una contravención cometidos por una persona física plenamente imputable.

El círculo de autores que han cometido el hecho que sirve de referencia para imponer la multa a la persona jurídica se encuentra, de acuerdo con el derecho vigente, limitado generalmente a los órganos que están autorizados para la representación; esto es: a los miembros de tales órganos y a la personas que han sido facultadas para representar al ente ideal²⁵.

El hecho que sirve de conexión debe o bien haber vulnerado deberes que incumben a la persona jurídica o asociación o bien debe haber producido o perseguido el enriquecimiento de la empresa.

²⁰ Cfr. Jescheck, op. cit., p. 205. De la misma opinión es Achenbach, op. cit. p.393 : " La regulación alemana de la responsabilidad penal de la empresa se caracteriza por constituir un sistema que incluye mecanismos sancionatorios que van más allá del derecho criminal y tienden al derecho de contravenciones".

²¹ Cfr. Jaime Malamud Goti, "Las penalidades a sociedades y sus directivos por el hecho del agente (dos modelos del derecho comparado: la República Federal Alemana y los Estados Unidos)", Doctrina Penal, año 3, 1980, p. 555 (trabajo reproducido con mínimas variantes en Política criminal de la empresa, Parte II, capítulos Ix y x).

²² El panorama de previsiones que rige este aspecto se completa con los parágrafos 9 y 130 de la OWIG. El parágrafo 9 es equivalente a lo preceptuado por el parágrafo 14 del StGB; por su parte, el parágrafo 130 crea el deber de vigilancia que da origen a un tipo contravencional de omisión propia.

²³ La "geldbusse" ha sido diferenciada siempre de la " Geldstrafe" o multa penal. La primera corresponde al ámbito de derecho contravencional, la segunda a la esfera del derecho penal propiamente dicho. Sobre la estructura normativa de la "Geldstrafe" que establece el StGB , cfr. nuestro estudio : " La multa como sanción del Derecho Penal común : realidades y perspectivas", Edit. Alveroni, Córdoba, 1995 p.195 a 203.

²⁴ Op. cit., p. 391 a 393

²⁵ Es decir : " (...) dicho círculo está circunscripto a los niveles más altos de la dirección. No se prevé en modo alguno una responsabilidad sustitutoria (...)" (Cfr. Achenbach, op. cit., p.392).

Por fin, digamos que, según el procedimiento que se siga en la imposición de la "Geldbusse", debe distinguirse entre:

d.1: La llamada multa asociacional cumulativa, que se impone en un proceso único al autor del hecho que sirve de referencia y a la asociación de personas (parágrafo 30. I OWIG) y

d.2: La denominada multa asociacional aislada que, de conformidad al párrafo IV del parágrafo 30 de la OWIG, se impondrá en un proceso independiente a la empresa, siempre que no se haya incoado un proceso penal o un proceso contravencional contra el autor del hecho vinculante o, aún cuando se lo incoara, si el tribunal hubiese suspendido la imposición de la pena.

III. La imposición de medidas de seguridad como respuesta: la propuesta de la doctrina española y su proyección de lege ferenda

En forma semejante a lo descrito para la legislación penal común alemana, el Código español no prevé la posibilidad de responsabilizar a la persona jurídica. También, en este caso, la doctrina - en forma preponderante - funda científicamente esta postura en la incapacidad de acción del ente ideal²⁶ y se preocupa por enfatizar que la consagración legislativa, en el artículo 31, de la teoría del "actuar en lugar del otro"²⁷, ningún cambio significa respecto de aquel principio, sino que, antes bien, tiende a evitar las lagunas de impunidad que precisamente se derivarían de la irresponsabilidad de aquéllas²⁸.

La descripción precedente, sin embargo, resultaría insuficiente, si no se repara en dos aspectos:

a) En primer lugar, desde hace tiempo, se reconoce la responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito del derecho penal administrativo (o Derecho Administrativo Sancionador). Como muy bien lo expresa Miguel Bajo Fernández: "En nuestro derecho, admiten la responsabilidad directa de las personas jurídicas en el orden administrativo tanto doctrina como jurisprudencia y, expresamente, así lo consagran algunas leyes (...) fundamentalmente la ley 30/1992 del 26 de

²⁶. Así opina Gonzalo Rodríguez Mourullo (Derecho penal. Parte general, Madrid, Civitas, 1978, p. 228): "Las corporaciones o asociaciones [. . .] carecen de la voluntad en sentido psicológico que requiere el concepto jurídico penal de acción". Igual criterio, Francisco Muñoz conde - Mercedes García Arán, Derecho penal. Parte general, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 209; Santiago Mir Puig, Derecho penal. Parte general, 3ª edición, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1995, p. 189; Luis Gracia Martín, "La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas" (En: Mir Puig- Luzón Peña [Coordinadores]: "Responsabilidad Penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto", J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1996 p.39 a 45). Por su parte, Vives Antón - Cobo del Rosal (Derecho penal. Parte general, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, p. 276) se inclinan por negarle tanto la capacidad de acción como de culpabilidad.

²⁷ Este instituto aparece en la legislación española a partir de la reforma instrumentada por la ley del 25 de junio de 1983 como artículo 15 bis. La reforma del código Penal, que tuvo lugar en 1995, introdujo algunas modificaciones en aquel artículo y lo colocó en el numeral 31 del texto actualmente en vigencia. El precepto en cuestión establece: "El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre"

²⁸ Cfr. Mir Puig, op. cit., 3ª edición, p. 186. Igual criterio, Alfonso Serrano Maillo, "Las personas jurídicas frente al derecho penal español", Doctrina penal, año 14, 1991-A, p. 143; Gonzalo Quintero Olivares, Derecho penal. Parte general, Madrid, Marcial Pons, 1992, p. 575.

noviembre sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, que en su art. 130 dispone: 'sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia' (...)"²⁹.

b) Pero lo que ha particularizado al modelo español en esta materia es, precisamente, los esfuerzos destinados a construir una respuesta que, manteniendo firme la estructura del sistema de la teoría del delito (esto es: orientado a hechos "personales"), postula que las necesidades preventivas para combatir la criminalidad de la empresa, pueden verse satisfechas a través de la imposición de otras consecuencias jurídico - penales (distintas de la pena): las medidas de seguridad.

En este sentido se ha pronunciado Santiago Mir Puig: "La irresponsabilidad de la persona jurídica [...] no se opone, en cambio, a la posibilidad de que la misma quede sujeta a medidas de seguridad y a la responsabilidad civil. La generalización y perfeccionamiento de las primeras me parece [...] el camino adecuado para neutralizar la especial peligrosidad de la delincuencia enmascarada tras una persona jurídica. Abundaré en ello añadiendo un argumento derivado de la propia esencia de penas y medidas: la pena no puede dirigirse en sentido estricto a las personas jurídicas en lugar de las físicas que tras ellas se encuentran, porque conceptualmente implica una amenaza psicológica de imposición de un mal para el caso de que se delinca, y no cabe imaginar que la persona jurídica pueda sentir el efecto de conminación psicológica alguna. Muy distintamente, la medida de seguridad requiere únicamente una peligrosidad que sí puede proceder de la utilización de una persona jurídica"³⁰. Va de suyo que esta línea argumental necesariamente se complementa con el reconocimiento de una llamada "peligrosidad objetiva" de la corporación; concepto con el que se alude a la probabilidad de que las estructuras e instrumentos societarios posibiliten la actuación criminal de los sujetos individuales³¹.

²⁹ Cfr. Miguel Bajo Fernández, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Administrativo español" (En: Mir Puig- Luzón Peña [Coordinadores], op. cit., p. 23/24) La jurisprudencia del tribunal constitucional no ha puesto reparos a esta posibilidad. Ello, por cierto, más allá de las graves dificultades técnicas que esto produce. Y hablamos de dificultades por cuanto si, el propio tribunal constitucional ha afirmado en numerosos precedentes que los principios inspiradores del derecho penal (el de legalidad, tipicidad, culpabilidad, etc.) son aplicables al derecho administrativo sancionador " (...) dado que ambos [Derecho Penal- Derecho Administrativo Sancionador] son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado" (Cfr. S. T. C. 18/1987), lo cierto es que al mismo tiempo, ha tenido que reconocer que no puede hacerse un traslado sin más de todos los principios, sin respetar las peculiaridades derivadas de la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador y del total ordenamiento jurídico - administrativo (Cfr. S. T. C. 22/1990). Sobre cómo se ha intentado compatibilizar la responsabilidad penal administrativa de los entes ideales con el principio de culpabilidad Vid. infra capítulo IV apartado III.

³⁰ Cfr. Mir Puig, op. cit., 3ª edición, ps. 187-188.

³¹ Así lo reconoce Rodríguez Mourullo, op. cit., p. 230. Igual opinión, pero con sentido crítico, Terradillos Basoco, op. cit., p. 62. En la doctrina latinoamericana más reciente, admitiendo un concepto de "peligrosidad objetiva", Lina Fernández Lembo - Beatriz Scapusio Minvielle, "Perspectivas para el tratamiento legislativo de los delitos económicos", Revista de Ciencias Penales, N° 2, 1996, Montevideo, Carlos Álvarez Editor, p. 244.

Tal orientación no sólo se advierte como propuesta elaborada a partir de un sector, francamente preponderante, de la doctrina española³², sino que, profundizando más la tendencia, ha llegado a ser consagrada en proyectos legislativos. Así fue, por ejemplo, en el "Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal" de 1980³³. Dicho documento, luego de sentar el principio general de que "las medidas de seguridad [...] no se podrán imponer sino a quienes hayan ejecutado un hecho previsto como delito, cuya comisión revele la peligrosidad del autor" (art. 131), admitía, no obstante, que "podrán ser sometidas a las medidas de seguridad especialmente previstas para ellas, las asociaciones, empresas o sociedades a causa de los delitos que sus directivos, mandatarios o miembros cometieron en el ejercicio de las actividades sociales o aprovechando la organización de tales entes" (art. 132). Las medidas previstas en el artículo 153 eran: a) clausura de la empresa, sus locales o establecimientos; b) disolución de la sociedad; c) suspensión de las actividades de la sociedad o empresa, y d) prohibición de la sociedad o empresa de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se ha cometido, favorecido o encubierto el delito.

No obstante lo dicho, y con el objeto de sortear las críticas formuladas por un sector de la doctrina³⁴, tanto los proyectos posteriores al de 1980³⁵ como el nuevo Código Penal sancionado el 23 de noviembre de 1995 (y en vigor a partir del 24 de mayo de 1996), aún cuando manteniendo, en términos generales la enumeración de las medidas que establecía el art. 153 del proyecto de 1980 le cambien su denominación. En efecto, ya no se habla de medidas de seguridad sino de "consecuencias accesorias". Obviamente la primera cuestión que plantea éste cambio de denominación se refiere a la de determinar cual es la naturaleza jurídica de tales consecuencias. Las discusiones desarrolladas al respecto no permiten aún, arribar a una respuesta definitiva³⁶. Por nuestra parte - y más allá de los reparos que la solución nos produce³⁷ - creemos que dichas consecuencias deben ser consideradas como circunstancias accesorias de la sentencias condenatoria o como consecuencias accesorias especiales que, como el comiso, privan a la persona física del instrumento peligroso que representa en sus manos el instrumento del delito (esto es: la estructura societaria)³⁸.

³² Junto a los autores ya citados, comparten esta opinión, entre otros: Enrique Ruiz Vadillo, "La persona jurídica y el derecho penal (breves consideraciones críticas)", y Miguel Bajo Fernández, "De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas", ambos trabajos publicados en Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid, 1981, ps. 769 ss., y 371 ss., respectivamente); Antonio Mateo Rodríguez - Arias, Derecho Penal y Protección del medio ambiente, Madrid, Edit Colex, 1992, ps. 206 ss.

³³ Para el texto del Proyecto, cfr. Anuario de derecho penal y ciencias penales, t. XXXIII, fasc. I, enero - abril de 1980, ps. 101 ss.

³⁴ Para tales críticas Vid. infra, Capítulo IV, apartado IV.

³⁵ Así : el de 1983 (art. 138) ; el de 1992 (art. 134) y el de 1994 (art. 129). Para los textos de dichos artículos y sus comentarios Cfr. Silvina Bacigalupo op. cit. p. 270 a 275.

³⁶ Sobre las distintas interpretaciones en la doctrina española respecto de las consecuencias a que se refiere el art. 129 del Código vigente cfr. Silvina Bacigalupo op. cit. p 278 a 286

³⁷ Vid. infra capítulo IV apartado IV.

³⁸ Cfr. con este criterio Mir Puig, Derecho Penal. Parte General, 5ª edición, 1998, p. 797. La misma postura es sostenida por Jesús - María Silva Sánchez, "Responsabilidad Penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español", publicado en : J. M. Silva Sánchez (Edición española) - B. Schünemann - J. De Figueiredo Días (coordinadores), "Fundamento de un sistema europeo del Derecho Penal", op. cit. p. 363

Capítulo cuarto

CRÍTICAS A LOS MODELOS DESCRIPTOS

I. Preliminar: ¿Es posible responsabilizar penalmente a la persona jurídica a partir del sistema de imputación estructurado por nuestro derecho penal común?

Si se repara en los desarrollos que, sobre el tema, han efectuado nuestros autores, se podrá concluir que, salvo algunas pocas excepciones¹, hay acuerdo en la imposibilidad de utilizar el sistema de imputación diseñado por el Código Penal vigente² con el objeto de atribuir responsabilidad a los entes ideales.

¹ La posibilidad de responsabilizar a las personas jurídicas con nuestro sistema penal convencional ha sido admitida por Enrique R. Aftalión, "Acerca de la responsabilidad de las personas jurídicas", y por Julio Cueto Rúa, "La responsabilidad de las personas jurídicas", publicados en AA. VV., Derecho penal administrativo, Bs. As., Ediciones Arayú, 1955, ps. 111-139 y 267-300, respectivamente. Los argumentos de ambos autores han sido sintetizados en forma reciente por el propio Cueto Rúa: "[...] en la realidad cotidiana del derecho [...], tanto en la Argentina como en la gran mayoría de los países, se encuentran casos reiterados de sanciones aplicadas coercitivamente a las personas jurídicas, privándolas de bienes por haber incurrido en actos ilícitos, a los que se imputa como consecuencia el padecimiento de una sanción : la imposición de una multa, el decomiso de mercadería, la prohibición temporal de ejecutar ciertos actos o de realizar determinados negocios, o, aun, su disolución. Se está, pues, ante una discordancia entre el enunciado de la teoría y la evidencia de la realidad. Se debe elegir entre una y la otra. Elegir la teoría no es aconsejable, porque se elige una teoría incapaz de dar razón de la experiencia. Una buena teoría es la verificada por la experiencia. Una mala teoría es la carente de verificación intuitiva. La teoría que niega la responsabilidad penal de las personas jurídicas es mala teoría porque resulta ajena a los datos de la realidad" (cfr. "La persona jurídica en el derecho penal", Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, t. XXV, año 1986, ps. 102-103). El razonamiento del profesor Cueto Rúa nos merece dos observaciones: a) es correcta la apreciación relativa a que, en nuestro sistema positivo, existen leyes especiales (no ocurre así en el texto del Código Penal) que consagran formas de responsabilidad penal para los entes ideales. En tal sentido, basta con recordar lo dispuesto en los incisos "g" e "i" del art. 876, y el art. 888, del Código Aduanero (cfr., al respecto, Enrique Carlos Barreira - Héctor G. Vidal Albarracín, "Responsabilidad de las personas jurídicas en materia de contrabando", LL, 1988-B-116 ss.); b) sin embargo, no podemos compartir sus conceptos en orden a que, si la experiencia jurídica permite observar la imposición de sanciones penales a una corporación, de ello debe seguirse que las objeciones "teóricas" que se formulan a esa forma de responsabilidad no sean correctas. Y no lo compartimos por cuanto tal afirmación olvida que aquellas "objeciones teóricas" no son tan "teóricas" como parecen, sino que derivan de una adecuada interpretación del sistema de garantías (vgr., principio de responsabilidad penal personal) que nuestra propia Constitución (y como ella muchas otras) ha establecido (véase en este sentido infra N° II) como marco limitativo para el ejercicio del poder represivo del Estado.

² En rigor y con la excepción del proyecto de 1951, podemos decir que el principio *societas delinquere non potest* ha regido invariablemente en nuestro proceso legislativo (cfr. José S. Caballero, "La responsabilidad penal de los directores y administradores y la llamada responsabilidad penal de las sociedades anónimas y otras personas colectivas", Cuadernos de los Institutos, N° 120 (corresponde al N° XXII del Instituto de Derecho Penal), Dirección General de Publicaciones, Córdoba, 1973, ps. 18-23). En efecto, el proyecto de 1951 fue el único que quebró aquella tradición. Así, en el Libro I, Título 3, Capítulo 1 ("De los autores y partícipes") se incluyó, como artículo 42, el siguiente precepto: "Las disposiciones de este Código se aplicarán a todos los sujetos de derecho con excepción de las personas jurídicas de existencia necesaria". De esta manera, los entes ideales (con exclusión del Estado nacional, las provincias, los municipios y la

Los obstáculos que impiden esta utilización (y que, en términos generales, se corresponden con los que mencionáramos al ocuparnos de la vigencia del principio *societas delinquere non potest* en la legislación penal común alemana y española), se vinculan fundamentalmente con la falta de capacidad de acción, con la incapacidad de culpabilidad y con la imposibilidad de que la pena pueda responder a su fundamento teórico en el caso de ser aplicada a las corporaciones³. De la Rúa ha sintetizado este aspecto del problema al afirmar que: "Para todas las corrientes científicas del derecho penal moderno - y pese a sus profundas divergencias, en ciertos casos - lo real es que la mayor parte de [...] [los] elementos [del delito] (que resultan condiciones del castigo penal) responden en gran medida a conductas, aptitudes o contenidos espirituales que sólo pueden darse en relación al individuo. Así, la acción como conducta humana y la culpabilidad, tanto en orden a la imputabilidad como a las formas dolosas o culposas, no pueden

Iglesia, de conformidad con la enumeración del antiguo artículo 33 del Código Civil) se convirtieron, inopinadamente, en "sujetos activos" del delito junto a las personas naturales. Debe destacarse, sin embargo, que la innovación introducida por el Proyecto (particularmente el sistema de responsabilidad que consagraban los artículos 47 y 48), tempranamente fue objeto de muy enfáticas críticas (cfr., al respecto, Ricardo C. Núñez, "Observaciones al Proyecto del Código Penal del poder ejecutivo", *Revista de Derecho Penal*, año VII, N° 3, tercer trimestre de 1951, Bs. As., Ediar, ps. 303-305). Por el contrario, no significaron una excepción al principio de irresponsabilidad penal de la persona jurídica los proyectos de 1937 y de 1941. Hacemos esta aclaración porque algunos autores sostuvieron lo contrario a partir de los textos de los artículos 392 del proyecto de 1937, y 268 del proyecto de 1941, que preveían la pérdida de la personería jurídica y la anulación de prerrogativas y concesiones que se hubieran otorgado a sociedades comerciales incurso en delitos de monopolio o fraudes al comercio o la industria (cfr. Mario I. Chichizola, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas de existencia ideal", *LL*, t. 109, ps. 682-696. Igual es el criterio de Humberto s. Vidal, *Derecho penal argentino*, Córdoba, Advocatus, 1992, p. 254). Tal interpretación, empero, no nos parece correcta. En rigor, creemos con Caballero (op. cit., ps. 20-21) que las normas que se mencionan como casos de consagración de responsabilidad penal de la persona jurídica (art. 392 del Proyecto "Coll - Gómez" y 268 del Proyecto "Peco") sólo aplicaban sanciones de tipo administrativo (pérdida de la personería jurídica, anulación de prerrogativas, etc.), en tanto que la consecuencia estrictamente "penal" era la que se fijaba en los artículos anteriores (arts. 388 a 391 del proyecto de 1937, y 264 a 267 del proyecto de 1941) (privación de libertad y multa), que se aplicaban a los directores y administradores que hubieran participado en tales hechos. Para confrontar los textos legales que se mencionan, véase Eugenio Raúl Zaffaroni - Miguel Ángel Arnedo, *Digesto de codificación penal argentino*, vol. IV (proyecto de 1937), V (proyecto de 1941) y VI (proyecto de 1951), Bs. As., A-Z Editora, 1996.

³ Entre los distintos obstáculos enunciados para construir una responsabilidad penal del ente ideal, la doctrina nacional parece haberse inclinado de una manera decisiva por la incapacidad de acción. Así, sin ánimo de exhaustividad, lo hacen: Sebastián Soler, *Derecho penal argentino*, t. 1, 5ª ed. actualizada por Guillermo J. Fierro, Bs. As., Tipográfica Editora Argentina, 1989, ps. 330-331; Ricardo C. Núñez, *Tratado de derecho penal*, t. 1, 2ª reimpresión, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1988, p. 216; Carlos Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal*, vols. I y III, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1969, ps. 422 y 132, respectivamente; Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*, t. III, Bs. As., Ediar, 1983, p. 57; Carlos Creus, *Derecho penal. Parte general*, Bs. As., Astrea, 1988, p. 132; Justo Laje Anaya, *Comentarios al Código Penal. Parte general*, vol. I, Bs. As., Depalma, 1985, p. 37; Caballero, op. cit., p. 24. Luis Jiménez de Asúa, en cambio, resuelve la cuestión a partir de la incapacidad de culpabilidad, por cuanto "Como lo antijurídico es eminentemente objetivo, no cabe duda de que [las corporaciones] pueden realizar actos jurídicos" (cfr. "La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *LL*, t. 48, ps. 1041 ss.).

ser vinculadas a un ente ideal, salvo construyendo un paralelismo puramente terminológico que no responde a los principios sobre los cuales tales elementos se han desarrollado. Lo mismo ocurre, a su vez, desde el punto de vista de las consecuencias del delito. En tal sentido, la pena, aun cuando se le adosen finalidades preventivas, correctivas o asegurativas, tiene un substrato de retribución que es el que permite diferenciarlas de otras consecuencias jurídicas no penales"⁴.

Si se está de acuerdo, como lo estamos nosotros, con los argumentos precedentes, y si, sobre todo, se repara en la gravitación adquirida por esta forma de criminalidad (que tiene como "escenario" a las corporaciones), quedará plenamente legitimada la preocupación relativa al análisis crítico de aquellos modelos que, como los descriptos en el capítulo precedente, intentan dar una respuesta a este problema.

II. El modelo de la "doble imputación"

La posibilidad de que un delito sea imputado a la corporación para dar origen a una responsabilidad penal autónoma debe ser resuelta en forma negativa. Ello es así por cuanto una respuesta contraria conduciría, inexorablemente, a la fractura de uno de los principios que, vinculado a garantías políticas superiores, debe presidir el ejercicio del ius puniendi en el marco de un auténtico Estado de Derecho. Nos referimos, concretamente, al principio de que la responsabilidad penal debe ser personal.

De hecho, un somero examen de la legislación extranjera resulta demostrativo de la preocupación existente para resguardar aquella garantía. El propio Código Penal francés (que prevé el sistema de la "doble imputación") consagró este principio en su artículo 121-1⁵, con lo que la doctrina desarrollada a su respecto no ha dejado de manifestar serias dudas en relación con la compatibilidad de aquel principio con la previsión normativa de responsabilizar penalmente a los entes ideales⁶.

Si estas dudas surgen frente a la consagración legal de la garantía, cuánto más lo será cuando el principio que establece el carácter personal de la responsabilidad penal aparece receptado en los

⁴ Cfr. De la Rúa, "Delitos Económicos" op. cit., p. 38. Coinciden con el análisis que efectúa este autor en el sentido de no limitar los obstáculos a la incapacidad de acción, extendiéndolos a la incapacidad de culpabilidad y de pena, Roberto A. M. Terán Lomas, Derecho penal. Parte general, t. II, Bs. As., Astrea, 1980-1983, ps. 236-237; Luis C. Cabral, Compendio de derecho penal. Parte general, Bs.As., Abeledo-Perrot, 1987, p. 42. En rigor, la estructura analítica de la teoría del delito exime, a quienes afirman la incapacidad de acción, de continuar el examen hacia los demás estratos del concepto. Sin embargo, no nos parece correcta la apreciación de Jiménez de Asúa, sintetizada en la nota anterior. Ello, básicamente porque: a) en primer lugar, olvida que el sujeto activo en el ordenamiento penal "es un hombre de carne y hueso, con su aparato psíquico, que no se identifica totalmente con el sujeto-personalidad de otras disciplinas" (cfr. Baigún, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: polémica conocida...", op. cit., p. 873), y b) porque, además, omite considerar en las causas de justificación (faz negativa de la antijuridicidad) la existencia de elementos subjetivos que resultan igualmente incompatibles en relación con las corporaciones (Ibid., p. 879).

⁵ Dispone el art. 121-1: 'Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait'.

⁶ Cfr., en este sentido, Largier, op. cit., p. 85: "On observera aussi que la consécration par le Code Pénal de 1994 de la responsabilité pénale des personnes morales [...] pourra parfois aboutir à faire peser les conséquences des peines sur des personnes [...] n'ayant en rien participé à l'infraction".

propios textos constitucionales, como ocurre, por ejemplo, en la Constitución Italiana de 1948⁷ o con nuestra propia Ley Fundamental⁸.

La fuerza de este obstáculo constitucional se pone en evidencia si se advierte cómo un sector de nuestra doctrina, luego de reconocer la necesidad político - criminal de dar una respuesta a la criminalidad que ocurre a través de las estructuras societarias, culmina proponiendo, con carácter previo a la posibilidad de responsabilizar penalmente a la corporación, una reformulación del principio de culpabilidad en el texto constitucional, con el objeto de evitar la tensión que se produciría, en el sistema vigente, con aquel principio (responsabilidad penal personal). En esta dirección es posible mencionar el pensamiento de Norberto Eduardo Spolansky. Este autor, al respecto, expresa: "Una manera de resolver la cuestión planteada es incluir, entre las condiciones para la imputación de la sanción a la persona jurídica, la conducta de quienes pueden ser responsables. Es decir, tratar que tenga una respuesta la pregunta que así puedan formularse los socios de una sociedad anónima ¿Qué conducta tendríamos que haber ejecutado para evitar la sanción ? Planteadas así las cosas es preciso formular un criterio general para conservar, o quizás reformular, el principio 'no hay pena sin culpabilidad' en el ámbito de las personas jurídicas"⁹.

⁷ Dispone el párrafo primero del art. 27: "La responsabilidad penal será personal". En relación a tal precepto ha dicho Vincenzo Militello :"(...) La norma fundamental del artículo 27 pár. 1 (...) ha sido interpretada como una convalidación a nivel constitucional del antiguo pensamiento *societas delinquere non potest*. Esto en primer lugar porque el núcleo más seguro de tales disposiciones es la prohibición de responsabilidad penal por hecho de otro. La fórmula impediría que las consecuencias de la sanción eventualmente aplicada a la sociedad puedan recaer sobre sujetos no responsables de lo ilícito (socios en minoría, trabajadores dependientes). Sobre todo, cerraría el camino a una directa responsabilidad de la persona jurídica por los hechos realizados por los propios órganos, ya que siempre están constituidos por sujetos físicos" (Cfr. "La responsabilidad jurídico - penal de la empresa y de sus órganos en Italia" ; publicado en : " Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal", op. cit., pág. 414-415).

⁸ Antes de la reforma de 1994, los autores extraían la vigencia del principio de responsabilidad personal a partir del texto del art. 18, apartado primero, de la Constitución histórica. En este sentido, expresaba Edgardo Gramajo que: "[...] tan absurdo sería pensar que al decir ley previa la Constitución se hubiera referido indistintamente a cualquier ley y no exclusivamente a aquella que se pretende aplicar con ocasión del hecho por aquélla considerado, como pensar que hubiera tomado en cuenta cualquier hecho, o el de otro, y no sólo el de aquel a quien se somete a proceso"(cfr. La acción en la teoría del delito, Bs. As., Astrea, 1975, ps. 112-113). Igual criterio fue sostenido por Norberto Spolansky en su estudio "Culpabilidad, la responsabilidad solidaria de las sociedades anónimas y la de sus directivos en el régimen penal cambiario (El caso del Banco Santander)", LL, 1978-D-232. Producida la reforma de 1994, al conferirse jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la CN) a la Convención Americana de Derechos Humanos (entre otros instrumentos internacionales), la vigencia de este principio se hizo mucho más explícita a la luz de lo dispuesto por el art. 5º, apartado tercero, de aquel documento internacional. Dicha previsión normativa expresa: "La pena no puede trascender de la persona del delincuente".

⁹ Cfr. Norberto Eduardo Spolansky, "Derecho penal y Constitución Nacional", L.L., Tomo 156, pág. 1408. Es interesante, en este sentido, la propuesta de norma constitucional que formula el autor :")a) No hay pena sin culpabilidad. b) en el caso de los actos de los individuos que actúan como órganos de una persona jurídica, la pena se imputará a la persona jurídica a condición de que el acto ejecutado sea efectivamente el acto propio de la persona jurídica. El acto del órgano será considerado, a los fines penales, como efectivamente un acto de la persona jurídica, cuando de acuerdo con los antecedentes y modalidades del hecho ejecutado represente la política de la

Por cierto que, el problema no se verificaría cuando, en el propio texto constitucional se abre esta posibilidad (responsabilidad penal de un ente ideal). Ello así, por cuanto, al mitigar el "enfoque personal" del ilícito penal, la nueva construcción (doble imputación) dejaría de ser antitética con el sistema convencional¹⁰.

Ahora bien: ¿Por qué afirmamos que el diseño de un modelo de doble imputación - en sistemas como el nuestro - importa una fractura de aquella garantía (responsabilidad penal personal) ?.

La respuesta - para su mejor comprensión - nos exige partir de una hipótesis de hecho concreta. En efecto, supongamos que el directorio de una sociedad anónima tome una decisión cuya ejecución sea lesiva para un bien jurídico. Pensemos también que aquella decisión fue tomada con autonomía de la voluntad asamblearia, por ser propia de la competencia del órgano de administración¹¹. En tal hipótesis, si se hubiera estructurado un modelo de doble imputación (como el elaborado, por ejemplo, en el sistema francés), más allá de la responsabilidad jurídico - penal de los miembros del directorio, se impondrá una sanción al ente ideal (recuérdese que en el modelo francés la responsabilidad de la persona jurídica es "acumulativa")¹². Esta sanción (vgr., multa) afectaría la masa patrimonial de la corporación y, por ende, repercutiría en aquellos accionistas respecto de los que la acción realizada por los directores les resulta del todo ajena.

persona jurídica. La ley podrá establecer las condiciones bajo las cuales podrá suponerse que el hecho representa la política de la persona jurídica. Los interesados podrán revocar esa presunción."

¹⁰ Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con la Constitución de la República Federativa del Brasil (1988) en sus artículos 173, párrafo 5 y 225, párrafo 3. En efecto, dispone el primer artículo mencionado (que se ubica en el capítulo relativo a los "principios generales de la actividad económica") que : "La ley, sin perjuicio de la responsabilidad individual de los directivos de la persona jurídica establecerá la responsabilidad de ésta, sujetándola a las sanciones compatibles con su naturaleza, en los actos practicados contra el orden económico y financiero y contra la economía popular". Por su parte el párrafo 3 del artículo 225 (que se integra en el capítulo relativo al medio ambiente) establece que : "las conductas y actividades consideradas lesivas al medio ambiente sujetan a los infractores, personas físicas o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar el daño causado". (Para los textos constitucionales citados, Cfr. Roberto Pedro Lopresti, "Constituciones del Mercosur", Ediciones Unilat, Bs.As. 1997, pág. 126 y sgtes.). En la legislación infraconstitucional, la posibilidad de responsabilizar penalmente a la persona jurídica, ha sido receptada por la ley 9605, del 12 de febrero de 1998. Dicha ley, que regula los delitos contra el medio ambiente, se enrola en un modelo de doble imputación.

¹¹ Expresa Salvador Darío Bergel que: "Las antiguas concepciones que sostenían como un axioma incontrovertible la soberanía de la asamblea, han sido dejadas a un lado por la doctrina moderna [...] mientras en el pasado la relación asamblea - administradores se sustentaba en la soberanía de la asamblea, hoy la cuestión se traslada al área de la autonomía de los administradores (cfr. Baigún - Bergel, El fraude en la administración societaria, Bs. As., Depalma, 1988, ps. 14-15). Por su parte, en una orientación similar, Horacio P. Fargosi y Eduardo R. Romanello afirman que: "La asamblea no puede impartir instrucciones o directivas en orden a la gestión de la empresa social, ni compeler a los administradores al cumplimiento de específicos actos, ni - va de suyo - oponerse a aquellos que los administradores hayan resuelto efectuar" (cfr. "Facultades gestorias de la asamblea y responsabilidad de los directores", LL, 1986-E-1132 y 1133).

¹² Con lo cual, para el caso de que el director revista, además, la calidad de accionista (art. 256, a fortiori, ley 19.550), junto a la violación del principio de responsabilidad personal, se afectará la garantía procesal del non bis in ídem.

En otras palabras (y siempre en el marco del ejemplo propuesto): sólo quienes integran el directorio y han votado una decisión cuya materialización resulta delictiva, puede decirse que han actuado.

En este supuesto, y aplicando los instrumentos de imputación individual que nos brinda la dogmática tradicional¹³, no habría dificultad alguna para someterlos a una pena. Sin embargo, no es correcto afirmar que "la sociedad" (persona jurídica), a la que aquellos representan, sea penalmente responsable. Ello, simplemente porque esa posibilidad lleva a admitir la idea de que, en tales situaciones, la responsabilidad es extensible a los demás integrantes de la sociedad, en relación con los cuales la realización del hecho no les puede ser atribuida como un acto propio¹⁴.

Frente a este razonamiento, algunos autores han opuesto la siguiente argumentación: la opinión según la cual el diseño de un sistema de doble imputación lesiona el principio de personalidad, "no [...] tiene en cuenta que la pena recae sobre la sociedad [...]"¹⁵. En otras palabras: "la sanción no recae en el socio 'inocente' sino en un ente distinto de personalidad autónoma reconocida jurídicamente"¹⁶.

El argumento, en rigor, no nos parece atendible, simplemente porque no hace otra cosa que no sea agregar una nueva "ficción" al problema. Y decimos esto porque, en nuestra opinión, la persona jurídica es una pura abstracción destinada a designar a los individuos que se agrupan detrás de ella¹⁷, con lo que esta manera de presentar la cuestión oculta lo que en la realidad

¹³ Vgr., autoría mediata, omisión impropia, actuar por otro. Sobre estas categorías dogmáticas, véase infra el capítulo V.

¹⁴ Conforme con este criterio, Spolansky, "Culpabilidad, la responsabilidad solidaria (...)", op. cit., p. 246: "Lo que subsiste en esta cuestión es si la pena se ha de aplicar al patrimonio de la sociedad porque un individuo, que es el director en el área de cambios, no hizo lo que debió hacer jurídicamente. Entonces, ésta es una solución que crea responsabilidad por acto ajeno y, por ende, objetiva; el patrimonio de la sociedad y el de los demás directores tendrá un valor menor luego de la condena, y esto sólo por lo que el autor material, es decir, otro individuo, hizo. Pero esta solución, como se advierte, destruye la idea de que la pena sólo debe ser para el autor culpable". De una opinión similar participa Carlos S. Nino: "Una vez que se comprende que el concepto de persona colectiva forma parte de una técnica especial para hablar abreviadamente de un complejo de relaciones entre individuos, se revela claramente que la responsabilidad penal de las personas colectivas implica, tras el velo de la personificación, penar a ciertos individuos por los actos de otros, o sea estatuir un modo de responsabilidad vicaria" (cfr. Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito, Bs. As., Astrea, 1980, p. 415).

¹⁵ Cfr. Righi, op. cit., p. 259.

¹⁶ Cfr Maximiliano Adolfo Rusconi, "Persona jurídica y sistema penal: ¿hacia un nuevo modelo de imputación?", El derecho penal hoy, Bs. As., Editores del Puerto, 1995, p. 84.

¹⁷ Gráficamente lo expresa Sergio Le Pera (cfr. "Sociedad y persona jurídica", LL, 1989-A-1084 ss.): "La dificultad es que ese 'ente ideal' fue visualizado por algunos como una suerte de hombrecillo invisible e incorpóreo, y a fuerza de mostrárselo a sus alumnos terminaron por creer que el hombrecillo realmente existía y que se les presentaba frecuentemente en apariciones paganas" (véase p, 1097). Es que, como muy bien lo recuerda Efraín Hugo Richard: "La atribución de la personalidad jurídica es un resorte técnico, un expediente de unificación de relaciones jurídicas. Se caracteriza por ser una noción de construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica, pues en rigor de verdad, la persona jurídica designa sólo a un haz de obligaciones, de responsabilidades y de derechos subjetivos [...]" (cfr. "La persona jurídica en la evolución contemporánea ", Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales

ocurre: que son los individuos, los socios de una sociedad anónima, en nuestro ejemplo, y no la sociedad, los que efectivamente sufren la sanción, y lo hacen por ser responsabilizados de un acto que no es de ellos¹⁸.

III. El derecho penal administrativo como respuesta

La solución transaccional adoptada, como modelo característico (aunque, desde luego, no exclusivo - vid. lo dicho respecto de la legislación española, supra, capítulo tercero, apartado III -) del sistema alemán, no parece estar exenta de críticas. En efecto, resulta contradictorio admitir, por una parte, que la persona jurídica no puede cometer un delito, y por otra afirmar esa posibilidad respecto a las infracciones contravencionales, cuando se postula que la distinción entre uno y otro tipo de infracción (delictual y contravencional) no es ontológica sino, simplemente, cuantitativa¹⁹.

En efecto, los distintos esfuerzos desarrollados por la doctrina con la finalidad de determinar diferencias de carácter óntico no parecen haber dado resultados concluyentes.

Así, se ha invocado que el ilícito administrativo, a diferencia del penal es, desde el punto de vista ético, indiferente. Tal argumento, empero, es fácilmente rebatible apenas se repara en que, desde el núcleo central del derecho penal y hasta la última infracción administrativa, discurre siempre una línea continua de ilicitud material que, si bien se va atenuando a medida que nos acercamos a la segunda (infracción administrativa), nunca llega a desaparecer por completo²⁰.

De igual forma, tampoco resulta atendible la pretendida diferencia desarrollada a partir de la exclusión del concepto de bien jurídico del ámbito del derecho penal administrativo. En este sentido, dentro del marco de un Estado social de Derecho, no cabe, razonablemente, sostener que el resguardo del buen orden en la actividad de la administración pueda ser excluido del círculo de bienes jurídicos merecedores de tutela. Como muy bien lo puntualiza Malamud Goti:

de Córdoba, 1986, t. XXV, p. 83). Con igual criterio, también en el ámbito de la doctrina comercialista, Horacio P. Fargosi, "Sociedad y actividad ilícita", LL, t, 153, p. 613. Entre los autores que abordan la cuestión desde la óptica del derecho penal, concuerdan con esta opinión: Spolansky, "Culpabilidad, la responsabilidad solidaria (...)", op. cit., ps. 245-246, y Nino, op. cit., ps. 410-412.

¹⁸ Cfr. Norberto E. Spolansky, "Derecho penal y Constitución Nacional", Op. cit., pág. 1408.

¹⁹ Así lo señala (aunque llegando a conclusiones diferentes a las que proponemos) Righi, op. cit., p. 260.

²⁰ Cfr. José Cerezo Mir, "Límites entre el derecho penal y el derecho administrativo", Anuario de derecho penal y ciencias penales, t. XXVII, fasc. II, mayo - agosto de 1975, p. 164. Igual criterio, Miguel Polaino Navarrete, Derecho penal. Parte general, Barcelona, Bosch, 1984, p. 160. En la doctrina alemana, una contundente refutación a este argumento de la teoría sustancialista, fue realizado por Heinz Mattes. Barbero Santos, en su estudio dedicado a Mattes, expresa: "El pensamiento de la falta de colaboración ética de las denominadas contravenciones al orden también ha sufrido el embate de su crítica: el Estado, arguye, puede únicamente colocar bajo pena 'geldbusse' aquellas acciones que moralmente - es decir, de acuerdo con las convicciones éticas fundamentales que rigen en una sociedad de derecho - son desvaloradas. Los mandatos y prohibiciones legales obligan en el derecho de las contravenciones al orden sólo si poseen un valor final reconocido éticamente; en caso contrario se trataría de una desnuda coacción carente de fuerza obligatoria. Toda figura delictiva, sea del derecho penal, sea de las contravenciones al orden, debe estar basada en la ética. Con ello no se afirma que cualquier disposición del Estado, por el hecho de su promulgación, sea éticamente buena. Esto toca otro problema, a saber, la frontera del poder de imposición jurídica estatal en general y, en particular, en el ámbito jurídico-penal" (cfr. "Heinz Mattes. In memoriam", Nuevo Pensamiento Penal, año 3, 1974, ps. 465-466).

tal posición resultaría "incompatible con la realidad actual del Estado planificador - cualquiera sea el sistema político que impere, y también con la idea del derecho penal tutelar de intereses sociales o bienes jurídicos: pues 'meta de la protección del bien jurídico - enseña Hassemer- es la realización del individuo, y un interés general (o generalizado) es sólo una etapa en el camino hacia esta finalidad' [...]"²¹.

Dicho en otras palabras: la polarización "interés individual" - "interés social", ínsita en la concepción sustancialista, "es una pura ficción, no sólo porque el primero es inconcebible sin [el] segundo, sino también porque protegiendo a la generalidad se tutela al hombre, y viceversa. Que el delito afecte a la justicia y la infracción de policía al bienestar común, carece de sentido si se parte de la premisa que indica que no hay justicia sin bienestar común ni bienestar común sin justicia"²²

Como lógica consecuencia del fracaso en la búsqueda de criterios de diferenciación cualitativos válidos entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo, forzoso será reconocer que aquella diferencia debe reconducirse a una apreciación de carácter meramente cuantitativo²³. Si esto es así, al no existir un injusto y una culpabilidad cualitativamente propias en la infracción administrativa (respecto de la delictual) pocas dudas pueden haber en relación con que el derecho administrativo sancionatorio no es más que una de las manifestaciones que integran el orden punitivo del Estado, siendo necesario, por consiguiente, extender a este ámbito (infracción administrativa) los principios fundamentales que operan como un sistema de garantías generales para todo el ejercicio del *ius puniendi*²⁴.

No obstante existir consenso sobre este extremo, se discute todavía la intensidad con que debe llevarse a cabo la extensión de aquellos principios. En efecto, no son pocos quienes opinan que, si bien la infracción administrativa es parte del ordenamiento punitivo estatal, esta circunstancia

²¹ Cfr. Jaime Malamud Goti, *Persona jurídica y penalidad*, Bs. As., Depalma, 1980, p. 56. El mismo criterio, Jescheck, *op. cit.*, p. 51; Cerezo Mir, *op. cit.*, p. 165.

²² Cfr. Malamud Goti, *Persona jurídica y penalidad*, p. 57.

²³ Expresa Jescheck (*op. cit.*, p. 51) que: "Lo que diferencia nítidamente a la infracción administrativa del delito es la ausencia de aquel alto grado de reprochabilidad de la actitud interna del autor que resulta indispensable para justificar el grave juicio de disvalor ético - social de la pena criminal". Por la tesis de la distinción cuantitativa se pronuncian, en la doctrina alemana, además de Jescheck, Günter Stratenwerth, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Edersa, 1982, p. 25. Rechaza expresamente los criterios cualitativos, Jakobs, *op. Cit.*, ps. 67-68. En la doctrina española, a favor de una diferenciación cuantitativa se pronuncian Vives Antón - Cobo del Rosal, *op. cit.*, p. 46; Muñoz Conde - García Arán, *op. cit.*, p. 70. La identidad sustancial entre infracción delictual y administrativa ha sido, también, reconocida en la jurisprudencia española desde antiguo. Así, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de febrero 1972 (Repertorio jurídico Aranzadi 876), se expresó que: "Las contravenciones tipificadas (en un reglamento administrativo) se integran en el supraconcepto del ilícito, cuya unidad sustancial es compatible con la existencia de diversas manifestaciones fenoménicas entre las cuales se encuentra tanto el ilícito administrativo como el penal (...)". En el caso de la doctrina judicial argentina, tal fue el criterio sostenido por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el volumen 205: 173 de fallos. Dijo allí el alto Tribunal: "(...) La distinción entre delito y contravenciones (...) no tiene un base cierta que pueda fundarse en la distinta naturaleza jurídica de cada orden de infracciones para establecer un criterio seguro que permita distinguirlos (...)"

²⁴ Como bien lo ha puntualizado Silvina Bacigalupo, *op. cit.* pág. 241: "(...) Lo importante es exigir la necesidad de que ambos tipos de infracciones se juzguen teniendo las mismas garantías para la aplicación de la sanción".

no puede conducir, sin más, a la aplicación, en toda su plenitud, de los principios inspiradores del derecho penal común, propiciando, en definitiva, una aplicación (de estos principios) no mecánica y con ciertos matices²⁵

Por nuestra parte, no creemos que tal limitación resulte correcta. Ello lo interpretamos así por cuanto será igualmente contradictorio admitir que, siendo menor el disvalor (como consecuencia de la menor reprochabilidad interna) en la infracción administrativa que en el delito (diferencia cuantitativa), se puede disminuir, en el caso de ésta (infracción administrativa), el nivel de garantías que el ordenamiento jurídico ha dispuesto al momento de determinar los presupuestos mínimos (necesarios) para que una conducta pueda ser considerada como delictiva (entre los cuales, obviamente, se encuentran los principios de responsabilidad personal y de culpabilidad strictu sensu)²⁶

Un argumento contrario que pretendiera recortar el sistema de garantías porque la consecuencia punitiva pertenezca al ámbito del derecho administrativo sancionador, y no al del derecho penal, significaría tanto como intentar modificar las características de un objeto cambiando su nombre, dando lugar así a un "derecho penal de etiquetas"²⁷.

²⁵ Este criterio ha sido sostenido, en distintos pronunciamientos, por el Tribunal Constitucional español. Al respecto, vid. supra, capítulo tercero, apartado III, nota nº 29. La doctrina judicial argentina, por su parte, se ha mostrado fluctuante al respecto. En efecto, mientras que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re "Parafina del Plata S.A" (L.L. t.133, p. 448) consagró la vigencia, en materia del derecho penal administrativo, del principio "[...] de la personalidad de la pena, que en su esencia responde al [axioma] fundamental de que sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir, aquel a quien la acción punible le pueda ser atribuida tanto objetivamente como subjetivamente"; al fallar la causa "Wlodavsky, Pedro y Otros", abandonó este criterio al expresar "Que en esta materia [régimen penal cambiario], así como en otras de carácter penal administrativo, no se aplican las reglas comunes a la responsabilidad por actos delictuosos, lo que permite dirigir la acción contra personas jurídicas a los efectos de su condena, en la forma prevista por las leyes especiales" (L.L. 1978-A- 431).

²⁶ En este sentido resulta interesante lo expresado por Zaffaroni (Tratado de derecho penal. Parte General, vol. I, ps. 248- 249) : "No puede hablarse de un 'injusto administrativo' con caracteres propios, sino de un complejo normativo que se ocupa de ciertos injustos, previendo en forma simultánea la reparación y la prevención especial. Un complejo normativo no es una rama del derecho, ni tampoco en la parte en que cumple una función preventivo - especial puede violar las garantías constitucionales para la imposición de penas, so pretexto de su peculiaridad o independencia del derecho penal, como se pretende en la concepción de Goldschmidt. En este complejo normativo pueden imponerse sanciones a las personas jurídicas - porque en tanto tengan naturaleza reparadora nada lo impide -, pero en cuanto esa pena pase el límite de la reparación para proveer a la prevención especial (cumpliendo así con la función que - en la concepción de Zaffaroni, op. cit., t. I, p. 57- caracteriza la reacción típica del derecho penal), no puede prescindir del principio de legalidad, del de culpabilidad ni del de intrascendencia de la pena. El órgano jurisdiccional debe tener siempre presente esta regla, y en la medida en que en función del complejo normativo, que - por llamarlo de algún modo - denominamos 'derecho penal administrativo', se aplique una sanción que vaya más allá de la reparación, debe vigilar la constitucionalidad de la sanción impuesta, haciendo valer a su respecto las garantías penales" (el énfasis y la aclaración nos pertenecen).

²⁷ Cfr. Norberto E. Spolansky, "Integración regional y delitos económicos", en AA. VV., Teorías actuales en derecho penal, Bs. As., Ad-Hoc, 1998, p. 468.

Si se está de acuerdo con el razonamiento precedente, no se podrá menos que coincidir con la aguda crítica efectuada por Jescheck en relación con la posible imputación de responsabilidad penal-administrativa a la persona jurídica consagrada en la OWIG: "La multa administrativa contra el [ente] colectivo, como sanción autónoma por la imputación del hecho punible o la infracción administrativa del órgano y la atribución de una 'culpa a la organización', se encuentra [...] tan poco justificada como la pena, porque esta multa (Geldbusse) presupone igualmente la culpabilidad personal [...]"²⁸.

Por todo lo dicho suscribimos la opinión de Silvina Bacigalupo en el sentido de que: "(...) Si se sigue la tesis de la identidad sustancial de las acciones administrativas y penales, también hay que afirmar la necesidad de aplicar en el ámbito del derecho administrativo sancionador los principios inspiradores del derecho penal. De esta manera, los problemas existentes para sancionar penalmente a las personas jurídicas se reproducen - aunque se pretenda recurrir como alternativa - en el derecho administrativo sancionador. Consecuentemente, la exigencia de (...) culpabilidad del sujeto [seguirá] (...) siendo [un obstáculo] (...) para la aplicación de sanciones administrativas a las personas jurídicas. En este sentido, no podemos encontrar una solución a este tema por vía del derecho administrativo sancionador. Ello no significa que las sanciones administrativas no puedan ser efectivas y que sólo sea posible lograr la efectividad deseada en el marco de las sanciones penales. En todo [caso], solo significa que en el derecho administrativo sancionador no es posible prescindir de la culpabilidad a la hora de imponer una sanción administrativa a una persona jurídica"²⁹.

IV. Las medidas de seguridad como respuesta

La solución que, de lege ferenda, ha propuesto un sector de la doctrina contemporánea (sobre todo española), con repercusión incluso en la redacción de importantes documentos legislativos (vgr., proyecto español de 1980), encuentra también no pocas objeciones.

En efecto, tanto si se repara en las obras generales como en los aportes doctrinarios específicos sobre el instituto, se recordará que, si bien la imposición de medidas de seguridad no exige - como ocurre en el caso de la pena - la concurrencia del requisito subjetivo de la culpabilidad, no es menos cierto que la posibilidad de aplicarlas no está exenta de la necesidad de que exista un fundamento también de carácter subjetivo. Vale la pena aquí reproducir lo expresado por Antonio Beristain: "El principio de culpabilidad [...] exige el dolo o la culpa como condición previa sine qua non de la pena (nulla poena sine culpa) para garantizar los derechos elementales de la persona, que se violarían si se aplicase una pena a quien no es culpable. Este principio de culpabilidad, entendido en sentido estricto, no tiene aplicación en el campo de las medidas. Para llenar su hueco conviene establecer un principio semejante. Podríamos denominarlo el principio de peligrosidad (nulla mensura sine periculositate). Este principio exige la previa peligrosidad como

²⁸ Cfr. Jescheck, op. cit., p. 206 .En el sistema español que - como vimos - admite la responsabilidad sancionatoria de los entes ideales, la doctrina judicial ha tratado de salvar los escollos que se derivan de la tensión el principio de culpabilidad afirmando que, también en aquel ámbito (derecho penal sancionatorio), tiene vigencia este principio (de culpabilidad) ; aunque, el mismo, es aplicado de forma distinta a como se lo hace respecto de las personas físicas. Así lo hizo el Tribunal constitucional a través de la sentencia Nº 246 del 19 de diciembre de 1991. Esta sentencia, empero, mereció la censura de la más prestigiosa doctrina, sobre la base de que, a pesar de los circunloquios que utiliza no permite saber, en rigor, cuál es esa forma distinta de aplicación (cfr., para la crítica del fallo, Bajo Fernández, "La responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho administrativo español", op. cit. pág. 26 -28 ; Silvina Bacigalupo, op. cit., pág. 246 y Gracia Martín, op. cit. pág. 49 y nota nº 58).

²⁹ cfr. Silvina Bacigalupo, op. cit. pág. 253.

condición inexcusable para la imposición de cualesquiera medidas³⁰. Así, el "estado subjetivo de culpabilidad" es sustituido, en estos casos, por el "estado subjetivo de peligrosidad".

Si se comparte este razonamiento, se estará en mejores condiciones de comprender cuál es el obstáculo fundamental que se opone a la posibilidad de la consagración de este modelo: si, como creemos haberlo explicitado, se está de acuerdo en que las corporaciones no pueden delinquir (porque, entre otros argumentos, les falta la capacidad de actuar), no será difícil concluir que tampoco pueden ser sujetos de medidas de seguridad, pues carecen de peligrosidad Criminal³¹. En otras palabras: las medidas de seguridad se integran - según la interpretación preponderante - dentro del esquema sancionatorio del derecho penal³²; al ser esto así, en todas las sanciones jurídico - penales (entre las que se cuentan las medidas) rige como exigencia mínima la comprobación de un hecho antijurídico, es decir, de un comportamiento que exprese un ilícito en el sentido del tipo penal. Será, entonces, a partir de ese comportamiento (y en relación con él) que se predique la culpabilidad del autor o su peligrosidad, como sinónimo de probabilidad de delinquir³³, pero siempre tomando como referencia ese comportamiento. Y bien sabemos que, si de comportamiento se trata, sólo la persona física tiene esa capacidad.

Cierta doctrina, empero, ha querido soslayar esta dificultad partiendo de un concepto "objetivo" de peligrosidad. Según esta concepción, la aplicación de una medida de seguridad encontraría su fundamento en la peligrosidad de que las asociaciones sean utilizadas por las personas físicas para continuar cometiendo delitos. En este sentido, reclaman ser impuestas con posterioridad a la constatación de un hecho delictivo cometido por una persona física en el ámbito de la actividad societaria o empresarial, y aparecen como una consecuencia del mismo.

Este argumento, sin embargo, tampoco nos parece admisible. La razón de esta afirmación es que del delito cometido por una persona física en el ámbito de la actividad societaria, como hecho objetivado, sólo será posible extraer indicios de peligrosidad respecto de quién fue su autor, mas nunca del "ámbito" o "medio" en donde aquél desarrolló su comportamiento; "medio" o "ámbito" que, en sí mismo, no puede ser adjetivado de esa forma ("peligroso")³⁴.

Antes de concluir, permítasenos una reflexión final. Al trazar, esquemáticamente, el sistema adoptado en esta materia, por el Código Penal Español de 1995³⁵ dijimos que, el legislador, había

³⁰ Cfr. Antonio Beristain, *Medidas penales en derecho contemporáneo. Teoría, legislación positiva y realización práctica*, Madrid, Reus, 1974, p. 86.

³¹ Cfr. Barbero Santos, "¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?", op. cit., p. 411. Igual criterio, Terradillos Basoco, op. cit., p. 62; Beristain, op. cit., ps. 50-51. También, es la opinión de Gracia Martín, op. cit., pág. 45, al expresar: "Si las personas jurídicas no son capaces de acción y no pueden realizar, en consecuencia acciones típicas y antijurídicas, no podrán ser tampoco sujetos del juicio de peligrosidad criminal ni podrán serles impuestas tampoco medidas de seguridad del derecho penal, dado que aquellas son, precisamente, el fundamento de éstas."; enfatizando en la nota Nº 40 que: "(...) La peligrosidad criminal requiere la previa realización de una acción típica y antijurídica y la probabilidad de realización futura de nuevas acciones típicas y antijurídicas (...)".

³² Cfr. Beristain, op. cit., p. 82: "La sanción en el derecho penal contemporáneo rebasa las coordenadas de antaño e incluye, indudablemente, algunas medidas posdelictuales [...]". Igual criterio, Stratenwerth, op. cit., p. 24.

³³ Cfr. Stratenwerth, idem.

³⁴ Cfr. Antonio Beristain, "Eficacia de las sanciones penales frente a la delincuencia económica", *Eutanasia: dignidad y muerte (y otros trabajos)*, Bs.As., Depalma, 1991, ps. 57-59.

³⁵ Vid. supra, capítulo tercero, apartado III.

sustituido la expresión “medidas de seguridad” (propia del proyecto de 1980) por la de “consecuencias accesorias”. Dicha modificación ha pretendido dejar abierta a la discusión el tema de la naturaleza jurídica que cumplen tales “consecuencias accesorias”. Empero, nos inclinamos allí, por considerarlas, salvando la distancia, como medidas que, impuestas por una sentencia condenatoria, se acercan al comiso. La solución, sin embargo, nos merece también serios reparos. Ello, por cuanto, a diferencia del auténtico comiso, estas medidas van a repercutir de modo muy lesivo sobre el colectivo de socios y trabajadores de la empresa, aunque éstos - de hecho - resulten por competo ajenos al delito producido, privándoseles de importantes derechos constitucionalmente reconocidos³⁶.

³⁶ Pongamos el siguiente ejemplo: el juez impone la consecuencia prevista en las letras “a” (clausura de la empresa) o “b” (disolución de la sociedad) del artículo 129 del Código Penal. Nos preguntamos ¿Cómo se compatibilizan estas medidas con el derecho, constitucionalmente reconocido, al trabajo (artículo 35.1 de la Constitución Española) respecto de los empleados? Coincide con esta crítica, Silva Sánchez, “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho Español”, op. cit. pág. 364.

Capítulo quinto

UNA SOLUCIÓN POSIBLE

I. Más allá de los obstáculos normativos: un problema adicional para legitimar un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas

La afanosa búsqueda de nuevos sistemas que permitan diseñar una responsabilidad penal de las corporaciones, más allá de los -a nuestro juicio- insalvables obstáculos normativos (principalmente de índole constitucional) que presenta, puede provocar un problema adicional: servir de coartada a los socios que detenten la cuota más alta de poder en la estructura empresarial.

La cuestión ha sido muy bien desarrollada por Miguel Bajo Fernández, al criticar las afirmaciones que efectuara el profesor José Miguel Zugaldía Espínar en un interesante estudio en el que cuestionaba la vigencia del principio de irresponsabilidad penal de los entes ideales¹(I). En este sentido, expresa Bajo Fernández que: "Zugaldía toca la fibra emotiva para atacar la conexión entre el principio de personalidad de las penas y el de *societas delinquere non potest*, considerando 'irritante el argumento de la violación de los derechos humanos' en caso de imponer penas a las personas jurídicas, porque 'no ha tenido en cuenta cómo las personas jurídicas usufructúan los delitos, cómo los grandes delincuentes económicos -auténticos parásitos sociales - se cobijan tras firmas que no merecen otra calificación'. Pienso que Zugaldía - continúa el autor - hubiera evitado su irritación si se hubiera percatado de que quien defiende el *societas delinquere non potest* preconiza, más o menos expresamente, el castigo de quien se esconde detrás del ente colectivo. Es decir, pretenden que se castigue al 'parásito social', según la expresión de Zugaldía, y no al 'caparazón' que lo recubre. No se debe olvidar, a efectos de eficacia - concluye Bajo -, que en las grandes y pequeñas sociedades mercantiles siempre hay un número limitado de personas, perfectamente reconocibles, que lo deciden todo al margen de los socios, y es sobre ellos sobre quienes debe recaer la sanción penal como medio idóneo y eficaz de prevención de la delincuencia"².

En idéntico sentido (aunque con referencia a la inconveniencia de aplicar medidas de seguridad a las corporaciones) razona también Antonio Beristain³: "Las personas naturales que en representación de las empresas cometen la acción penalmente relevante en nombre de tal o cual persona jurídica [...] prefieren en general que las medidas penales se le apliquen a la empresa. Pero la justicia saldrá mejor parada si se las aplica directamente a la persona natural [...]". Es que si, por ejemplo, "se clausura a las empresas", pero no se prevé una sanción para quienes han realizado la acción típica (directores, gerentes), "éstos seguirán en alguna otra empresa, y con ellos seguirá el peligro".

¹ Cfr. "Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional '*societas delinquere non potest*' ", Cuadernos de Política Criminal. N° 11, 1980, ps. 67 ss.

² Cfr. Bajo Fernández, "De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas", op. cit., ps. 378-379. Y en un trabajo posterior, en la misma línea de pensamiento, el autor resulta muy elocuente cuando afirma :"(...) la tendencia a la responsabilidad (penal) de las personas jurídicas discurre en sentido contrario al principio del 'levantamiento del velo' de las personas jurídicas que trata de desvelar qué persona física se encuentra detrás de la actividad social, con el fin de hacerla responsable sin que la persona jurídica le sirva de escudo". (Cfr. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho administrativo español", op. cit. pág. 32.).

³ Cfr. Beristain, "Eficacia de las sanciones penales frente a la delincuencia económica", op. cit., ps. 58-59.

Quienes propician la tesis de la responsabilidad pretenden desestimar esta crítica con el argumento de que la responsabilidad del ente ideal "jamás podría cancelar los supuestos de responsabilidad penal de ningún miembro de la corporación que personalmente haya tenido intervención como autor o partícipe del hecho punible"⁴. Este argumento, sin embargo, además de los obstáculos normativos que entraña⁵, pone al descubierto que la estructuración de un sistema de responsabilidad penal de la corporación tiene, en definitiva, un efecto más simbólico que real⁶. Como lo expresa, con toda corrección, Raúl Cervini: "En lo que respecta a la pretendida necesidad de penalizar a la persona jurídica, pensamos que atrás de esta tesitura no hay otra cosa que un derecho administrativo disciplinario, al que se le agrega con la pena una nota estigmatizante, que puede llevar la calma a ciertos círculos. Estrictamente, su concreción implicará un innecesario desdibujamiento del principio de la responsabilidad personal y un retroceso dogmático inocuo, ya que, en los hechos, sólo serviría para reforzar la tradicional impunidad de las personas físicas que las controlan. Por razones burocráticas o meras dificultades probatorias, el funcionamiento real del sistema judicial seguramente agotaría la instrucción al nivel de la penalización formal de las personas jurídicas, las mass media inducirían en la opinión pública esa satisfacción básica a sus requerimientos de justicia, y las personas físicas, auténticamente responsables, podrían seguir tan impunes como siempre, actuando a través de otras sociedades. Por eso se ha dicho que en la realidad de los hechos la responsabilidad de 'doble vía' se reduce a una responsabilidad de 'cajas vacías'. Con una creación semejante, el derecho penal daría prueba cabal más de su inoperancia que de su eficacia, si se entiende por esta última el hecho de llegar a la identificación completa del acto, su autor y las motivaciones de éste"⁷.

II. Un modelo posible

1) Introducción

Un modelo que pretenda ser respetuoso de los principios inspiradores del ordenamiento jurídico - penal en un auténtico Estado de Derecho debe renunciar a la pretensión de estructurar sistemas orientados a la imputación de responsabilidad penal a las corporaciones. Lo dicho, sin embargo, no debe ser interpretado como una actitud tendente a desechar la importancia que, indudablemente, reviste la comisión de distintas formas de criminalidad en el ámbito de las personas jurídicas. Por el contrario, creemos, en este sentido, que los esfuerzos del derecho penal convencional, con los medios de imputación individual que consagra, deben extremar los

⁴ Cfr. Righi, op. cit., p. 262.

⁵ Por cuanto sí, en forma acumulativa (como lo pretende Righi), se castigará a los directores o administradores en la medida de su responsabilidad personal, el quebrantamiento al principio del non bis in ídem surge inconfundible. Al respecto, véase la nota 10 en el capítulo IV, apartado II.

⁶ Así lo admite Baigún: "[...] ¿por qué proponemos un modelo reformulado de la teoría y del delito y no acudimos a sistemas ya vigentes en el ordenamiento jurídico? [...] En el plano de la política criminal [...] un apartamiento del campo penal de los hechos delictivos realizados por la persona jurídica contribuiría a contrarrestar el efecto simbólico que ejerce la ley penal [...]" (cfr. "Naturaleza de la acción institucional...", op. cit., p. 27). Para una postura crítica frente a la pretendida "función simbólica" del derecho penal, cfr. Hassemmer, op. cit., p. 95; Hassemmer - Muñoz Conde, La responsabilidad por el producto elaborado en derecho penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, ps. 32-33; Gonzalo D. Fernández, "El derecho penal orientado a las consecuencias: la quiebra del modelo", Revista de Ciencias Penales. Estudios en Homenaje a Adela Reta, N° 2, 1996, Montevideo, Carlos Álvarez Editor, ps. 216-217-221-222.

⁷ Cfr. Raúl Cervini, "Macrocriminalidad económica. Apuntes para una aproximación metodológica", Revista de Ciencias Penales, N° 2, 1996, Montevideo, Carlos Álvarez Editor, p. 192.

recaudos para evitar la impunidad de los actos cometidos en el seno de los entes ideales por sus representantes o administradores⁸.

Ciertamente, en ocasiones las dificultades procesales para la determinación de responsables⁹ pueden conducir a que quienes hayan sufrido el daño, más allá de la falta de respuesta penal en relación con el hecho puntual, puedan ver frustrados sus justos reclamos indemnizatorios. De allí que, integrando el modelo que se propone, deberá acudirse, muy en especial, a la utilización de sanciones económicas de tipo reparatorio (propias del derecho civil patrimonial), dirigidas (ahora sí) contra el ente ideal, como un medio de resarcir, en la medida apropiada, las lesiones causadas¹⁰.

2) Los instrumentos de imputación del derecho penal convencional y la responsabilidad de los administradores y directores de la persona jurídica

A) Introducción

Juntamente con los recursos dogmáticos utilizados en forma convencional para solucionar los problemas de los administradores y directores de una corporación (como lo es, por ejemplo, cuando de órganos colegiados se trata, la coautoría funcional)¹¹, la doctrina, aunque no sin algunos reparos, acude habitualmente a tres institutos que aparecen como particularmente aptos para este cometido; nos referimos, concretamente, a: la autoría mediata, la omisión impropia y, en el ámbito de los delitos especiales, el "actuar en lugar de otro"¹².

⁸ Así lo postulan Enrique García Vitor, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en AA. VV., De las penas, p. 265; Cervini, op. cit., ps. 191- 192.

⁹ Véase capítulo II, apartado II. 2.

¹⁰ Esta responsabilidad ex delicto no es una consecuencia jurídica de naturaleza penal, sino civil. Como muy bien lo puntualiza Antonio García.Pablos, tal responsabilidad "No deriva del delito mismo, sino del daño que éste, en su caso, haya podido producir. Conceptualmente, pues, no pertenece al derecho penal, y se rige por las normas civiles ordinarias del ordenamiento de origen [...]". Esta naturaleza no es, para estos casos, una cuestión menor. Y no lo es por cuanto, a diferencia de la responsabilidad criminal, la civil ex delicto, puede no ser personal y no tener su fundamento en un hecho propio (cfr. "La responsabilidad civil derivada del delito y su controvertida naturaleza", en AA. VV., De las penas, p. 252).

¹¹ Baigún, cuando el órgano de una corporación (vgr., directorio de una sociedad anónima) realiza una conducta delictiva, tres son las hipótesis que pueden presentarse en relación con la autoría: a) que convergiendo una pluralidad de sujetos, cada uno de los integrantes realice por sí mismo la acción típica o tome parte en ella (autoría concomitante o paralela); b) que el delito sea llevado a cabo por un conjunto de personas, las cuales realizan una parte de la conducta descrita en el tipo, pero ninguno la totalidad; es la llamada coautoría funcional, donde convergen la decisión en común (aspecto subjetivo) y la realización en común por división del trabajo, y c) la denominada "autoría pluriobjetiva", en la que cada uno de los tramos de acción ejecutados es individualmente atípico, pero el comportamiento compuesto reviste la calidad de delictivo. De estas tres formas, la coautoría funcional constituye, sin duda, el ejemplo más frecuente en el derecho penal convencional; en tanto que la tercera modalidad ("autoría pluriobjetiva") no es aceptada por parte de la doctrina en el sistema penal argentino (cfr. Baigún . Bergel, op. cit., ps. 187.188 -texto y nota 41- y 195. Igual clasificación, pero críticamente - en lo que respecta a su utilidad para los delitos económicos, véase Baigún, "¿Es conveniente la aplicación del sistema penal convencional al delito económico?", Revista de Ciencias Penales, N° 1, 1995, Montevideo, Carlos Álvarez Editor, p. 42).

¹² Cfr. García Vitor, op. cit., p. 265; Cervini, op. cit., ps. 191- 192. Este último autor postula acertadamente (por lo menos, en el estado actual de nuestro sistema legislativo vigente) la

B) La autoría mediata

Explica García Vitor que las formas de criminalidad que tienen un mayor desarrollo en el ámbito de las corporaciones (como lo son el delito económico y el ambiental) se destacan "[...] por el parcelamiento de la actividad delictiva, involucrando diversas conductas, que aisladamente consideradas resultan irrelevantes desde el punto de vista de la tipicidad, y posibilitando que los varios intervinientes en la misma puedan, incluso, ignorar el significado criminal de su aporte, el cual sólo es conocido por los ideólogos, alejados convenientemente de la consumación delictual. Esta instrumentalización de los autores materiales de los hechos punibles nos coloca frente al instituto de la autoría mediata, explicado tal vez más satisfactoriamente por medio de la tesis autoral del dominio del hecho, que permite adjudicar precisamente la calidad de autor - mediato - a quien induciendo se vale de otro como instrumento para la realización material del hecho"¹³.

Dentro de los casos que la doctrina, pacíficamente, ha considerado como de autoría mediata, deben mencionarse las hipótesis en las que el instrumento (esto es, quien materialmente realiza el tipo) resulta ser un sujeto inculpable, ya sea por obrar bajo sutiles formas de coacción¹⁴, o por hacerlo bajo los efectos del error¹⁵.

Al lado de estos casos tradicionales de autoría mediata, y como una nueva categoría con reconocimiento jurisprudencial, los autores han comenzado a ocuparse de la tesis, especialmente desarrollada en Alemania por Roxin, denominada "dominio del hecho mediante aparatos organizados de poder"¹⁶.

utilización preferente de las categorías dogmáticas de la participación criminal y de la autoría mediata, "procurando evitar aquellas más traumáticas" como lo serían la omisión impropia y el "actuar en lugar de otro". La referencia al carácter "traumático de estos dos institutos se debe (como lo veremos en el texto) a su posible colisión con los principios de legalidad (en el caso de la omisión impropia) y de culpabilidad - y, según la formulación legislativa que se analice - también el de legalidad respecto al "actuar por otro".

¹³ Cfr. García Vitor, op. cit., ps. 265-266.

¹⁴ Como ejemplifican Baigún . Bergel (op. cit., p. 179): "No es improbable que el instrumento actúe bajo una influencia determinante del autor. Esta influencia puede adquirir distintos grados, que van desde las amenazas - miedo consiguiente - a la extrema dependencia psíquica; es el caso del empleado que amenazado por perder el empleo realiza la acción fraudulenta, sea ésta proyectada por el directorio o por el gerente autorizado". Lo importante, en todo caso, será determinar si nos encontramos realmente frente a un supuesto de coacción sobre el ejecutor (art. 34, inc. 2, del Cód. Penal) o si, por el contrario, se trata de un temor de escasa entidad, en cuyo caso el instrumento puede transformarse en un simple instigado.

¹⁵ Por ejemplo, el empleado que extrae fondos a pedido del administrador sin saber que tiene un destino defraudatorio. Naturalmente, al actuar sin dolo, se desplaza exclusivamente hacia el autor la responsabilidad por el hecho (cfr. Baigún . Bergel, op. cit., p. 180). Sobre este caso de autoría mediata, resulta muy ilustrativo, en la doctrina extranjera, el interesante trabajo monográfico de Günther Jakobs, "La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva", Cuadernos de Conferencias y Artículos, N° 15, 1998, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.

¹⁶ Para la opinión de Claus Roxin, confrontar su trabajo "Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados", Doctrina Penal, año 8, 1985, ps. 411 ss. Esta tesis tuvo recepción jurisprudencial in re "Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Decreto N° 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional", Fallos de la CSJN, t. 309, vol. 2, ps. 1596-1598, a través del pronunciamiento de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital, y fue confirmada, en

Esta nueva categoría dogmática adquiere particular relevancia al momento de buscar soluciones para determinados supuestos (no poco frecuentes) que pueden producirse en una organización de tipo empresarial en la que los ejecutores no siempre ignoran la ilicitud de su actividad, pudiendo incluso estar identificados de alguna manera con los fines de la sociedad¹⁷. La razón de considerar estas hipótesis como casos de autoría mediata viene dada por la fungibilidad del sujeto ejecutor dentro de la estructura societaria: "Dado que el sujeto que lleva a cabo la ejecución se puede remplazar por otro cualquiera, no necesita ni la coacción ni el error para atribuirle el dominio del hecho al que obra por detrás"¹⁸. El dominio de las estructuras, de los medios, del modo de configurarse el hecho típico, la estructura jerárquica y el aludido carácter fungible del ejecutor inmediato, pueden permitir la atribución al superior de una autoría kraft organisationsherrschaft. Este punto de vista, que responde a una evidente necesidad político - criminal, en modo alguno vulnera el marco ontológico¹⁹. Explicado desde otro ángulo: la circunstancia de que nada falte en la libertad y responsabilidad del ejecutor inmediato resulta irrelevante "[...] en cuanto al dominio del inspirador, porque según sus expectativas, respecto del actuante, él no aparece como una persona responsable individualmente, sino como una figura anónima y cambiante, El ejecutor es, en la medida en que se escarbe un poco en el dominio de su acción, al mismo tiempo y en cada instante, una ruedita cambiante"²⁰ de la estructura organizada (empresa).

C) Omisión impropia

Hemos dicho ya que la utilización de esta categoría dogmática ha merecido ciertos reparos entre los autores, quienes incluso llegaron a caracterizarla como un medio de imputación muy "traumático"²¹. Es por eso que, previo a perfilar su posible utilización (como instituto para construir el concepto de responsabilidad de los representantes de una corporación) nos ocuparemos brevemente de estos cuestionamientos.

La falta de tipificación especial de los delitos impropios de omisión ha hecho necesario que éstos deban ser integrados en tipos que señalan como verbo rector a una acción, siempre que, respecto

lo que respecta a esta interpretación, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en votación dividida (cfr., para el voto de la mayoría, Fallos de la CSJN, t. 309, vol. 2, ps. 1596-1598 - voto del Dr. Carlos S. Fayt, Considerando N° 21-; p. 1804 - voto conjunto de los Dres. Enrique S. Petracchi y Jorge A. Bacqué, Considerando N°15-).

¹⁷ Stratenwerth (op. cit., p. 242) admite, expresamente, que "el aparato de poder [...] no debe tener necesariamente carácter estatal". Vincula la teoría con la problemática de la imputación de responsabilidad penal a los directores y administradores de una persona jurídica, García Vitor, op. cit., p. 267. También lo hacen Baigún - Bergel, op. cit., ps. 182-183.

¹⁸ Cfr. Stratenwerth, op. cit., ps. 242-243. El autor, en este aspecto, es muy enfático: "Lo que de todos modos constituye un claro requisito, es que la organización tenga a su disposición una reserva suficientemente grande de personas de las que pueda servirse; de otra manera, el agente individual no sería reemplazable. Por otra parte, el que obra por detrás dentro de la organización debe tener un poder considerable para ordenar y no ser sólo un simple 'emisario' pues, de otro modo, carecerá de dominio sobre el suceso".

¹⁹ Cfr. Silva Sánchez, "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho Español", op. cit. pág. 370.

²⁰ Cfr. Edgardo Alberto Donna, La autoría _y la participación criminal, con la colaboración de Javier de la Fuente, Daniela Dupuy y Lucrecia Sanmartino, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 33.

²¹ Cfr. la opinión de Raúl Cervini citada supra en la nota 12.

del omitente, pese una obligación de garantía en relación con el bien jurídico protegido por aquellos tipos.

Esta metodología crea, indudablemente, problemas con uno de los principios básicos que debe presidir un derecho penal propio de un Estado constitucional de Derecho: el de legalidad. Lo dicho es así por cuanto, a través de esta categoría dogmática, se trata de penar una omisión utilizando un tipo en el cual la ley ha previsto declaradamente una conducta de acción. De allí que sean correctas las observaciones del profesor Novoa Monreal en el sentido de que; "Si en determinada legislación penal (preferentemente en la parte general del respectivo código Penal) existe [un] precepto que permita responsabilizar también a quien no evita el resultado previsto en el respectivo tipo, faltando con ello a su deber [...] jurídico (cláusula de equiparación) [...] los reparos en relación con dicho principio de legalidad se aligeran [...] Pero si la correspondiente legislación carece de una regla de esa clase [...] la dificultad aparece con todo su vigor"²².

Empero, pensamos que para que se disipe cualquier duda respecto a la compatibilidad con el principio constitucional de legalidad, los delitos omisivos impropios exigirán, a la par de la consagración de una cláusula legal que permita aquella equiparación de tratamiento -a la que alude Novoa -, una precisa definición de los presupuestos frente a los cuales pueda surgir la posición de garante²³.

No obstante ser ésta también nuestra opinión respecto a las formas omisivas impropias, lo cierto es que la utilización de este instrumento por parte de cierta jurisprudencia, como una técnica de imputación para responsabilizar a los administradores (o, en general, representantes del ente

ideal), nos pone en la necesidad de determinar (desde un ángulo analítico teórico), con el mayor rigor posible, hasta dónde llega la posición de garante. La posición de garante requiere esencialmente "que el sujeto esté encargado de la protección o custodia del bien jurídico que aparece lesionado o amenazado de lesión"²⁴. Una de las formas en que se manifiesta tal posición se estructura a partir de la asunción, por parte de un sujeto, de un deber de vigilancia frente a una concreta fuente de riesgo. como expresa Enrique Bacigalupo: "[...] la posición de garante tiene aquí por contenido la dirección y el encausamiento de algo que produce, por su utilización, peligros para bienes jurídicos en la vida social, por cuyo motivo un determinado sujeto o sujetos tienen como función el evitar o prevenir los daños"²⁵.

²² Cfr. Eduardo Novoa Monreal, "Los delitos de omisión", *Doctrina Penal*, año 6, 1983, ps. 38-39. Igual crítica, Gustavo L. Vitale, "Estado constitucional de Derecho y derecho penal", en AA. VV., *Teorías actuales en el derecho penal*, Bs. As., Ad.Hoc, 1998, ps. 83-84. Se limitan a establecer una cláusula de equiparación, en el derecho europeo, los Códigos de Austria, parágrafo 2 (para su texto, cfr. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. XXXIV, fasc. I, enero - abril de 1981, Madrid), y Alemania, parágrafo 13. En Latinoamérica adoptan esta metodología, entre otros, los textos de Colombia, art. 21, y Costa Rica, art. 18 (para sus textos, cfr. Juan Bustos Ramírez - Manuel Valenzuela Bejas, *Derecho penal latinoamericano comparado*, t. III (Apéndice: Parte general de los códigos y proyectos), Bs. As., Depalma. 1981y 1983.

²³ Cfr. Ricardo O. Sàenz, "Algunas cuestiones relativas a los delitos de omisión", *Doctrina Penal*, año 12, 1989, ps. 304-305. Subsana, en gran medida, estos reparos el nuevo Código Penal español (1995), en su artículo 11. Sobre dicho texto legal, Vid. Jesús - María Silva Sánchez, "Consideraciones sobre la teoría del delito", *Editorial Ad - Hoc*, Bs. As. 1998, pág. 73 y ss.

²⁴ Cfr. Enrique Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, Bogotá, Temis, 1983, p. 143.

²⁵ Cfr. Bacigalupo, op. cit., p. 146.

Precisamente, en estrecha vinculación con esta forma se manifiesta la posición de garantía que tanto la doctrina²⁶ como la jurisprudencia²⁷ vienen desarrollando en relación con los casos de responsabilidad de los directores. A nuestro modo de ver, esta técnica de imputación, para ser mínimamente tolerable, exigiría la formulación de una serie de precisiones:

a) En primer lugar, y como ya lo señalamos, debe tenerse presente que no toda actividad desplegada en el seno de una corporación puede ser considerada como una potencial "fuente de riesgo o peligro" para bienes jurídicos. Por consiguiente, éste no es un predicado general aplicable, sino que requerirá, en cada caso, un examen particular²⁸. Habrá actividades que se desarrollen bajo la forma empresarial, que efectivamente pueden responder a esas características (pensamos, por ejemplo, en el ámbito de la delincuencia ecológica, los perjuicios que puede acarrear la falta de control respecto al personal al que se ha encargado el tratamiento de efluentes con aptitud contaminantes), pero existen infinidad de situaciones en las que tales características no podrán verificarse.

²⁶ Así, Baigún ("La tipicidad en el sistema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...", op. cit., p. 88) expresa: "En un exhaustivo estudio sobre problemas básicos de la dogmática jurídico - penal y política criminal, en torno a la criminalidad de empresas, Bernd Shünemann examina la responsabilidad de garante de los órganos de dirección de la empresa con relación a los hechos punibles e infracciones administrativas cometidos por los subordinados, y llega a la conclusión de que la fuente de la posición de garante se funda en el dominio que ejercen los directivos, tanto sobre las cosas peligrosas como sobre el comportamiento de las instancias inferiores, comportamiento que se conecta con las relaciones de poder y el ámbito de competencia" (el énfasis nos pertenece). Éste pareciera ser, también, el criterio de Bacigalupo, op. cit., p. 147. En forma reciente y enrolándose en esta opinión, ha expresado Paz Mercedes de la Cuesta Aguado que: "Quien posee en su esfera de dominio una fuente de peligro para bienes jurídicos, es responsable de que tal peligro no se materialice. Así sucede respecto a las industrias peligrosas por sus propietarios" (cfr. Tipicidad e imputación objetiva, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 224). Para un completo panorama de la cuestión en la doctrina alemana, cfr. Wolfgang Frisch, "Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo" (En: Mir Puig - Luzón Peña, "Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto", op. cit. pág. 111 - 114).

²⁷ Así, en relación con la ley 24.051, la Cámara Federal de San Martín, in re "Averiguación s / contaminación Río Reconquista" (26-8-1992), expresó: "Para estos casos la estructura de los delitos tradicionalmente llamados de comisión por omisión, y más modernamente impropios de omisión, brinda una solución adecuada al problema que se viene tratando: el agente que tiene obligación de actuar en determinado sentido (la llamada posición de garante), mediante una omisión permite que el resultado material se produzca. De aquí se deriva un poder de control sobre las cosas peligrosas, y en el caso de delegación, un deber de cuidado en la elección de su personal según su capacidad y un deber de supervisión general. El titular o directivo no puede liberarse de esta posición de garante mediante la designación de garantes auxiliares" (cfr. JPBA, año XX, t. 78, Sumario N° 361, p. 146). Igual criterio fue sostenido por el mismo tribunal in re "Molina, M. A.", fallado el 27-2-1996 (JPBA, año XXV, t. 99, Sumario N° 82, p. 34).

²⁸ Cfr. Terradillos Basoco, op. cit., p. 40. En rigor, si se admitiera "con carácter general que la empresa sea fuente de riesgo", no habría, teóricamente, dificultad para predicar la posible existencia de una suerte de "peligrosidad objetiva", compatible con la imposición de medidas. Empero, por nuestra parte hemos negado expresamente esta posibilidad supra, en el capítulo IV, apartado IV.

b) Sin embargo, la verificación de que una actividad (desarrollada a través de una corporación) sea riesgosa o peligrosa para determinados bienes jurídicos, no hace surgir per se en cabeza de su director la asunción de una posición de garantía. A nuestro modo de ver, esta posibilidad aún exige la constatación de dos elementos esenciales:

1. Que respecto del representante a quien se pretende imputar la no evitación del resultado, exista un deber de actuar basado en la ley, en una convención o en su obrar precedente²⁹.

2. En segundo lugar, será necesario que el autor (administrador, director, etc.) tenga el control o dominio de la actividad que se considera riesgosa. Este control requiere, para ser tal, el conocimiento del curso causal concreto por parte del omitente de la situación. De allí que no basta que el autor sepa que tal o cual hecho se está llevando a cabo: es necesario que sepa cómo es que éste se desarrolla y, al mismo tiempo, que esté colocado en posición real, física, de modificar el curso de los hechos, evitando así el resultado³⁰.

Los recaudos exigidos - mínimos, como lo dijéramos, para tornar aceptable una categoría dogmática tan reñida con garantías básicas - ponen en evidencia la corrección de lo afirmado por Malamud Goti³¹ en el sentido de que sólo en muy contados casos serán aplicables las reglas de la omisión impropia. Ello por cuanto los altos funcionarios en general se encontrarán más allá de los acontecimientos delictivos concretos y, por consiguiente, estarán colocados en una posición desde la que, difícilmente, puedan evitar las consecuencias disvaliosas.

D) Los delitos especiales y el "actuar por otro"

La doctrina ha distinguido entre delitos comunes o generales y delitos especiales. Esta clasificación atiende a la circunstancia de que los tipos delictivos "requieran un autor que ostente determinadas calificaciones o puedan ser realizados por cualquiera"³². Los primeros reciben la denominación de delitos especiales.

Vinculada, precisamente, con este tipo de delitos (especiales) ha encontrado un vigoroso desarrollo la categoría dogmática del "actuar por otro". En efecto, este instituto aparece como una respuesta para aquellos casos en los que las especiales cualidades del autor concurren en la persona jurídica (incapaz de actuar, como ya se viera) y no en sus órganos de representación, que en definitiva serán los que realizan el substrato naturalístico de la infracción.

Un ejemplo, podrá aclarar el concepto: el artículo 31 inciso "c" de la ley 22.362 ("Falsificación y uso indebido de marcas y designaciones") dispone que será sancionado con prisión de tres meses a dos años "El que ponga en venta o venda una marca registrada o una designación falsificada, fraudulentamente imitada o perteneciente a un tercero sin su autorización". En tal

²⁹ Cfr. Malamud Goti, Política criminal de la empresa, p. 43.

³⁰ Idem. Igual criterio, Bacigalupo, op. cit., ps. 149-153. En la jurisprudencia, este aspecto fue puesto de resalto por la Cámara Federal de San Martín al fallar la causa "Averiguación s/ contaminación Río Reconquista" (JPBA, año XX, t. 78. Sumario Nº 361), donde se dijo que "[...] las limitaciones que derivan del principio de legalidad, permiten fundar la responsabilidad del director sólo en aquellos casos en que existe una relación de dominio sobre la causa del resultado. Si en una empresa el dominio material se da escalonadamente, cada co-titular de la custodia será responsable según la parte de dominio que mantenga sobre ella (gerente de tal área, jefe de planta, encargado de mantenimiento, del laboratorio, etc.), lo cual supone 'un ámbito especial de influencia acotado para el garante, en el que se encuentra el objeto peligroso' [...]"

³¹ Cfr. Malamud Goti, Política criminal de la empresa, p. 44.

³² Cfr. Enrique Bacigalupo, Derecho penal. Parte general, Bs. As., Hammurabi, 1987, ps. 167-168.

caso, el problema se presenta si, vgr., quien vendió un producto con marca registrada perteneciente a un tercero y sin autorización de éste fue una persona jurídica. En esta hipótesis no podrá sancionarse penalmente a la persona jurídica, porque carece de capacidad de acción, y tampoco podrá sancionarse a la persona física que actuó por ella (su representante, director, etc.), porque no es él quien vende, sino la persona jurídica, lo que equivale a decir que el representante, director, etc., no posee la calidad de "vendedor" exigida, implícitamente, por el tipo; aquí "vendedor" es la sociedad mediante la cual actúa³³.

En tales situaciones, precisamente, mediante la utilización de este instrumento ("actuar por otro"), se opera una "extensión de la autoría cuyo fundamento ha de encontrarse en el principio de equivalencia, ya que quien en estos casos actúa en nombre de otro, pese a no reunir las características de sujeto cualificado, realiza una conducta equivalente"³⁴. De allí que con acierto se haya dicho que, por medio de su implementación, se podrá dotar al sistema penal "de un mecanismo que permita llegar, a través de la persona jurídica, hasta la persona física que actuó sirviéndose de la estructura societaria"³⁵.

Sin embargo, se describiría insuficientemente la utilidad de la teoría si de redujera su ámbito de aplicación sólo a la hipótesis anterior. En este sentido, compartimos la opinión de Vives Antón y Cobo del Rosa³⁶ cuando refieren que esta categoría dogmática puede, además, implementarse como una respuesta al problema que se concita no sólo respecto de los que actúan en nombre de personas jurídicas, sino también de los que actúan en nombre de personas físicas. Esto ocurriría, por ejemplo, cuando las cualidades del autor que exige el tipo recaen sobre el director o el administrador de la corporación y éste, a su vez, ha delegado ese deber en sus colaboradores³⁷. Esta nueva forma de ampliación de los tipos delictivos se justifica, en la explicación de Jescheck, en razón de la división de trabajo que preside la economía moderna, así como en el alto grado de burocratización que caracteriza a la organización administrativa que obliga a la delegación de responsabilidad³⁸.

Empero, es de advertir que las posibles utilidades de esta categoría dogmática se encuentran muy limitadas en el caso de nuestro derecho positivo, en donde si bien ha sido receptada por algunas leyes penales especiales³⁹, no lo ha sido de una manera general a través de su

³³ El ejemplo le pertenece a Gabriel Pérez Barberá, "Actuar por otro y delito económico", "Foro de Córdoba", Año VII - N° 32 -1996, pág. 70.

³⁴ Cfr. Terradillos Basoco, op. cit., p. 43.

³⁵ Idem

³⁶ Cfr. Vives Antón - Cobo del Rosal, op. cit., p. 278.

³⁷ La hipótesis ha sido consagrada (entre otros textos extranjeros) por el apartado 2, en el párrafo 14 del Código Penal alemán, y por el art. 31 del Código Penal español.

³⁸ Cfr. Jescheck, op. cit., p. 208.

³⁹ Un buen ejemplo de incorporación del instituto en la legislación penal especial lo representa el artículo 37 de la ley 23.737 (Tenencia y tráfico de estupefaciente). dicho texto legal expresa que: "En todos los casos en que el autor de un delito previsto en esta ley lo cometa como agente de una persona jurídica y la característica requerida para el autor no la presente éste sino la persona jurídica, será reprimido como si el autor presentare esa característica". Gabriel Pérez Barberá, op. cit. pág. 78 y sgs., observó que la incorporación de una cláusula de esta naturaleza por parte de otros documentos legislativos nacionales, ha fracasado en el logro de los fines que persigue por defectos en su construcción. Tal es lo que ocurrió, vgr., con el artículo 12 de la ley 23.771 (Ley penal tributaria) entonces vigente (en la actualidad rige la ley N° 24.769, regulando esta problemática el art. 14). Según aquel artículo "Cuando se trate de personas jurídicas de

incorporación en la parte general del Código, no obstante los justos reclamos doctrinarios en ese sentido⁴⁰.

De cualquier manera, y tomando en cuenta ciertas críticas que ha despertado la utilización del instituto entre los autores extranjeros⁴¹, nos parece conveniente que la inclusión de una fórmula que la contemple debería respetar, por lo menos, los siguientes principios⁴²:

a) En primer lugar, el sujeto que actúa (sea en nombre de la persona jurídica o por delegación de su director) debe haber realizado íntegramente el tipo; es, por lo tanto, autor en sentido físico - causal⁴³.

b) En segundo lugar, quien actúa deberá realizar en forma "total" el tipo; esto es, la actuación "debe entenderse comprensiva de la parte subjetiva del mismo: el sujeto obrante lo habrá hecho dolosa o culposamente, pues lo único 'que puede faltar' es la especial condición demandada para el autor"⁴⁴.

c) Por fin, tratándose de la actuación en nombre de una persona jurídica, se debería contemplar no sólo los órganos de administración constituidos de conformidad a derecho, sino que, además, pero siempre de manera expresa (para evitar lesiones al principio de legalidad), resultaría pertinente que se incluyera a los órganos o representantes fácticos⁴⁵

derecho privado, sociedades, asociaciones u otras entidades de la misma índole, la pena de prisión por los delitos previstos en esta ley corresponderá a los directores, gerentes, síndicos, miembros del Consejo de Vigilancia, administradores, mandatarios o representantes que hubiesen intervenido en el hecho punible". Respecto de este texto considera Pérez Barberá que la redacción dada a la cláusula no pudo haber logrado "resultados satisfactorios respecto de los arts. 4º y 10 [de la ley 23.771], pues ellos representan, también, casos de actuación por otro, aunque no por ampliación del tipo objetivo, sino del subjetivo". Este autor, igualmente, ofrece reparos respecto de las cláusulas contenidas en el artículo 42 inc. 2º letra "b" de la ley 22.262 (De defensa de la competencia) y 144 de la ley 24.241 (Sistema integrado de jubilaciones y pensiones).

⁴⁰ Cfr. Caballero, op. cit., ps. 35-36. En forma reciente, es de la misma opinión Roberto Emilio Spinka, "Las personas jurídicas ante la ley penal tributaria y previsional", Foro de Córdoba, año III, Nº 13, 1992, Córdoba, Advocatus, p. 53. Este autor aclara que tal incorporación es útil "no sólo porque daría solución a ciertas hipótesis considerables en relación con dicho Código [se refiere, desde luego, al Código Penal], sino también porque, por la vía del art. 4º del C.P., sería aplicable a la legislación especial que no siempre es cuidadosa a la hora de elaborar técnicamente sus disposiciones [...]". Igual criterio Pérez Barberá, op. cit. pág. 79.

⁴¹ Así, Juan Bustos Ramírez ("La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en AA. VV., El derecho penal hoy, homenaje al Profesor David Baigún, Bs. As., Editores del Puerto, 1995, p. 18) expresa: la actuación en nombre de una persona jurídica implica "[...] una 'comunicabilidad' que no tiene un fundamento dogmático tradicional sólido, ya que atribuyen una característica que no se tiene, con lo cual en definitiva hay una imputación de responsabilidad objetiva o presunción de responsabilidad [...]".

⁴² Se trata. como se advertirá. de una propuesta de lege ferenda.

⁴³ Cfr. Quintero Olivares, op. cit., p. 577.

⁴⁴ Ibid., p. 578. Igual opinión, en relación con el parágrafo 14 del Código alemán, Jakobs, op. cit., p. 724: "Los requisitos de esta ampliación del círculo de autores deben estar abarcados, como el propio elemento de la autoría, por el dolo".

⁴⁵ En cuanto al alcance que debería darse al concepto de administrador de hecho, la doctrina - elaborada a partir de textos legales que admiten la "actuación en nombre de otro" - no ha sido

pacífica. Así, en términos generales, los autores alemanes limitan el concepto a aquel sujeto que, designado como administrador, presenta algún vicio en su nombramiento. En este sentido, Silva Sánchez (cfr. "Consideraciones sobre la teoría del Delito", op. cit., pág. 175- 220) ha sintetizado el estado de la cuestión en la doctrina alemana de la siguiente manera: "[...] Marxen (en Neuman - Schild, Nomos Kommentar Zum Strafgesetzbuch, Baden.Baden, 1995) [...] se inclina por exigir, al menos, un acto de nombramiento (por rudimentario y, por tanto, jurídicamente ineficaz que éste sea) para estimar que un sujeto integra un órgano en sentido 'fáctico'. Según esto, sería insuficiente la mera tolerancia de su actuación por el resto de asociados y, por supuesto, no se daría la condición de órgano fáctico en casos de 'usurpación' de la función rectora" (p. 188, nota 24). Empero, y según opina el propio Silva Sánchez, esta limitación del concepto se puede justificar a partir de una fórmula legislativa como la prevista en el parágrafo 14 del StGB (para su texto, véase supra, capítulo III, apartado II, nota 18), cuya literalidad, poco abierta a excesivas interpretaciones fácticas, impediría efectuar equiparaciones materiales sin vulnerar el principio de legalidad. Tal situación, según el autor, no se daría respecto del nuevo artículo 31 del Código Penal español (para su texto, cfr. supra capítulo III, apartado III, nota 27) que, expresamente, contempla la hipótesis del "administrador de hecho". Es por eso que, refiriéndose al texto español, Silva propicia un concepto amplio de "administrador de hecho" que "[. . .] incluyendo por supuesto los casos que integra el concepto restringido, añade otras situaciones, con el propósito de comprender todos los supuestos en que quepa afirmar que un determinado sujeto, no siendo administrador de derecho, ostenta el dominio social típico sobre la actividad de la persona jurídica [...]" (p. 199).

Capítulo sexto

SÍNTESIS DE CONCLUSIONES

1) La creciente participación de la empresa en el sistema económico moderno, bajo la manifestación de las diversas figuras societarias que ofrece el derecho mercantil, la convierte en titular del rol de agente económico.

2) El denominado derecho penal de la empresa constituye una rama del derecho penal económico.

El derecho penal de la empresa alude a aquellos delitos económicos en los que, por medio de una actuación para una empresa, se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa.

4) Limitando nuestro universo de análisis a la criminalidad que se desarrolla "desde la empresa" (siguiendo la clásica distinción de Schönemann), las formas de vinculación de la estructura societaria con el fenómeno delictivo pueden ser clasificadas en dos grandes grupos de casos:

A) El primero de ellos (de poca incidencia práctica por el modo evidente en que se manifiestan) está representado por aquellas hipótesis en las que la creación del ente ideal lo es ex profeso para el desarrollo de una actividad ilícita (vgr., corporación constituida para obtener beneficios sobre una base ficticia).

B) El segundo, en cambio, se caracteriza por cuanto tanto la actividad desarrollada como el objeto societario son, en sí mismos, lícitos. Sin embargo, durante el ejercicio de la actividad social la persona jurídica se transforma en "escenario" de transgresiones que pueden configurar infracciones delictuales o contravencionales.

5) La estrategia político - criminal que la doctrina propone para cada uno de estos grupos de casos es diferenciada:

A) Para el primero de ellos (apartado "A" de la conclusión precedente) resulta suficiente acudir a los instrumentos jurídico - penales de imputación consagrados por la legislación penal común con el objeto de sancionar a los directivos del ente ideal, por cuanto, por regla, en estos casos resulta clara la identificación de la acción del sujeto que provocó el resultado delictivo. Juntamente con esta medida, también serán de utilidad, para prevenir tales situaciones, las normas relativas a la nulidad por objeto o actividad ilícitos, propias del derecho societario.

B) Para el segundo grupo de casos, en cambio, las dificultades, tanto de carácter procesal como de derecho sustantivo, para imputar la acción disvaliosa a un agente determinado, han llevado al diseño de distintos modelos de responsabilidad que, con el objeto de evitar supuestas "lagunas de impunidad", intentan imponer sanciones directamente al ente ideal, con independencia de la responsabilidad del autor (o autores, en el caso de órganos colegiados), cuyas acciones constituyen el verdadero substrato naturalístico de las formas delictivas. El examen de las modernas orientaciones político - criminales en esta materia permite sistematizar los modelos elaborados de la siguiente manera:

a) Construcción de un sistema de doble imputación que permita, por una parte, el castigo de las personas físicas (directores, gerentes, etc.) que intervinieron en el hecho delictivo (a través de la teoría jurídica del delito tradicional) y, por otra, la imposición de penas para la corporación.

b) Aplicación, a la persona jurídica, de sanciones de tipo penal -administrativas.

c) Imposición de medidas de seguridad al ente ideal.

6) Los modelos descriptos como estrategia político - criminal para el segundo grupo de casos son susceptibles de serios cuestionamientos:

A) En lo que respecta a la imposición de penas a las corporaciones, es posible concluir que:

a) El sistema de imputación, que consagra el derecho penal convencional, no permite la atribución de delito (y, por consiguiente, la imposición de pena) a la persona jurídica. Ello es así por cuanto los elementos de aquél (delito) tienen como presupuesto conductas, aptitudes o contenidos espirituales que sólo pueden darse en relación con el individuo. En este sentido, el concepto de acción, las formas de culpabilidad y su presupuesto, así como el fundamento teórico de la pena, resultan incompatibles con la construcción de un sistema de responsabilidad penal para las corporaciones.

b) Por su parte, el diseño de un modelo de doble imputación importa el desconocimiento de garantías políticas superiores, cuya formulación ha sido contemporánea al proceso de formación mismo del derecho penal moderno, y que aparecen como vallas infranqueables para el ejercicio del ius puniendi.

b.1) En primer lugar, es indudable que al imponer una pena a una sociedad se afecta el principio de que la responsabilidad penal debe ser personal. En efecto, la aplicación de una pena de multa, por ejemplo, importaría una disminución del patrimonio de la corporación (integrado por los distintos aportes individuales); disminución que, respecto de aquellos socios que no intervinieron en la toma de decisión cuya materialización constituyó la acción delictiva, significa consagrar una forma de responsabilidad por el acto ajeno y, por lo tanto, de carácter objetivo.

b.2) Junto a este obstáculo, si el modelo de doble imputación que se construye pretende (como ocurre en el caso del Código Penal francés vigente) ser acumulativo (es decir, la responsabilidad de la corporación no cancela la responsabilidad individual del director que realizó la acción típica) se conculcará, además, el principio constitucional que prohíbe la doble persecución por un mismo hecho.

B) El modelo que pretende sustituir la imposición de penas por la de sanciones de tipo penal - administrativo tampoco resulta satisfactorio. Ello es así por cuanto, no existiendo diferencias ópticas entre la infracción penal y la administrativa, no resulta científicamente admisible disminuir en el caso de la segunda (infracción administrativa) el nivel de garantías que el ordenamiento jurídico ha previsto al momento de determinar los presupuestos mínimos para que una conducta sea merecedora de pena; presupuestos que, en materia de derecho sustantivo, incluyen el respeto por los principios de personalidad de la pena y de culpabilidad (strictu sensu).

C) El modelo que pretende imponer a las corporaciones medidas de seguridad es susceptible de dos observaciones:

a) En primer lugar, si se está de acuerdo con que la persona jurídica es incapaz de actuar, jamás se podrá predicar de ella la existencia de una peligrosidad subjetiva (en el sentido de probabilidad delictiva del autor); presupuesto básico para la imposición de una medida.

b) Por otra parte, tampoco resulta correcto construir este modelo de responsabilidad a partir de la prédica de una suerte de "peligrosidad objetiva", que encontraría su fundamento en el riesgo de que las asociaciones sean utilizadas por las personas físicas como "ámbito" o "medio" propicio para el desarrollo de su comportamiento delictivo. Ello es así por cuanto, del delito cometido por una persona física en el ámbito de la actividad societaria, sólo será posible extraer, como hecho objetivado, indicios de peligrosidad respecto de quien fue autor del comportamiento delictivo realizado, mas nunca del "ámbito" o "medio" en donde aquél (el autor) desarrolló ese comportamiento; "ámbito" que, en sí mismo, no puede ser adjetivado de esa manera (esto es, como "peligroso").

7) Los esfuerzos por construir modelos de responsabilidad autónomos para las personas jurídicas (más allá de los obstáculos que se reseñaran en la conclusión precedente) corren el riesgo de terminar por reforzar la impunidad de las personas físicas que las controlan. Ello es así

por cuanto las dificultades probatorias incitas con las formas delictivas que pueden tener lugar en el ámbito de las corporaciones, traerán aparejado, por regla, el agotamiento de la investigación judicial al nivel de la penalización formal de los entes ideales.

8) Un modelo respetuoso de los principios inspiradores de un derecho penal propio de un Estado constitucional de Derecho debe renunciar a cualquier intento de responsabilizar penalmente a la persona jurídica. Lo dicho, empero, no significa desconocer la importancia que, indudablemente, reviste la comisión de distintas formas de criminalidad que pueden tener lugar en el "ámbito" de una persona jurídica. Por el contrario, porque reconocemos esta realidad, nuestra propuesta se orienta a:

A) En primer lugar, es necesario que, a través de la utilización de los instrumentos de imputación del derecho penal común, se extremen los recaudos para evitar la impunidad de los actos cometidos en el seno de las corporaciones por sus administradores o directores. Entre estos instrumentos es recomendable la utilización de aquellas categorías dogmáticas que, como la coautoría funcional (para el caso de responsabilidad de cuerpos colegiados) o la autoría mediata, resultan menos problemáticos en relación con otros medios, como la omisión impropia (fuertemente cuestionada desde la perspectiva del principio de legalidad) o, para el caso de los delitos especiales, la "actuación en lugar de otro", que si bien ha sido receptada, en algunos casos, por la legislación penal especial, su falta de formulación como cláusula general en el Código Penal impide su extensión.

B) En segundo lugar, e integrando el modelo que se propone, deberá acudir, además, a la utilización de sanciones económicas de tipo reparatorio, propias del derecho civil patrimonial, como medio de resarcir, en la medida apropiada, los daños causados por la actividad delictiva.

BIBLIOGRAFÍA

Achenbach, Hans, "Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y las personas que actúan en su nombre en el derecho alemán" en: J. Silva Sánchez (Edición española) - B. Schünemann - J. De Figueiredo Díaz (coordinadores), Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal, J. M Bosch Editor, Barcelona, 1995

Aftalión, Enrique R., "Acerca de la responsabilidad de las personas jurídicas", en AA. VV., Derecho penal administrativo, Bs.As., Ediciones Arayú, 1955.

Bacigalupo, Enrique, Delitos impropios de omisión, Bogotá, Temis, 1983.

Derecho penal. Parte general, Bs. As., Hammurabi, 1987.

Cuestiones Penales de la nueva ordenación de las sociedades y aspectos legislativos del derecho penal económico. Editorial Astrea Bs. As, 1974.

Bacigalupo, Silvina, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Editorial Bosch, Barcelona, 1998.

Baigún, David, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: polémica conocida pero no resuelta", en AA. VV., La responsabilidad, homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1995.

"Naturaleza de la acción institucional en el sistema de la doble imputación. Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en AA. VV., De las penas, homenaje al Profesor Isidoro De Benedetti, Bs. As., Depalma, 1997.

"La tipicidad en el sistema de la responsabilidad de las personas jurídicas, denominado doble imputación", Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Nueva

Serie, N° 1, 1995, edición homenaje a Ricardo C, Núñez, UNC, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Marcos Lerner Editora Córdoba.

- "¿Es conveniente la aplicación del sistema penal convencional al delito económico?", Revista de Ciencias Penales, Nº 1, 1995, Montevideo, Carlos -Alvarez Editor.
- "La persona jurídica frente al derecho penal", en: Aída Kemelmajer de Carlucci - Roberto M López Cabana (directores), Derechos y garantías en el siglo XXI, Editorial Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 1999.
- Bajo Fernández, Miguel, "De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas", Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid, 1981.
- "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Administrativo Español", en: S. Mir Puig - D. M. Luzón Peña (coordinadores), Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, J. M Bosch Editor, Barcelona, 1996.
- Barbero Santos, Marino, "¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?", Doctrina Penal, año 9, 1986.
- "Heinz Mattes. In memoriam", Nuevo Pensamiento Penal, año 3, 1974.
- Barreira, Carlos - Vidal Albarracín, Héctor, "Responsabilidad de las personas jurídicas en materia de contrabando", LL, 1988-B.
- Baumann, Jürgen, Derecho penal. Fundamentos y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos, Bs. As., Depalma, 1981.
- Bergel, Darío - Baigún, David, El fraude en la administración societaria, Bs. As., Depalma, 1988.
- Beristain, Antonio, Medidas penales en derecho contemporáneo. Teoría, legislación positiva y realización práctica, Madrid Reus, 1974.
- "Eficacia de las sanciones penales frente a la delincuencia económica", Eutanasia: dignidad y muerte (y otros trabajos), Bs. As., Depalma, 1991.
- Bustos Ramírez, Juan, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en AA. VV., El derecho penal hoy, homenaje al Profesor David Baigún, Bs. As., Editores del Puerto, 1995.
- Bustos Ramírez, Juan - Valenzuela Bejas, Manuel, Derecho penal latinoamericano comparado, t. III (Apéndice: Parte General de los Códigos y Proyectos), Bs. As., Depalma, 1981y 1983.
- Caballero, José Severo, "La responsabilidad penal de los directores y administradores y la llamada responsabilidad penal de la sociedades anónimas y otras personas colectivas", Cuadernos de los Institutos, Nº 120, 1973 (Nº XXII del Instituto de Derecho Penal), Dirección General de Publicaciones, Córdoba.
- Cabral, Luis C., Compendio de derecho penal. Parte general, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1987.
- Cerezo Mir, José, "Límites entre el derecho penal y el derecho administrativo", Anuario de derecho penal y ciencias penales, t. XXVIII, fasc. II, mayo - agosto de 1975.
- Cervini, Raúl, "Macrocriminalidad económica. Apuntes para una aproximación metodológica", Revista de Ciencias Penales, Nº 2, 1996, estudios en homenaje a Adela Reta, Montevideo, Carlos -Álvarez Editor.
- Cesano, José Daniel, La multa como sanción del derecho penal común: realidades y perspectivas, Alveroni Ediciones, Córdoba, 1995.
- , En torno a la denominada responsabilidad penal de la persona jurídica, Alveroni Ediciones, Córdoba, 1998.
- Creus, Carlos, Derecho penal. Parte general, Bs. As., Astrea, 1988.

Cueto Rúa, Julio, "La responsabilidad de las personas jurídicas", en VV., Derecho penal administrativo, Bs. As., Ediciones Arayú, 1955

, "La persona jurídica en el derecho penal", Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, t. XXV, año 1986.

Chichizola, Mario I., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas de existencia ideal", LL, t. 109.

De Araujo Junior, Joao Marcello, "Integración regional y delitos económicos. Societas delinquere potest. Estado actual. Legislación y doctrina", en AA. VV., Teorías actuales en el derecho penal, Bs. As., Ad-Hoc, 1998.

De Faría Costa, José, "La responsabilidad jurídico penal de la empresa y de sus órganos", en: J. M Silva Sánchez (Edición española) B. Schünemann - J. De Figueiredo Días (coordinadores), Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal, J.M Bosch Editor, Barcelona, 1995.

De la Cuesta Aguado, Paz Mercedes, Tipicidad e imputación objetiva, Mendoza, Ediciones jurídicas Cuyo, 1998.

De la Rúa, Jorge, "Delitos económicos", Doctrina Penal, año 3, 1980.

Los delitos contra la confianza en los negocios, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1980 (en esta obra se reproduce, como capítulo primero el trabajo publicado en Doctrina Penal que se menciona supra).

Donna, Edgardo Alberto, La autoría y la participación criminal, con la colaboración de Javier de la Fuente, Daniela Dupuy y Lucrecia Sanmartino, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998.

Ducouloux - Favard, Claude: "Quatre années de sanctions pénales à l'encontre des personnes morales", Recueil Dalloz 1998 Chroniques, pág. 395 y ss.

Escudero, J.F.- García, M.C. - Frígola, J - Juan, J - Martell, C.- Ganzenmüller, C. - Jufresa, F.P, Delitos societarios, de la receptación y contra la hacienda pública, Edit. Bosch, Barcelona, 1998

Escuti (h.), Ignacio, "Aproximación a la nulidad absoluta en el derecho societario", en AA. VV., Anomalías societarias, Córdoba, Advocatus, 1996.

Espínola, Julio César, Código Penal alemán. Parte general, Bs. As., Depalma, 1976.

Fargosi, Horacio P., "Sociedad y actividad ilícita", LL, t. 153.

Fargosi, Horacio P. - Romanello, Eduardo R., "Facultades gestorias de la asamblea y responsabilidad de los directores", LL, 1986-E.

Fernández, Gonzalo D., "El derecho penal orientado a las consecuencias: la quiebra del modelo", Revista de Ciencias Penales, N° 2, 1996, estudios en homenaje a Adela Reta, Montevideo, Carlos Álvarez Editor.

Fernández Lembo, Lina - Scapusio Minvielle, Beatriz, "Perspectivas para el tratamiento legislativo de los delitos económicos", Revista de Ciencias Penales, N° 2, 1996, estudios en homenaje a Adela Reta, Montevideo, Carlos Álvarez Editor.

Fontán Balestra, Carlos, Tratado de derecho penal, vols. I y III, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1969.

Frisch, Wolfgang, "Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y división del trabajo", en: S. Mir Puig - D.M Luzón Peña, Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto. J. M. Bosch editor, Barcelona, 1996.

García Cavero, Percy, La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación. J.M. Bosch editor, Barcelona, 1999.

García-Pablos, Antonio, "La responsabilidad civil derivada del delito y su controvertida naturaleza", en AA. VV., De las penas, homenaje al Profesor Isidoro de Benedetti, Bs. As., Depalma, 1997.

García-Vitor, Enrique, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en AA. VV., De las penas, homenaje al Profesor Isidoro de Benedetti, Bs. As., Depalma, 1997.

Giudicelli-Delage, Geneviève, Droit pénal des affaires, París. Dalloz. 1994.

Gracia Martín, Luis, "La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas" en: S. Mir Puig - D. M. Luzón Peña (coordinadores) Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, J.M. Bosch editor, Barcelona 1996.

Gramajo, Edgardo, La acción en la teoría del delito, Bs. As., Astrea, 1975.

Hassemer, Winfried, Fundamentos del derecho penal, Barcelona, Bosch, 1984.

Hassemer, Winfried - Muñoz Conde, Francisco, La responsabilidad por el producto en derecho penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

Herzog, Félix; "Límites al control penal de los riesgos sociales (una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro)" Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, Enero - Abril 1993 pág. 317 y ss.

Jakobs, Günther, Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, Madrid, Marcial Pons, 1997.

"La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva", Cuadernos de Conferencias y Artículos, N° 15, 1998, Bogotá, Universidad

Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.

Jescheck, Hans Heinrich, Tratado de derecho penal. Parte general, Granada, Comares, 1993.

Jiménez de Asúa, Luis, "La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", LL, t. 48.

Laje Anaya, Justo, Comentarios al Código Penal. Parte general, vol. I, Bs. As., Depalma, 1985.

Larguier, Jean, Droit pénal général, París, Dalloz, 1995.

Le Pera, Sergio, "Sociedad y persona jurídica", LL, 1989-A.

Lo Presti, Roberto P., Constituciones del Mercosur, Ediciones UNILAT, Bs. As., 1997.

Malamud Goti, Jaime R., Persona jurídica y penalidad, Bs. As., Depalma, 1981.

, "Las penalidades a sociedades y sus directivos por el hecho del agente (dos modelos de derecho comparado: la República Federal Alemana y los Estados Unidos)", Doctrina Penal, año 3, 1980.

Política criminal de la empresa. Cuestiones. Alternativas, Bs. As., Hammurabi, 1983.

Maurach, Reinhart - Gössel, Karl Heinz - Zipf, Heinz, Derecho penal. Parte general. vols. I y, II, Bs. As.. Astrea. 1995.

Militello, Vincenzo, "La responsabilidad jurídico - penal de la empresa y de sus órganos en Italia", en: J.M. Silva Sánchez (edición española)- B. Schünemann- J. de Figueiredo Días (coordinadores), Fundamento de un sistema europeo del derecho penal, J.M Bosch, Barcelona, 1995

Mir Puig, Santiago, Derecho penal. Parte general, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 3ª edición - 1995; 5ª edición - 1998.

Moccia, Sergio, "De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones post modernas y reflujos iliberales" en: J.M Silva Sánchez (editor), Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin, J. M Bosch editor, Barcelona, 1997

Muñoz Conde, Francisco - García Arán, Mercedes, Derecho penal. Parte general, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.

Nino, Carlos S., Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito, Bs. As., Astrea, 1980.

Novoa Monreal, Eduardo, "Los delitos de omisión", Doctrina Penal, año 6, 1983.

Núñez, Ricardo C., "Observaciones al Proyecto de Código Penal del Poder Ejecutivo", Revista de Derecho Penal, año VII, N° 3, tercer trimestre de 1951, Bs. As., Ediar.

Tratado de derecho penal. Parte general, 2ª reimpression, Córdoba, Marcos Lemer Editora Córdoba, 1988.

Ottenhof, Reynald, "Las tendencias del nuevo Código Penal Francés", en AA. VV., De las penas, homenaje al Profesor Isidoro de Benedetti, Bs. As., Depalma, 1997.

Pérez Barberá, Gabriel, "Actuar por otro y delito económico", Foro de Córdoba, Año VII - N° 32 - 1996, pág. 278 y ss.

Polaino Navarrete, Miguel, Derecho penal. Parte general, Barcelona, Bosch, 1984.

Poncela, Pierette, "Nouveau Code Pénal: Livre I. Dispositions générales", Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé, N° 3, julio-septiembre de 1993.

Pradel, Jean, "Le nouveau code pénal (partie générale)", Recueil Dalloz, Actualité Legislative Dalloz 1993, Commentaires Législatifs, pág, 163 y ss.

Quintero Olivares, Gonzalo, Derecho penal. Parte general, Madrid, Marcial Pons, 1992.

Richard, Effaín Hugo, "Sociedades con actividad no autorizada y actividad ilícita", en AA. VV., Anomalías societarias, Córdoba, Advocatus, 1996.

, "La persona jurídica en la evolución contemporánea", Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, t. XXV, 1986.

Righi, Esteban, Derecho penal económico comparado, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1991.

Riquert, Marcelo Alfredo, Cuestiones de derecho penal y derecho procesal penal tributario, Edit. Ediar, Bs. As., 1999.

Rodríguez-Arias, Antonio Mateo, Derecho penal y protección del medio ambiente, Madrid, Colex, 1992.

Rodríguez Mourullo, Gonzalo, Derecho penal. Parte general, Madrid, Civitas, 1978.

"Algunas consideraciones político - criminales sobre los delitos societarios", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1983-III, pág. 681 y ss.

Roujou de Boubée, "La mise en oeuvre du code pénal de 1992", Recueil Dalloz, 1996, Chroniques, pág. 371 y ss.

Roxin, Claus, "Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados", Doctrina Penal, año 8, 1985.

, Derecho penal. Parte general, t. I (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito), Madrid, Civitas, 1997.

Ruiz Vadillo, Enrique, "La persona jurídica y el derecho penal (breves consideraciones críticas)", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1981.

Rusconi, Maximiliano Adolfo, "Persona jurídica y sistema penal: ¿hacia un nuevo modelo de imputación?", en AA. VV., El derecho penal hoy, homenaje al Profesor David Baigún, Bs. As., Editores del Puerto, 1995.

Sáenz, Ricardo O., "Algunas cuestiones relativas a los delitos de omisión", Doctrina Penal, año 12, 1989.

Schünemann, B, "Cuestiones básicas de dogmática Jurídico - penal y de política criminal acerca de la criminalidad de la empresa", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1988-II pág. 531 y ss.

Serrano Maillo, Alfonso, "Las personas jurídicas frente al derecho penal español", Doctrina Penal, año 14, 1991-A.

Sgubbi, Filippo, El delito como riesgo social, editorial Ábaco, Bs. As. 1998

Silva Sánchez, Jesús María, Consideraciones sobre la teoría del delito, Bs. As., Ad-Hoc, 1998.

"Política criminal y técnica legislativa en materia de delitos contra el medio ambiente", Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año 3, N° 4-5, 1997, Bs. As., Ad-Hoc.

Perspectivas sobre la política criminal moderna, Edit. Ábaco, Bs. As., 1998

"Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español", en: J.M Silva Sánchez (edición española) - B. Schünemann - J. de Figueiredo Dias (coordinadores) Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal, J.M Bosch editor, Barcelona, 1995

Soler, Sebastián, Derecho penal argentino. Parte general, 5° ed. actualizada por Guillermo J. Fierro, Bs. As., TEA, 1989.

Spinka, Roberto Emilio, "Las personas jurídicas ante la ley penal tributaria y previsional", Foro de Córdoba, año II, N° 13, 1992, Córdoba, Advocatus.

Spolansky, Norberto E., "Culpabilidad, la responsabilidad solidaria de las sociedades anónimas y la de sus directivos en el régimen penal cambiario (El caso del Banco Santander)", LL, 1978-D.

Spolansky, Norberto E., "Derecho penal y Constitución Nacional", LL, t. 156.

"Integración regional y delitos económicos", en AA. VV., Teorías actuales en el derecho penal, Bs. As., Ad-Hoc, 1998.

Stratenwerth, Günter, Derecho penal. Parte general, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1982.

Terradillos Basoco, Juan, Derecho penal de la empresa, Madrid, Trotta, 1995.

Terán Lomas, Roberto A., Derecho penal. Parte general, vols. I y II, Bs. As., Astrea, 1980 y 1983.

Tiedemann, Klaus, Poder económico y delito, Edit. Ariel, Barcelona, 1985.

Vidal, Humberto S., Derecho penal argentino. Parte general,

Córdoba, Advocatus, 1992.

Vitale, Gustavo L., "Estado constitucional de Derecho y derecho penal", en AA. VV., Teorías actuales en el derecho penal, Bs. As., Ad-Hoc, 1998.

Wessels, Johan, Derecho penal. Parte general, Bs. As., Depalma, 1980.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Tratado de derecho penal. Parte general, vols. I y III, Bs. As., Ediar, 1980 y 1983.

Zaffaroni, Eugenio Raúl - Arnedo, Miguel Ángel, Digesto de codificación penal argentino, vols. IV, V y VI, Bs. As., A-Z Editora, 1996.

Zugaldía Espinar, José Miguel, "Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional 'societas delinquere non potest'", Cuadernos de Política Criminal, N° 11, 1980.