

Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la República Argentina

JOSÉ DANIEL CESANO (*)
FABIÁN I. BALCARCE (**)

1. INTRODUCCIÓN

El tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es, sin lugar a dudas, uno de los acápites de las Ciencias Penales más debatidos por estas épocas; el aserto es mucho más plausible si el enfoque se produce sobre la parcela denominada *Derecho penal económico*. Fácil es reconocer que la actividad de la *empresa* como núcleo esencial del ámbito comercial nacional e internacional, parte en la mayoría de los casos de una estructura societaria que, a mayor capacidad económica y financiera, produce mayor grado de *anonimato* de sus integrantes físicos. De otra forma: los delitos socio-económicos se ejecutan a través de una empresa formada por un colectivo humano, o, mejor dicho, son delitos «de empresa» (terminología de Schünemann).

(*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba [República Argentina]). Profesor de postgrado en la Carrera de especialización en Derecho penal (Universidad Nacional de Córdoba [R.A.]). Profesor regular de la Cátedra de Derecho penal (Parte General) en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta (Sede regional Neuquén). Codirector y cofundador de la revista *Ley, Razón y Justicia*. Mención de honor de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (RA) en el marco del premio al «Joven Jurista» (Edición 1997). Dirección electrónica: cesano@ciudad.com.ar

(**) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba [RA]). Profesor Titular de la Cátedra de Derecho Penal II (Parte Especial) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Premio al «Joven Jurista» de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Edición 1999).

Se ha dicho (1) al respecto: «En la actualidad el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra relacionado, fundamentalmente, con los *delitos económicos*, porque las acciones punibles (y las infracciones administrativas) que se cometen con la participación de una persona jurídica tienen correspondencia, comúnmente, con el orden económico».

La empresa, como agrupación de personas, sobre todo bajo la forma de una persona jurídica, ha desplazado totalmente en la actividad económica actual a la figura tradicional del empresario individual (2).

Aunque el tema no es novedoso –según lo expone Bacigalu-
po– (3) se puede constatar que sólo ha sido tratado con cierta intensidad desde hace aproximadamente cuarenta años. La razón de dicha intensificación suele encontrarse en la tendencia a introducir una regulación de las ilicitudes de ciertas materias económicas en las *legislaciones europeas de post-guerra* (sobre todo en materia fiscal y en Derecho de monopolios).

Sin perjuicio del hiperdesarrollo de la cuestión (lo cual por otra parte torna inabarcable la bibliografía sobre el tema), cualquier trabajo que se precie de metodológico y medianamente exhaustivo debe, por lo menos, responder el siguiente cuestionario: ¿A qué delincuencia vinculada con la persona jurídica se apunta al referirse a su supuesta responsabilidad penal?; ¿qué estratos analíticos de la teoría del delito se transforman en el nudo gordiano para la resolución del problema?; ¿cuáles son las diferentes posiciones doctrinarias sobre el tema?; ¿qué caminos dogmáticos se han propuesto para prevenir y reprimir el tipo de delincuencia vinculada a las personas jurídicas?; ¿cuáles son las respuestas brindadas en el Derecho comparado?; ¿qué soluciones ha dado el Derecho positivo argentino (constitucional y común)?

Nos proponemos, en lo que sigue, analizar cada uno de los interrogantes resumidos en el párrafo anterior.

2. EL TIPO DE DELINCUENCIA CONSIDERADA

Según expone Schünemann (4), el concepto de criminalidad de la empresa se relaciona con aquellos «delitos económicos en los que por

(1) MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ y SILVINA BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 116.

(2) Véase SANTIAGO MIR PUIG y DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, «Presentación» en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 13.

(3) ENRIQUE BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 65.

(4) BERND SCHÜNEMANN, «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1998-II-531.

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».

Abreviando en esta definición, explica Cesano (5): «De esta manera, dos son los ámbitos respecto de los cuales se puede predicar 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); el otro, en cambio, posee una tendencia que podría ser calificada como *centrípeta*, dado que, aun cuando germina en la estructura societaria, sus efectos se despliegan *en contra de la empresa o de sus miembros*. Dicho en otras palabras, la distinción precedente puede reconducir a la clásica diferenciación formulada por Schünemann: *criminalidad desde la empresa y criminalidad dentro de la empresa*».

La responsabilidad penal de la persona jurídica, como parece desprenderse en forma paladina de lo anteriormente dicho, apunta a la categoría enunciada como criminalidad con *tendencia centrífuga*, o en la categorización de Schünemann, «criminalidad desde la empresa». Es éste el ámbito en donde, de hecho, con más frecuencia la delincuencia económica se puede desarrollar. En este aspecto, dos son los grupos de casos en que se puede clasificar las posibilidades de conexión de la persona jurídica con el fenómeno delictivo:

A) Primeramente, los relativos al uso de la personalidad jurídico-societaria como modalidad especial de burlar alguna disposición legal; la creación del ente ideal lo es *ex profeso* para la actividad delictiva (v.gr., evadir obligaciones impositivas) (6).

Para enfrentar el primer grupo de casos (esto es, sociedades destinadas *ex profeso* a la actividad delictiva), parece ser suficiente acudir, por una parte, a los *instrumentos jurídico-penales de imputación individual ya tradicionales* y consagrados en la legislación penal común con el objeto de sancionar a los directivos o, en términos generales, a quienes ejerzan la representación del ente ideal que haya realizado la actividad merecedora de reproche penal. Junto a estas medidas, también resultan de utilidad para prevenir tales comportamientos las normas de Derecho privado, particularmente las previsio-

(5) JOSÉ DANIEL CESANO, «Problemas de responsabilidad penal de la empresa», en *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales*, Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 252 y 253. La cursiva es nuestra.

(6) Cfr. JAIME MALAMUD GOTI, *Política criminal de la empresa*, Hammurabi, Buenos Aires, 1983, p. 32.

nes del Derecho societario sobre *nulidad por objeto o actividad ilícita* de la corporación.

B) El otro grupo, a diferencia del anterior, se caracteriza 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 (7); de otro modo: los hechos ilícitos presentan como nota común haber sido cometidos en el escenario que ofrece una persona jurídica, cuyo objeto societario o actividad desarrollada no resultan *per se* ilícitos.

En estos casos, la utilización de los instrumentos de imputación jurídico-penales tradicionales no siempre van a permitir alcanzar soluciones adecuadas. Se ha concluido, en tal sentido, que la pretensión de reprimir los comportamientos delictivos cometidos por medio de la actividad societaria mediante el castigo de las personas individuales que integran los órganos de dicha sociedad puede conducir a una opción en donde ambos extremos resulten insatisfactorios; a saber: o la responsabilidad sólo alcanza los individuos que conforman los *eslabones últimos* en el proceso de decisiones (i), o bien la infracción corre el riesgo de quedar impune, porque *nadie reúne* con su conducta los requisitos exigidos para imponer la sanción penal (ii).

Los sistemas de imputación individual (persona física) entrañan ciertas dificultades para este tipo de casos:

I) De carácter procesal: 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.

En 1983, Malamud denominaba al fenómeno de pretender castigar al autor material inmediato del ilícito, falacia *del primer vagón*, y lo explicaba así: «... si se establece que los pasajeros que más sufren los accidentes ferroviarios son los que ocupan el primer vagón, no resulta razonable apelar al expediente de quitarle a cada tren el coche delantero para disminuir los riesgos» (8).

(7) MALAMUD, *Política*, op. cit., p. 32.

(8) MALAMUD GOTI, *Política*, op. cit., p. 17.

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.

II) De carácter sustantivo: Los inconvenientes trascienden el terreno 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.

3. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DEVENIR DE LOS DISTINTOS ESTRATOS ANALÍTICOS DE LA TEORÍA DEL DELITO Y DE LA SANCIÓN PENAL

A) La discusión dogmática respecto a la posible responsabilidad de la persona jurídica transita, en lo que hace a la teoría del delito, por dos de sus estratos. Éstos son: la teoría de la *acción* y la *culpabilidad* (o atribuibilidad individual) (9).

Dejamos al margen las improntas filosófico-jurídicas que algunos autores conceden a la decisión sobre la viabilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como por ej., Gracia (10), quien, fundado en la teoría de Welzel sobre las estructuras lógico-objetivas, niega tal responsabilidad criminal de los entes ideales.

I) Como es de público y notorio, la teoría de la *acción*, hace, sin lugar a dudas, dentro del Derecho penal nuclear, a la persona de carne y hueso, al ser humano individual.

Se ha dicho: «Para cualquier teoría de la acción cuya construcción no respete límites ónticos, la cuestión acerca de la posibilidad de ejercicio de poder punitivo sobre personas jurídicas es materia de pura decisión legal» (11).

(9) Sobre el particular, R. MAURACH y H. ZIFF, *Derecho penal. Parte General*, trad. Bofill Genzch y Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994, I, § 31, pp. 540 y ss. También, ENRIQUE BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1994, pp. 133 y ss.

(10) Véase LUIS GRACIA MARTÍN, «La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa es en el Derecho penal español», en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 88.

(11) EUGENIO R. ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA y ALEJANDRO SLOKAR, *Derecho penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 407.

Con independencia de que se sostenga la teoría causal, final o social de la acción o una nueva versión cumulativa (12), la opinión dominante mantiene que la acción, en el ámbito penal, exige una *conducta voluntaria*. La acción humana, con palabras de Engisch, es un acaecer natural. El actuar de los entes colectivos es una construcción jurídica (13).

· II) La *culpabilidad*, entendida como *imputabilidad más juicio de reprochabilidad*, también hace referencia a una persona física capaz de autoadministración, en el sentido de conocer y querer. De otro modo: si la culpabilidad consiste en un juicio de reproche que se hace al autor por haber actuado antijurídicamente a pesar de que pudo obrar conforme a Derecho, es indudable que aquí subyace una de las mayores dificultades –no la única– para el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (14). Tampoco la obligada determinación de si se actuó por dolo o imprudencia (hoy, problema del tipo complejo en las modernas estructuras analíticas del delito (15); ayer, substrato de la culpabilidad, en la versión psicológica (16), ya que de ello depende la pena en concreto a imponer, es posible respecto de las personas jurídicas, salvo utilizando los términos de imprudencia y dolo (*crime doloso, crime culposo*: art. 18 del Código penal brasileiro) en sentido distinto al técnico –o popular– habitual. *Crime doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Culposo, quando o agente deu causa ao resultado por impurdencia, negligencia ou impericia.*

B) En lo referente a la *teoría de la sanción penal*, el campo de Agramante es la función y el fin tradicional tanto de la *pena* como de la *medida de seguridad*. Se afirma que ni el sentir la sanción como un mal, contenido de la pena, cabe respecto de la persona jurídica en cuanto tal –tan sólo respecto de los individuos que la integran– ni el cumplimiento de los fines que en los Códigos, como así también

(12) En este sentido, DANIEL GONZÁLEZ LAGIER, *Las paradojas de la acción*, Universidad de Alicante, 2000.

(13) AKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und sin auslanddischen Rechtsordnungen*, Frankfurt a.M. Berna, Nueva York, 1984, pp. 44 a 49.

(14) «La culpabilidad presupone siempre un injusto», Immanuel Kant, *Praktische Philosophie* Powalski en *Kant's gesammelte Schriften, Akademie-Ausgabe*, t. 27.1, p. 155.

(15) *Finalismo*; ora monista, ora dualista y *funcionalismos*.

(16) *Clásico* (positivismo jurídico o causalismo) y *neoclásico* (normativismo o neocausalismo).

algunas Constituciones, se asignan a la pena, e incluso a la medida seguridad; o sea, reeducación y reinserción social; son posibles en lo que a las personas jurídicas afecta.

4. *SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST VS. SOCIETAS DELINQUERE POTEST*

La visión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha fracturado a la doctrina en dos posiciones enfrentadas desde hace no poco tiempo. Quienes consideran que la persona jurídica no puede tenerla y, por el otro lado, los que la estiman viable. Veamos, pues, el origen del problema y las distintas vías que proponen tanto uno como otro sector a los efectos de combatir la delincuencia vinculada a la actuación externa de las personas jurídicas.

A. Origen histórico de la discusión

I) De acuerdo a los conceptos vertidos por Barbero Santos (17), en el Derecho europeo continental la recepción del principio *societas delinquere non potest* o *universitas delinquere nequit* (18), que hoy prevalece, deriva del pensamiento individualista del Iluminismo que se consagra en la *ley francesa 2-7 de marzo de 1791*, que suprime las *corporations*, y de las concepciones de Savigny para quien la persona moral es una *ficción*: toda asociación de hombres no es más que una suma de individuos entre los que existen ciertas relaciones: carecen, empero, de la unidad espiritual y corporal que caracteriza a las personas.

II) Sólo decenios después, las teorías orgánicas que tienen a Gierke como máximo exponente (para quien la persona jurídica es una persona real *realer Gesamtperson*) formada por hombres reunidos y organizados mediante común y única fuerza de voluntad de acción para el cumplimiento de fines que superan la esfera de los intereses individuales, abrieron una vía en favor de la realidad de la persona

(17) MARINO BARBERO SANTOS, «¿Responsabilidad penal de la empresa?», en *Estudios de Derecho Penal Económico*, edit. L. Arroyo Zapatero y K. Tiedemann, Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, pp. 26 y ss.

(18) ASÍ LUIS GRACIA MARTÍN, «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 36.

jurídica, e iniciaron una tendencia favorable a su responsabilidad penal. Esta tendencia fue favorecida después de la Primera Guerra Mundial por dos factores:

a) El *desbordamiento del Derecho económico-social*. La situación socio-económica obligó al legislador a regular minuciosamente la producción, distribución y consumo de productos, los precios, la utilización de servicios, etc. y a prever para su incumplimiento numerosas sanciones represivas.

b) Las *sociedades comerciales o industriales*, cuyo número y poder no dejaba de crecer, eran las principales infractoras de esta reglamentación.

III) El eventual reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas suscitó, por ello, la máxima atención por parte de los juristas continentales. Y pasó a ser tema a discutir en Comisiones y Congresos.

En el que tuvo lugar en Bucarest, en 1929, el segundo organizado por la Asociación Internacional de Derecho Penal, se adoptaron estas conclusiones: «Constatando el crecimiento continuo y la importancia de las personas morales y reconociendo que ellas representan fuerzas sociales en la vida moderna».

«Considerando que el ordenamiento legal de cualquier sociedad puede lesionarse y gravemente cuando la actividad de las personas morales viola la ley penal».

El Congreso emite el voto:

a) De que se establezca en el Derecho interno medidas eficaces de defensa social contra las personas morales, en el supuesto de infracciones perpetradas con el fin de satisfacer el interés colectivo de tales personas o realizadas con medios proporcionados por ellas y que entrañan así su responsabilidad.

b) De que la imposición a la persona moral de medidas de defensa social no debe excluir la eventual responsabilidad individual, por la misma infracción, de las personas físicas que administran o gestionan los intereses de la persona moral, o que han cometido la infracción con medios proporcionados por éstas».

Es evidente que el Congreso no hizo suya la tesis –a pesar del ardor con que fue defendida por algunos participantes– de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Reconoció que pueden constituir un peligro social, y admitió, en

consecuencia, la posibilidad de imponerles medidas de defensa social, mas no dio el paso de proponer medidas penales.

En numerosas reuniones científicas posteriores el tema ha vuelto a tratarse, sin llegar tampoco a admitirse la responsabilidad penal de los entes colectivos. Nos permitiríamos recordar el VI Congreso Internacional de Derecho Comparado, de Bruselas, de 1958. Las XV Jornadas belga-franco-luxemburguesas de ciencia penal, celebradas en la misma ciudad, en 1976. El X Congreso Internacional de Derecho Comparado, de Budapest, de 1978.

En el documento final del *Congreso sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en Derecho Comunitario*, que tuvo lugar en Mesina, en 1979, se manifestó en el punto primero:

Que se auspicia el reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas por violaciones al Derecho comunitario, en particular si estas violaciones constituyen una infracción, según el Derecho interno de un Estado miembro. En el punto tercero, sin embargo, se añade que por la trascendencia de los principios jurídicos en juego y, en particular, del concepto de responsabilidad penal de las personas jurídicas y las divergencias existentes entre las diversas legislaciones, se recomienda que cada Estado miembro elabore, respecto de las personas jurídicas, un sistema represivo (en sentido amplio) que comprenda sanciones de naturaleza penal, administrativa o *sui generis*.

Desde un punto de vista ideológico-político, el impulso para dotar a las personas jurídicas de capacidad delictiva proviene de corrientes positivistas criminológicas y en general de las que son tributarias de la llamada *defensa social*, es decir de concepciones de fondo organicista. Posteriormente se sumaron argumentos de dirigismo estatal; en cambio en la actualidad pesan criterios de diferente signo ideológico, como los que provienen del desarrollo del Derecho económico, la defensa de la ecología y de los consumidores y, fundamentalmente, de criterios de *defensa social* para la lucha contra el crimen organizado (narcotráfico, lavado de dinero, mafia y corrupción pública) (19).

La futurología sobre el tema es bastante aciaga para los defensores de aquellos principios que sustentaron la dogmática de carácter liberal. En este sentido Zugaldía (20) ha afirmado: «... para bien de la política criminal, y superados los obstáculos dogmáticos que se oponían a ello, la derogación de la fórmula tradicional *societas delinquere non potest* parece ser una cuestión de tiempo».

(19) ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *op. cit.*, p. 408.

(20) JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR, «Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)», en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 727.

B. Las respuestas propuestas por quienes aceptan la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Quienes se encuentran a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas suelen manejar dos estrategias diferentes para hacer frente a dicho fenómeno social:

I) EL SISTEMA DE DOBLE IMPUTACIÓN

El sistema de doble imputación se puede abordar desde dos ópticas diferentes. En primer lugar, como modo de aplicar la dogmática analítica a las leyes o códigos que aceptan la responsabilidad penal de las personas jurídicas, construyendo un esquema paralelo al sistema de imputación propio de las personas físicas (i). Por otro lado, la podemos escudriñar como modo político criminal de promocionar la recepción de una legislación que castigue penalmente a las personas jurídicas, ofreciendo al legislador el instrumento que garantice la segura aplicación de la ley penal a los casos concretos (ii). Aquí la estudiamos en el segundo sentido.

Con esta denominación se hace referencia en doctrina a la posibilidad de crear un sistema de imputación penal para las personas jurídicas al lado del tradicional para las personas físicas. En los sistemas positivos que prevén esta forma de responsabilidad (Francia) alcanzan tanto a la categoría de personas jurídicas de Derecho privado (v. gr., sociedades civiles o comerciales, fundaciones, etc.) como a las de Derecho público (p. ej., sindicatos), excluyendo, en este último caso, al Estado y a las colectividades territoriales.

Sus caracteres son los siguientes:

a) Acumulativa: 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 en carácter de autor o de cómplice, el mismo hecho delictivo. La responsabilidad del ente ideal supone siempre la actuación de un «sustrato humano» y, este «sustrato humano», debe ser un órgano o un representante de la persona jurídica.

Una primera crítica: si a una persona física se le endilga un hecho como sujeto individual y, luego, como parte de un colectivo, intuitivamente avizoramos algún tipo de lesión al principio *ne bis in idem*.

b) Especial: 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, para poder

responsabilizar al ente ideal, la posibilidad haya sido prevista en el propio texto que tipifica la infracción delictual o contravencional, que se quiere aplicar. Se trata de un sistema de *numerus clausus*.

c) Condicionada: Se trata de una responsabilidad condicionada a un doble requisito: aa) la infracción debe haber sido *cometida por un órgano o representante* de la persona moral, y bb) debe, además, haber sido hecha *a su cuenta*.

El modelo se completa, como una lógica consecuencia de la consagración de esta forma especial de imputación, con la previsión de un sistema de sanciones penales adecuado a esta nueva categoría de sujetos (persona jurídica). Entre ellas se destacan: 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. No obstante, la pena de disolución y la colocación de la corporación bajo control judicial no pueden ser aplicadas a las personas jurídicas de Derecho público.

En el Derecho comparado latinoamericano aparece el proyecto de Código penal para la República de Guatemala (1991), el cual incorpora en el título VII la «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en once artículos que pretenden sentar la base de un modelo de imputación, en buena medida, especial (21).

La crítica vertida en contra de esta posición radica en la inevitable fractura al principio de que la responsabilidad penal debe ser personal. Se corre el riesgo de que la responsabilidad se haga extensible a los demás integrantes de la sociedad, en relación a los cuales la realización del hecho no les puede ser atribuida como un acto propio.

II) LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

Existen 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 ser satisfechas mediante la imposición de otras consecuencias jurídico-penales (distintas de la pena): las *medidas de seguridad*. El argumento funda-

(21) El dato en MAXIMILIANO RUSCONI, «Persona jurídica y sistema penal: ¿Hacia un nuevo modelo de imputación?», *Cuestiones de imputación y responsabilidad en el Derecho penal moderno*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, pp. 124 y 125.

mental de la propuesta se basa en que la pena 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. Va de suyo que esta línea argumental necesariamente se complementa con el reconocimiento de una llamada «peligrosidad objetiva» de la corporación, concepto con el cual se alude a la probabilidad de que las estructuras o instrumentos societarios posibiliten la actuación criminal de los sujetos individuales.

La crítica aquí transcurre por otro motivo. Así como condición de la aplicación de una pena se exige que la persona sea culpable (*nulla poena sine culpa*), la imposición de una medida de seguridad amerita la previa peligrosidad como condición inexcusable para la imposición de cualquier medida (*nulla mensura sine periculositate*). Por otro lado la medida de seguridad, al igual que la pena, requiere la existencia de un injusto (*acción típica y antijurídica*). Si de *acción* se trata, sólo la persona física tiene esa capacidad.

C. Las respuestas propuestas por quienes no aceptan la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Los que han afirmado la imposibilidad de la persona jurídica para ser centro de imputación penal acuden para enfrentar la actividad ilícita proveniente de la misma al denominado Derecho penal contravencional o apelan a ciertos institutos imputativo-penales adecuados a la persecución de quienes, como persona física, se encuentran detrás de la persona jurídica, como la autoría mediata (aparatos organizados de poder), la omisión (propia e impropia), el actuar en representación (o en nombre) de otro y la imposición de consecuencias accesorias.

I) LA HUÍDA AL DERECHO PENAL ADMINISTRATIVO

Si bien, como consecuencia de negarle capacidad de acción, se rechaza la posibilidad de responsabilidad penal de la persona jurídica, lo cierto es que, desde hace tiempo, en algunos ordenamientos jurídicos, se prevén sanciones de naturaleza penal administrativa contra la persona jurídica. Estos ordenamientos permiten la imposición de verdaderas consecuencias principales de carácter sancionador a la empresa como tal, en forma de multas contravencionales. Se puede, en

tonces, imponer una multa a 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.

Los requisitos para la sanción de marras, son los siguientes: a) un delito o contravención cometidos por una persona física plenamente imputable; b) el círculo de autores del hecho se encuentran limitado a los órganos que están autorizados para la representación; c) se deben haber vulnerado deberes relativos a la empresa o haber pretendido su enriquecimiento; d) la multa a imponer puede ser asociacional *cumulativa* (en proceso único al autor y a la sociedad) y asociacional *aislada* (en un proceso independiente a la empresa).

Todos sabemos que las distintas tentativas de la doctrina para diferenciar el Derecho penal común del contravencional no han dado resultados concluyentes. Por tal *motivo* la crítica que se cierne sobre la postura es que resulta contradictorio admitir por una parte, que la persona jurídica no puede cometer un delito y, por otra, afirmar esa posibilidad respecto de las infracciones contravencionales, cuando se postula que la distinción entre uno y otro tipo de infracción (delictual y contravencional) no es ontológica sino, simplemente, cuantitativa. 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 presupone igualmente la culpabilidad personal.

II) INSTITUTOS IMPUTATIVO-PENALES PROPIOS DE LAS PERSONAS FÍSICAS COMO ALTERNATIVAS

Ha dicho Cesano que «[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». Agrega más adelante: «... los esfuerzos del Derecho penal convencional, con los medios de imputación individual que consagra, deben extremar los recaudos para evitar la impunidad de los actos cometidos en el seno de los entes ideales por sus representantes o administradores» (22).

Hay tres institutos a los que la doctrina tradicional acude para demostrar que no es indispensable argucias teóricas extensivas de res-

(22) CESANO, «Problemas de responsabilidad», *op. cit.*, p. 294.

ponsabilidad penal a la persona jurídica y que se muestran especialmente aptos para la lucha contra la delincuencia en el seno de las sociedades. Ellos son: la autoría mediata –especialmente, se apela a la *doctrina de los aparatos organizados de poder*–, la omisión (*propia e impropia*) y, en el ámbito de los delitos especiales, el *actuar en lugar de (o por) otro*. Asimismo, ya en el ámbito de la sanción, se propone la imposición de *consecuencias accesorias* al ente ideal.

a) *La autoría mediata*

En la actualidad existe en lo que a delitos económicos de la empresa se refiere, la siguiente situación: un fenómeno de *escisión* que tiene lugar en las estructuras jerarquizadas entre los sujetos que ejecutan materialmente la conducta delictiva y los sujetos realmente responsables de la decisión criminal, que son quienes han trazado el plan ejecutivo. La doctrina especializada ha puesto un particular énfasis en la relevancia que ostenta sancionar a los sujetos en que la jerarquía empresarial se hallan ubicado por encima de aquellas personas con una posición subordinada y, señaladamente, a los sujetos que componen la cúpula de la organización.

Las formas de criminalidad que tienen un mayor desarrollo en el ámbito de las corporaciones como, por ejemplo, el delito económico y el ambiental, se destacan por el *parcelamiento* de la actividad delictuosa, 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 delictiva. 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* (23), que permite adjudicar precisamente la calidad de autor –mediato– a quien induciendo se vale de otro como instrumento para la realización material del hecho o; de otro modo, la autoría mediata consiste en atribuir a alguien un efecto si, conforme a las circunstancias, ha logrado que otro ejecute el hecho mientras que el primero domina la situación. Dentro de los casos que la doctrina, pacíficamente, ha considerado como de autoría mediata, debemos mencionar las hipótesis en las cuales el instrumento (esto es, quien materialmente realiza el tipo) resulta ser un

(23) FABIÁN I. BALCARCE, «Participación criminal», en *Lecciones de Derecho Penal*, dir. Carlos J. Lascano (h), Advocatus, Córdoba, 2000, II, pp. 260 y ss.

sujeto inculpable, ya sea por obrar bajo sutiles formas de coacción, o por hacerlo bajo los efectos del error. 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*. Esta nueva categoría dogmática adquiere particular relevancia en el momento de buscar soluciones para determinados supuestos (no poco frecuentes) que pueden producirse en una organización de tipo empresarial en la cual los ejecutores no siempre ignoran la ilicitud de su actividad, pudiendo, incluso estar identificados de alguna manera con los fines de la sociedad. El objetivo de la tesis es, en definitiva, responsabilizar como autor mediato al denominado *autor de escritorio*. La razón de considerar estas hipótesis como casos de autoría mediata está dada por la *fungibilidad* (24) del sujeto ejecutor dentro de la estructura societaria: «Dado que el sujeto que lleva a cabo la ejecución se puede reemplazar por otro cualquiera, no necesita ni la coacción ni el error para atribuirle el dominio del hecho al que obra por detrás. 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 ontológico. Explicado desde otro ángulo: la circunstancia de que nada falte en la libertad y responsabilidad del ejecutor inmediato resulta irrelevante en cuanto el 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 de la estructura organizada (empresa)». Explica Roxin (25): «El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje –sustituible en cualquier momento– en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer».

(24) CARLOS J. LASCANO (h), «Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales», en *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales (Homenaje a Claus Roxin)*, Lerner-La Lectura, Córdoba, 2001, pp. 351 y 352.

(25) CLAUS ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, trad. 6.ª ed. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, § 24, p. 271.

b) *La omisión* (26)

aa) Los delitos comunes de resultado material y la comisión por omisión

La estructura de la comisión por omisión se revela, en opinión de algunos como un medio apto para superar las dificultades que ofrece la escisión entre acción y responsabilidad en el ámbito de la criminalidad de los entes colectivos.

La comisión por omisión consiste en responsabilizar a alguien por la producción de un resultado al no intervenir en un curso causal, cuando las circunstancias así lo hubieran requerido. En lo específico, la estructura de la comisión por omisión tiene por objeto atribuir una responsabilidad penal a aquellos órganos directivos, superiores jerárquicos en la organización empresarial, que no hubiesen evitado que el hecho delictivo se ejecutase por parte de sus subordinados, siempre y cuando pueda acreditarse que el órgano directivo u «hombre de atrás» se hallaba en el ejercicio de una concreta situación de competencia específica que le obligaba a controlar todos los factores de peligro derivados de la misma y, consecuentemente, a evitar la realización de delitos por sus subordinados en la cadena jerárquica de la empresa (27). Recordemos que las tradicionales fuentes materiales de posición de garante son *el deber de proteger determinados bienes jurídicos* (i) o en *el deber de velar por determinadas fuentes de peligro* (ii). La equiparación entre la omisión impropia y el comportamiento activo debe apoyarse en la idea de «dominio», o, dicho de modo más explícito, en el dominio que posee el órgano directivo, que se encuentra en posición de garante «sobre la causa del resultado». El aludido dominio puede dimanar de un dominio fáctico sobre los elementos o procedimientos peligrosos de la empresa (dominio *materia*) o puede proceder de un dominio sobre el propio comportamiento de los subordinados en la organización jerárquica de la empresa (dominio *personal*). El órgano directivo asume un específico compromiso individual de control o de contención de riesgos determinados para bienes jurídicos que puedan provenir de los objetos o de las personas sujetos a su supervisión, y con relación estrictamente a las actividades propias de la empresa y a hechos que él esté en condiciones de evitar de acuerdo con su propio ámbito de competencia en el organigrama empresarial.

Sin embargo, hemos dicho ya que la utilización de esta categoría dogmática ha merecido ciertos reparos entre los autores, quienes llegaron a caracterizarla como un medio de imputación muy «traumático». Es por eso que, previo a perfilar su posible utilización como

(26) De inestimable valor para entender su estado actual, el meduloso trabajo de KLAUS GÜNTHER, «De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber ¿Un “cambio de paradigma” en el Derecho penal?», en *La insostenible situación del Derecho Penal*, trad. Jesús-María Silva Sánchez, Comares, Granada, 2000, esp. pp. 500 a 505.

(27) MARTÍNEZ BUIJÁN-PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 201.

instituto para construir el concepto de responsabilidad de los representantes de una corporación, es preciso ocuparse de sus cuestionamientos.

La falta de tipificación especial de 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 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, mediante 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 o equivalencia) los reparos en relación con dicho principio de *legalidad* se aligeran (28). Pero si la correspondiente legislación carece de una regla de esa clase la dificultad aparece con todo su vigor.

Empero, pensamos que para que se disipe cualquier duda respecto de 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 cual alude Novoa, una precisa definición de los presupuestos frente a los cuales pueda surgir la posición de garante (29).

En la actualidad se levantan voces en contra de la inclusión de la regla en la legislación, entendiendo que la punición de la *comisión por omisión* es perfectamente sostenible desde perspectivas de principio de legalidad y que ni la tipificación expresa en la Parte Especial ni la inclusión de una cláusula genérica en la Parte General del Código Penal son necesarias, pudiendo incluso reportar más inconvenientes que ventajas, aludiendo particularmente a que el precepto genérico puede conllevar a consecuencias extensivas de la punibilidad (30).

(28) Cfr. EDUARDO NOVOA MONREAL, *Fundamentos de los delitos de omisión*, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 141.

(29) V. gr., CP alemán, § 13; CP austriaco, § 2; CP español, artículo 13; CP italiano, artículo 40; CP portugués, artículo 10 (Cfr. Jesús-María Silva Sánchez en *Comentarios al Código penal*, dir. Manuel Cobo del Rosal, Edersa, Madrid, 1999, p. 443).

(30) *Ídem*, pp. 452, 457 y 458.

No obstante ser ésta también nuestra opinión con 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, a representantes del ente ideal, nos pone en la necesidad de determinar, desde un ángulo analítico teórico y 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. 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 (31) la posición de garante tiene aquí por contenido la dirección y el encauzamiento de algo que produce, por su utilización, peligros para bienes jurídicos en la vida social, por cuyo motivo un determinado sujeto o sujetos tiene como función el evitar o prevenir los daños.

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

aaa) En primer lugar, se debe tener 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 particular. Si bien habrá actividades desarrolladas bajo la forma empresarial que, efectivamente, pueden responder a esas características (pensemos, por ej., en el ámbito de la delincuencia ecológica, los perjuicios que puede acarrear la falta de control respecto del personal al cual se ha encargado el tratamiento de efluentes con aptitud contaminante), también habrá infinidad de situaciones en las cuales tales características no podrán ser verificadas.

bbb) Sin embargo, la verificación de que una actividad desarrollada mediante una corporación es 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:

(31) ENRIQUE BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, Temis, Bogotá, 1983, p. 146.

aaaa) Que respecto del representante a quien se pretende imputar la no evitación del resultado haya un *deber de actuar* basado en la ley, en una convención o en su obrar precedente.

bbbb) 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 resultado.

Los recaudos mínimos exigidos ponen en evidencia la corrección de lo afirmado por Malamud Goti 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 estarán más allá de los acontecimientos delictivos concretos, y por consiguiente, colocados en una posición desde la cual difícilmente puedan evitar las consecuencias ulteriores.

bb) Los delitos comunes y la omisión propia

En el Derecho comparado se analiza la conveniencia de crear una figura delictiva de omisión propia que castigue, con carácter general, la *pura infracción del deber de vigilancia* en el seno de la empresa que incumbe al órgano directivo con independencia de la responsabilidad (en comisión por omisión) por los hechos delictivos que pueda cometer un subordinado que ejecuta materialmente el hecho. La cuestión atinente al castigo de la pura infracción del deber de vigilancia se plantea con total independencia de la responsabilidad que proceda por la intervención (sea a título de autor, sea a título de partícipe) en el hecho materialmente ejecutado por el subordinado.

La responsabilidad en comisión por omisión se está transformando al aplicarse al ámbito de los delitos de empresas o de estructuras organizadas (como infracción del deber de vigilancia). Silva Sánchez presagia acerca de la posibilidad cierta de que se acabe asimilando a las figuras mucho más laxas, de la *vicarious liability* anglosajona o la *responsabilité du fait d'autrui* francesa (32).

(32) SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, op. cit., p. 84.

La «responsabilidad vicaria o por sustitución» «... implica que una persona puede ser responsable por los actos de otra persona como si fueran sus propios actos. La máxima que guía esta doctrina es: *Qui facit per alium facit per se* (el que actúa por medio de otro, actúa por sí mismo). El cómplice es en sentido metafísico, el *alter ego* del autor. De este modo las acciones del autor se transfieren, mágicamente, a los cómplices»

«Esta forma de entender la responsabilidad criminal supone la aplicación de una doctrina del Derecho civil que tiene su base en el Derecho contractual. No sería posible desarrollar un sofisticado cuerpo comercial sin recurrir a la posibilidad de que los agentes contraten en nombre de sus superiores, los cuales van a adquirir, con posterioridad, unos derechos y se van a convertir en responsables como si ellos mismos hubiesen contratado. Todo el Derecho de Sociedades en su conjunto presupone que las sociedades se hacen responsables de las deudas y de los contratos que los representantes de la misma llevan a cabo con terceras personas» (33).

La *vicarious liability* se diferencia de la *strict liability*. La doctrina *strict liability* se aplica a aquellas contravenciones en las cuales no es necesario acreditar la culpabilidad del agente y, por consiguiente, tal y como ha sido formulada hasta hace poco tiempo, el error nunca excusa (34).

La comisión por omisión y, eventualmente, la omisión propia, traen como consecuencia criminológica el denominado *hombre de paja*; sujeto, que colocado en un puesto jerárquico de la empresa, asume conscientemente la responsabilidad por los hechos delictuosos producidos a cambio de una abultada suma de dinero en concepto de emolumentos salariales periódicos.

c) *Los delitos especiales y el «actuar por otro»*

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

En materia de delitos socio-económicos es muy frecuente que las diversas figuras se construyan como tipos especiales. Con razón ha podido afirmarse al respecto que, a diferencia de lo que sucede en el ámbito del Derecho penal nuclear, en el que la regla general es la existencia de tipos comunes, en la esfera del Derecho penal accesorio y, en particular, en la del Derecho penal económico la regla general es la contraria, o sea, el hecho de que la configuración del injusto típico se apoye, en la mayor parte de los casos, en la atribución de una *determinada característica objetiva del autor* (35).

(33) GEORGE P. FLETCHER, *Conceptos básicos de Derecho penal*, trad. F. Muñoz Conde, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 277.

(34) JAIME MALAMUD GOTI, *Persona jurídica y penalidad*, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 22.

(35) CARLOS MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, *op. cit.*, pp. 194 y 195.

Vinculada, precisamente, en los delitos especiales ha tenido un vigoroso desarrollo la categoría dogmática del «actuar por (o *en lugar de*) otro». En efecto: este instituto aparece como una respuesta para aquellos casos en que las especiales cualidades del autor concurren en la persona jurídica (incapaz de actuar, como ya se vio) y no en sus órganos de representación, que, en definitiva, serán los que realizan el sustrato naturalístico de la infracción. En tales situaciones, 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». 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».

Sin embargo, se describiría insuficientemente la utilidad de la teoría si se redujera su ámbito de aplicación sólo a la hipótesis anterior. Esta categoría dogmática puede, además, ser implementada como una respuesta al problema que se concita no sólo respecto de los que actúan en nombre de personas jurídicas, *sino también de aquellos que lo hacen en nombre de personas físicas*. Esta nueva forma de ampliación de los tipos delictivos se justifica, en la explicación de Jescheck (36), 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 responsabilidad.

Empero, es de advertir que las posibles utilidades de esta categoría dogmática están muy limitadas en el caso de nuestro Derecho positivo, ya que si bien ha sido adoptada por algunas leyes penales especiales, no lo ha sido de una manera general mediante su incorporación en la Parte General del Código, no obstante los justos reclamos doctrinarios en ese sentido.

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

aa) En primer lugar, el sujeto que actúa (sea en nombre de la persona jurídica o bien por delegación de su director) debe haber *rea-*

(36) Cfr., HANS H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4.^a edición, trad. José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, p. 208.

lizado íntegramente el tipo objetivo; es, por tanto, autor en sentido físico-causal.

bb) 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 pueda faltar» es la especial condición demandada para el autor».

cc) 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 fácticos*.

d) *Consecuencias jurídicas accesorias*

Sirve aclarar que entre los esfuerzos destinados a reprimir las conductas ilícitas penales provenientes de la persona jurídica se ha promocionado también la imposición de las denominadas *consecuencias accesorias* como tercera o cuarta vía del Derecho penal (al lado de las penas, medidas de seguridad y reparación como tercera vía) (37). A nuestro ver, se trata de una mera cuestión de etiquetamiento detrás de la cual se esconde una verdadera pena.

5. EL DERECHO COMPARADO

En el Derecho internacional encontramos tres grupos bien diferenciados en cuanto al tema (38).

A) *Societas delinquere non potest*

Existen países cuyos ordenamientos jurídicos responden a la cultura jurídica *continental europea* y, por lo tanto, no contienen una regulación genérica sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

(37) Cfr. CLAUS ROXIN, «La reparación en el sistema de los fines de la pena», trad. J. Maier y E. Carranza, en *De los delitos y de la víctima*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 131 y ss.

(38) Seguimos en esto a SILVINA BACIGALUPO (*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 314 y ss.); pero con matizaciones. Para el Derecho noruego, puede verse HELGE ROSTAD, «Las multas a las personas jurídicas. Breve esbozo del sistema noruego», en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, trad. Carmen Tomás Valiente, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 519.

I) BÉLGICA

Desde el punto de vista *legislativo*, en este país rige el principio *societas delinquere non potest, sed puniri non potest*. No sólo se excluye la posibilidad de delinquir, sino también toda posibilidad de sanción. Ello no significa que no sean posible las sanciones por infracciones contravencionales: las sanciones administrativas son aplicables tanto a las personas físicas como a las jurídicas.

Respecto de la *doctrina*, la tradicional persiste en la idea de negar dicha responsabilidad argumentando, fundamentalmente, sobre la incapacidad de la persona jurídica para manifestar el elemento *moral* de la infracción, es decir, el dolo o la culpa o, de otro modo, por su incapacidad de culpabilidad. Sin embargo, existe otra parte de la doctrina que mayoritariamente acepta la existencia de una cierta forma de culpabilidad de la persona jurídica, advirtiendo a su vez sobre la necesidad de adaptar las sanciones penales para la misma.

La *jurisprudencia* de la *Cour de Cassation* se puede resumir en los siguientes puntos fundamentales: a) una persona jurídica puede cometer una infracción; b) sin embargo, no es posible aplicarle ninguna sanción; c) por el contrario, la persona física por medio de la cual ha obrado la persona jurídica, o a la que incumbía una obligación legal por cuenta de ésta y haya omitido hacerla, deberá ser perseguida y penada.

II) ITALIA

La *legislación* italiana tampoco admite la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, dado que el único sujeto capaz de sufrir sanciones es la persona física. La Constitución italiana de 1948, en su artículo 27, párr. I, dispone que la responsabilidad penal es siempre «personal», mientras que el párr. III recoge el principio de rehabilitación y refuerza así el reconocimiento del principio de culpabilidad como obstáculo esencial de aquella responsabilidad. Así explica la situación Militello: «... a pesar del consenso cada vez más amplio en el sentido de una reforma profunda del Derecho penal en materia económica y de los primeros, aunque sea de modo fragmentario, instrumentos legislativos de esta delicada operación, no resulta todavía superado el tradicional anclaje del ordenamiento italiano en el principio *societas delinquere non potest*; éste, afirmado en la acepción moderna durante el siglo XVIII, ha resistido indemne a dos codificaciones penales distintas, a la promulgación de la Constitución de 1948, y a las más recientes intervenciones legislativas» (39).

(39) VICENTE MILITELLO, «La responsabilidad jurídico-penal de la empresa y de sus órganos en Italia», en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, trad. Carla Prestigiacomo, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 409 y 410.

No obstante, en el Derecho administrativo se ha producido cierta evolución hacia la responsabilidad de la persona jurídica, previéndose la responsabilidad solidaria de la misma a los efectos de asegurar el pago de la sanción pecuniaria (ley núm. 689, art. 6.º, ap. III, 24.11-1981), la imposición de multas (ley núm. 287, de protección del mercado y de la competencia, artículo 19, 10/10/1990; ley núm. 157, de *insider-training*, art. 7, 17/5/1991) e, incluso, la disolución de la misma (ley núm. 223, art. 33, 6/8/1990).

La *doctrina* jurídico penal italiana mayoritaria tampoco admite la posibilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

B) *Societas delinquere potest*

Hay países –los que, en su mayoría, están vinculados a la tradición anglosajona– en cuyos ordenamientos jurídicos se admite la responsabilidad de las personas jurídicas.

I) HOLANDA

El adagio en Holanda es, por tanto *¡Societas delinquere potest!* (40). En el ámbito legislativo, el artículo 51 del Código penal holandés admite la comisión de delitos tanto por personas físicas como por personas jurídicas. El primer antecedente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra en la Ley de Delitos Económicos de 22/6/1950, que según la reforma introducida por la Ley de 24/5/1976, incorporó el artículo 15 que permitía la responsabilidad directa de las personas jurídicas o de la sociedad, asociación o patrimonio de afectación, o de aquellos que hubieran tenido la dirección de hecho de la acción u omisión prohibida o contra ambos. A pesar de su derogación, el contenido del artículo fue tomado por el Código penal de 1976. Éste es su texto:

«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:

- la empresa, o
- la persona que haya realizado el delito, así como la persona que haya favorecido la comisión del mismo, o
- cualquiera de los sujetos a la vez».

(40) H. DE DOELDER, «La punibilidad de las personas jurídicas en Holanda», en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, trad. Blanca Mendoza Buergo, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 497.

La opinión dominante sostiene al respecto que un injusto sólo puede ser imputado a una persona jurídica, si ésta tenía el poder de disponer sobre el comportamiento punible (el llamado *criterio de poder*) y además aceptó o solía aceptar ese comportamiento (el llamado *criterio de aceptación*). Tanto la *jurisprudencia* como la *doctrina* consideran además que la decisión de un órgano de la empresa no es suficiente para fundamentar la autoría de la persona jurídica. Por el contrario, resulta suficiente que el hecho aparezca realizado dentro del *contexto social* como una acción de la persona jurídica. El criterio de imputación es pues que la acción se entienda dentro del *contexto social* como una acción propia de la persona jurídica. En cuanto al ser humano que haya actuado, lo decisivo para poder imputar la acción también a la persona física es que ésta haya tenido un «rol determinante» en la realización de la acción punible.

La opinión dominante, así como la jurisprudencia admiten la posibilidad de imponer una sanción a la persona jurídica tanto por un delito penal como por una infracción administrativa. Recientemente, en el marco de las sanciones administrativas, el nuevo Código General de Derecho administrativo no establece diferencias entre la persona física y la jurídica como sujeto de infracciones administrativas.

Durante los últimos diecisiete años el tema de la responsabilidad penal de la persona jurídica ha sido protagonista. Después de la evolución jurisprudencial de la cualidad funcional de autor (*vicarious liability*) y de su aplicación y en el cuadro de la persona jurídica, ha sido posible, en la práctica, no solamente atraer la atención de la persona jurídica sobre su responsabilidad penal, sino igualmente, en su seno, procesar penalmente a quienes deciden y a los dirigentes de hecho. Esto se hace sobre la base de los criterios funcionales relativos a la cualidad de autor, que permanecen ligados al *mens rea* en la tradición continental «no hay pena sin culpa» y que no reposan sobre la *strict liability* teniendo en cuenta, sin embargo, la estructura actual de la organización y la responsabilidad en el seno de una empresa u organización (41).

II) FRANCIA

Al menos en Francia, la mayoría de la doctrina es partidaria de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; lo que sin lugar a du-

(41) Así JOHN VERVAELE, «La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a época, núm. 1, 1998, p. 183.

das a influido en la decisión de los autores (42) del contemporáneo digesto criminal vigente en ese país.

En efecto: el nuevo Código penal francés de 1/3/1994 admite la responsabilidad de las personas jurídicas. Según el artículo 121-2 del NCP las personas jurídicas son punibles como autoras o partícipes tanto de una acción como de una omisión, siempre y cuando dicha punibilidad se encuentre recogida *expresamente por la ley*, y que el hecho haya sido *realizado por un órgano o representante* de la misma en su propio beneficio. La imputación de un delito a una persona jurídica se encuentra sometido a los siguientes criterios: a) *sujetos*: personas jurídicas de Derecho privado y público (en el último caso, sólo es punible si el delito se lleva a cabo dentro de un servicio público que por medio de un acuerdo pueda ser transferido a otra persona); b) *acción*: de un órgano o representante legal de la persona jurídica; c) que se realice con el propósito de obtener un beneficio para la misma y que dicho beneficio se pudiese dar; d) la existencia de responsabilidad penal de la persona jurídica no excluye en absoluto la responsabilidad en la que haya incurrido la persona física que actuó; e) es necesario que la punibilidad de la persona jurídica esté contenida expresamente en una ley o en un reglamento (principio de especialidad).

Las sanciones que se contemplan son de índole penal, correccional y contravencional. Entre ellas se destacan: multa, clausura, prohibición temporal o definitiva de realizar una determinada actividad empresarial.

La primera condena fue dictada por el Tribunal correccional de Lyon el 18 de noviembre de 1994 y, a 31 de diciembre de 1997, se habían pronunciado ya, y consiguientemente inscrito en el registro de antecedentes penales de las personas jurídicas, cien resoluciones judiciales definitivas. Sin embargo, casi todas estas decisiones –noventa y siete exactamente– fueron dictadas en primera instancia y su motivación es generalmente muy sobria, por ser benévolos (43).

III) REINO UNIDO

Uno de los modelos de responsabilidad penal directa de las personas jurídicas más antiguo en Europa lo tiene, probablemente, el Reino Unido. La idea de la empresa como sujeto del Derecho penal está firmemente afianzada.

(42) Cfr. JEAN PRADEL, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho francés: algunas cuestiones», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, núm. 4, 1999, p. 662.

(43) PRADEL, *op. cit.*, p. 663.

En el ámbito *legislativo*, la capacidad de la persona jurídica para poder estar representada en un juicio por un representante o la aceptación de la necesidad de la intervención de una persona natural para llevar a cabo acciones en nombre de la empresa se remonta recién al *Criminal Justice Act* de 1925 que recoge en su s. 33 dicha posibilidad. Por otro lado, en el ámbito *jurisprudencial*, los tribunales también han sido siempre favorables a admitir la *vicarious liability* de la empresa por hechos cometidos por sus empleados o por sus agentes del mismo modo que se admite la responsabilidad de la persona física. En este país se ha construido la *teoría de la identificación*, según la cual toda empresa funciona en la medida en que personas físicas actúen y controlen de forma directa las actividades de la misma y éstas pueden ser consideradas como su *alter ego*. La mayoría de los casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas se presentan en el marco del Derecho penal económico o de supuestos típicos reguladores de la actividad empresarial. Ello, a su vez, se encuentra determinado por el propio tipo de la actividad empresarial relacionada con intereses económicos y, por lo tanto, posibilitando también la clásica sanción pecuniaria.

La prueba necesaria para poder imputar la responsabilidad penal a la persona jurídica es la existencia de una persona física que represente de forma directa la mente y la voluntad de la persona jurídica; se diferencia así entre el *centro nervioso* o cerebro y las *manos* de la empresa.

En la *jurisprudencia* la diferencia quedó establecida a partir del *leading case Tesco Supermarkets Ltd v. Natrass*.

Sobre la efectividad preventivo-criminal de dicha responsabilidad, muchos doctrinarios tienen duda en tanto las sanciones a imponer son por regla de carácter económico y pueden ser calculadas, para su absorción y amortización, como parte de los gastos de la empresa.

IV) IRLANDA

La regla general que se aplica en Irlanda en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas es que en la medida en que un delito pueda ser imputado a una persona de la empresa, sea un directivo o cualquier otro trabajador, la empresa puede ser punible también con una pena de multa. La responsabilidad que se le imputa a la persona jurídica tiene lugar en base a los principios de la *vicarious liability*.

Como ejemplo, la s. 503 (*section*) de la *Income Tax Act 1967* prevé, en el marco de infracción relativas a impuestos, la pena de multa para cualquier tipo de persona, lo que incluye a la persona jurídica que cometa un ilícito.

V) DINAMARCA

La responsabilidad penal de las personas jurídicas estaba recogida en numerosas Leyes de Derecho penal especial, según las cuales era posible condenar a una pena de multa a empresas, asociaciones, fundaciones, así como –en determinados casos– a las corporaciones y autoridades estatales. Así, por ejemplo, desde 1991 la Ley de Protección del Medio Ambiente, núm. 358 del 6.6.1991, en la que se prevé la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas. Dentro de éstas puede ser responsable el órgano que tomó la decisión y también la persona física.

Incluso se ha admitido la posibilidad de la responsabilidad del Estado en la ley de seguridad y salud en el trabajo.

Todas estas regulaciones han encontrado un marco preciso con la introducción desde 1996 de disposiciones generales en el Código penal (Capítulo 5.º). Según el Capítulo 5.º del Código penal se admite la responsabilidad de las personas jurídicas en aquellos casos en los que ello esté expresamente previsto (§ 25). Tales disposiciones expresas se encuentran en las leyes penales especiales, pero no en la Parte Especial del Código penal.

La responsabilidad penal de la empresa abarca junto a las personas jurídicas también a las formas empresariales que tengan como propietario a una sola persona física, siempre y cuando tenga al menos entre 10 a 20 empleados (§ 26). A este tipo de empresa se les puede imputar un hecho punible cometido en su seno, bien sobre la base de un comportamiento doloso o culposo de un empleado, que no necesariamente debe ocupar un puesto directivo, o bien sobre la base de una deficiente estructura de organización de la empresa misma.

El Estado o un municipio, como personas jurídicas de Derecho público sólo pueden ser penalmente responsables, siempre y cuando no se trate de hechos punibles en el marco relativo al ejercicio de potestades públicas (§ 27).

VI) ESTADOS UNIDOS

La característica más sobresaliente de las disposiciones legales como jurisprudenciales en el país del Norte, es la intención expresa de inducir a la entidad social, por la vía penal, a emplear los medios a su alcance para evitar la causación de perjuicios a terceros en el curso de la actividad comercial. En cuanto a la relaciones existentes entre la conducta del autor y la actividad societaria se ha seguido la tesis de la CS, según la cual una persona colectiva puede ser responsabilizada por hechos ajenos a las facultades conferidas, considera-

das en forma estricta, si el agente ha asumido el rol con el objeto de beneficiar a la empresa en forma efectivamente autorizada, aunque más no sea mediante una notoria tolerancia. Dos teorías se disputan la determinación de cuáles son los actos por los cuales ha de responder penalmente la sociedad. Para una primera tendencia, la empresa obra como persona por medio de sus agentes, de modo que es a esta misma persona a quien se castiga. Requiere, pues, que se pueda identificar a la empresa con el acto que la hace pasible de sanción. El que actúa debe tener un rol significativo para ser identificado con la sociedad.

La segunda postura se limita a afirmar que de lo que se trata es sencillamente de imponer penas en forma vicaria en virtud de criterios funcionales, formales o mixtos.

La responsabilidad por delitos exige la existencia de una *vinculación funcional* entre el agente y la formulación de la política comercial de la persona colectiva o bien la creación *ex lege* de deberes societarios cuya infracción permite explícitamente la imposición de penas. Respecto de las faltas, el sistema es sensiblemente más elástico, al considerar suficiente que el infractor resulte ser un agente que ejecuta, en ese carácter, actos propios del empleo. En cuanto a los delitos por la que se pune a la sociedad quedan excluidos solamente los altamente personales. Las únicas penas societarias son la multa y, eventualmente, inhabilitaciones.

Para justificar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la doctrina estadounidense distingue entre la *responsabilidad corporativa* y la *responsabilidad colectiva*: «La responsabilidad corporativa significa que la corporación, la sociedad, es una entidad superior a la que resulta de la suma de sus miembros. La responsabilidad colectiva implicaría que cada uno de los miembros de la entidad es responsable, lo cual no es cierto» (44). Para graficar la distinción se da el siguiente ejemplo: «El Estado alemán es responsable del Holocausto, lo que no significa que todos y cada uno de los alemanes que vivieron en aquella época o que nacieron con posterioridad sean también responsables» (45).

Históricamente, el fenómeno se explica del siguiente modo: «El principio *qui facit per alea facit per se* [responsabilidad vicaria] encuentra su explicación precisamente en estos casos de responsabilidad corporativa, lo que no nos debe sorprender ya que se trata, en definitiva, de un principio que rige en el Derecho civil. Desde su origen las sociedades han sido responsables civilmente de los contratos que celebran y de los ilícitos civiles que cometen. Según el Derecho americano, las sociedades también son «personas» y en virtud de la Enmienda 14.^a tienen derecho a un proceso justo y a la protección fijada por las leyes. La otra cara de la moneda supone, por tanto, que tienen que asumir su responsabilidad por los daños que causen» (46).

(44) FLETCHER, *op. cit.*, p. 294.

(45) Ídem.

(46) Íbidem. Entrecorillado en el original.

Con relación a los delitos –y contravenciones–, tanto de comisión como de omisión, se aplica el principio de que quien actúa para un tercero (la sociedad) lo hace como en su propio nombre. Si el deber se impone a la persona colectiva, quien está destinada a cumplirlo queda obligada como si dicho deber le fuera impuesto en persona.

C) **El principio de culpabilidad como límite a la responsabilidad penal de las personas jurídicas**

Por último, tenemos los países en los que la positivización constitucional del *principio de culpabilidad (nulla poena sine culpa)* obliga a buscar alternativas de responsabilidad de las personas jurídicas sea a nivel contravencional, sea por institutos jurídicos que aparezcan como eficientes para reprimir a las personas físicas que se encuentran por detrás del ente ideal (v.gr., actuar por otro, comisión por omisión y autoría mediata), llegándose a proponer consecuencias jurídicas accesorias; rótulo que permite ocultar verdaderas sanciones de carácter penal.

I) ALEMANIA

En Alemania, la vigencia y reconocimiento con rango constitucional del principio de culpabilidad es motivo para la no aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero ello no impide que haya un reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas en materia de infracciones administrativas. Así la Ley de Contravenciones o Infracciones Administrativas de 1968 (con las modificaciones de 1986) recoge en su § 30 la responsabilidad directa de las personas jurídicas (47). Esta responsabilidad presupone, en primer lugar, que alguien haya actuado como órgano con poderes de representación de una asociación, como miembro de la dirección o como socio de una sociedad comercial de personas y, en segundo lugar, que en dicha actuación haya cometido un delito o una contravención al orden. Es decir, que es necesario un hecho de conexión llevado a cabo por una persona física o por un órgano de la persona jurídica. Además, el § 30 exige que se den las siguientes condiciones: a) que la acción del órgano haya vulnerado deberes que incumben a la persona jurídica o asociación; y, b) que por medio del delito o contravención

(47) Más extenso en 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», en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, trad. Ujala Joshi Jubert, Bosch, Barcelona, 1995, p. 385.

la persona jurídica o asociación se haya enriquecido o se hubiese debido enriquecer.

La sanción que se impone por dicha infracción es de multa.

Por otro lado, el mismo § 30 también establece en el párrafo 4 una norma procesal importante, según la cual «si por el delito de la contravención no se incoa procedimiento penal o administrativo, o se suspende la imposición de la pena, la multa administrativa se podrá imponer independientemente». Si dicha multa se aplica, el párrafo 5, dispone además que en tal caso no tendrá lugar el comiso de las ventajas patrimoniales obtenidas mediante el hecho punible o la contravención que se prevén en los §§ 73 del Código penal o 29a de la Ley de Contravenciones o Infracciones Administrativas.

La doctrina alemana ha criticado en relación a esta regulación la limitación del círculo de autores que pueden realizar el hecho que sólo contemplaba a un órgano o a un miembro de dirección de la persona jurídica, entendiendo que sería necesario la ampliación a los que «de cualquier otra manera sean responsables de la dirección de la empresa».

También se debe resaltar que en Alemania se recoge la figura del *actuar en nombre de otro*, tanto en el § 14 del Código penal, como en el § 9 de la Ley de Contravenciones o Infracciones Administrativas. En el § 13 del Código penal se recepta la cláusula de *equiparación para los delitos de omisión impropia*.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional Federal, también ha afirmado ya desde 1966 que el principio de culpabilidad tiene rango constitucional y que sus consecuencias también son aplicables a la responsabilidad sancionable de las personas jurídicas.

II) ESPAÑA

El Código penal recepta la cláusula de equiparación de los delitos de *comisión por omisión*. En efecto su artículo 11 dispone: «Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente».

Asimismo se hace eco del *actuar por otro*. El artículo 31 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».

También, el Código penal español de 1995, dispone en su artículo 129 del Título VI sobre las Consecuencias Accesorias:

1. El juez o tribunal, en los supuestos previstos en este Código y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.

b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviera carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.

e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el juez instructor también durante la tramitación de la causa.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva.

Con respecto a estas últimas consecuencias se discute si se trata de una pena, una medida de seguridad o de otro tipo de consecuencia con naturaleza diferente («cuarta vía»). La opinión que gana mayor cantidad de adeptos es la que estima que se trata de verdaderas penas y que su aplicación debe revestir las mismas garantías que la imposición de una sanción penal a un sujeto individual.

III) PORTUGAL

Aquí también tiene rango constitucional el principio de culpabilidad (arts. 1, 5 y 13). Por eso el Código penal portugués dispone: «salvo disposición en contrario, solamente son susceptibles de responsabilidad penal las personas físicas» (art. 11).

Portugal dispone, a su vez, del Decreto-Ley núm. 433/82 de 27 de octubre sobre ilícitos de mera ordenación social, que en su artículo 7 establece la responsabilidad de personas colectivas o equiparadas. De acuerdo con esta disposición «las multas administrativas son aplicables tanto a las personas colectivas o equiparadas a ellas, así como a las asociaciones sin personalidad jurídica». Asimismo, se establece en el artículo 7 que las personas colectivas o equiparables serán responsables por las contravenciones realizadas por sus órganos en el ejercicio de sus funciones.

Las sanciones se establecen en el artículo 17.3 y son multas cuya gravedad dependerá según que se trate de una infracción dolosa o culposa.

IV) PARAGUAY

En Latinoamérica, uno de sus Códigos más avanzados, el de la República de Paraguay, recepta la regla de equiparación de la *comisión por omisión*. Su artículo 15 reza: «Al que omita impedir un resultado descrito en el tipo legal de un hecho punible de acción, se aplicará la sanción prevista para éste sólo cuando:

1. exista un mandato jurídico que obligue al omitente a impedir tal resultado; y
2. este mandato tenga la finalidad de proteger el bien jurídico amenazado de manera tan específica y directa que la omisión resulte, generalmente tan grave como la producción del resultado».

Asimismo recepta la *actuación en representación de otro*. Dice el artículo 16: «1.º La persona física que actuara como:

1. representante de una persona jurídica o como miembro de sus órganos;
2. socio apoderado de una sociedad de personas; o
3. representante legal de otro, responderá personalmente por el hecho punible, aunque no concurren en ella las condiciones, calidades o relaciones personales requeridas por el tipo penal, si tales circunstancias se dieran en la entidad o persona cuyo nombre o representación obre.

2.º Lo dispuesto en el inciso 1.º se aplicará también a la persona que, por parte del titular de un establecimiento o empresa, u otro con el poder correspondiente, haya sido:

1. nombrado como encargado del establecimiento o de la empresa; o

2. encargado en forma particular y expresa del cumplimiento, bajo responsabilidad propia, de determinadas obligaciones del titular, y cuando en los casos previstos en ambos numerales, haya actuado en base a este encargo o mandato.

3.º Lo dispuesto en el inciso 1.º se aplicará también a quien actuara en base a un mandato en el sentido del inciso 2.º numeral 1, otorgado por una entidad encargada de tareas de la Administración pública.

4.º Los incisos anteriores se aplicarán aun cuando careciera de validez el acto jurídico que debía fundamentar la capacidad de representación o el mandato.

6. LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

En el Derecho penal argentino la tradición continental europea se ha impuesto a lo largo de la historia: *societas delinquere non potest*.

Nuestro Derecho Constitucional, a través de la recepción de algunos Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional (CN, art. 75, inc. 22), ha introducido en forma expresa la manda según la cual *la pena no puede trascender de la persona del delincuente* (CADDHH, art. 5, inc. 3.º). Dicha intrascendencia impide que a través de la sanción penal de la persona jurídica se castigue indirectamente a personas físicas que no hayan cometido un entuerto en forma penalmente responsable.

No obstante, nuestro legislador penal común ha adoptado algunas de las distintas perspectivas que se han vertido sobre el tema, no sólo muchas veces haciendo caso omiso de las normas constitucionales, sino mediante la hiperproliferación de regulaciones especiales. La *melange* recepta como microsistemas penales varias de las soluciones apuntadas.

A) Responsabilidad penal directa de las personas jurídicas

Las normas tomadas como ejemplificativas –debe tenerse en cuenta– en la mayoría de los casos no sólo reflejan la responsabilidad penal directa de las per-

sonas jurídicas (lo que en este punto importa) sino que, además, agregan la responsabilidad de los sujetos parte de los órganos de representación por omisión propia (véase cursiva).

I) Warrants: La Ley nacional núm. 9.643 dispone en su artículo 37: «Sin perjuicio de la **pérdida de la autorización para continuar funcionando como empresa emisora de warrants** y de los daños y perjuicios de que sean responsables ante los depositantes, *incurrirán igualmente en las penas del artículo 35 los directores o gerentes de aquélla que efectúen, por cuenta propia o ajena, las operaciones de compraventa prohibidas por el artículo 3...*».

II) Régimen Penal Cambiario: La Ley nacional núm. 19.359 dispone en su artículo 2.º, inc. f): «Cuando el hecho hubiese sido ejecutado por los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia de una persona de existencia ideal, con los medios o recursos facilitados por la misma u obtenidos de ella con tal fin, de manera que el hecho resulte cumplido en nombre, con la ayuda o en beneficio de la misma, **la persona de existencia ideal también será sancionada** de conformidad con las disposiciones de los incisos a) y e)»; esto es, «multa de hasta diez veces el monto de la operación en infracción, la primera vez» (inc. a) «... suspensión hasta diez años o cancelación de la autorización para operar o intermediar en cambios e inhabilitación hasta diez para actuar como importador, exportador, corredor de cambio o en instituciones autorizadas para operar en cambios» (inc. e). La ley apuntada es de jurisdicción federal (art. 8, párr. 3.º).

III) Ley sobre Abastecimiento: La Ley nacional núm. 20.680, artículo 8.º, dispone: «Cuando las infracciones que se penan en esta ley hubieren sido cometidas en beneficio de una persona jurídica, asociación o sociedad, se le dará carácter de parte, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los autores. En los casos de **condena de una persona jurídica**, asociación o sociedad se podrá imponer como sanción complementaria la pérdida de la personería y la caducidad de las prerrogativas que se le hubiesen acordado. *Los directores, administradores, gerentes y miembros de tales entidades, que no hubieren participado en la comisión de hechos punibles, pero que por sus funciones debieron conocerlos y pudieron oponerse, serán también pasibles –cuando se les probare grave negligencia al respecto– de las sanciones previstas en el artículo 5, incisos a) y b) disminuyéndose a la cuarta parte los límites mínimos y máximos a imponer*».

IV) Delitos aduaneros: La Ley nacional núm. 22.415, de jurisdicción federal, en su artículo 888, reza: «Cuando una **persona de existencia ideal fuere condenada** por algún delito aduanero e intimada al pago de las penas pecuniarias que se le hubieren impuesto no fuera satisfecho su importe, *sus directores, administradores y socios ilimitadamente responsables responderán patrimonialmente y en forma solidaria con aquélla por el pago del importe de dichas penas, salvo que probaren a la fecha de la comisión del hecho no desempeñaban dichas funciones o no revestían tal condición*».

V) Ley de Defensa: La Ley nacional núm. 23.554, artículo 36, segundo párrafo, expresa: «Las **personas jurídicas de existencia ideal que incurrieren en los mismos hechos** [denegar, retacear, falsear o proporcionar con demora los informes requeridos por la autoridad competente o dificultar, negar o sustraerse a la requisición] o impidieren o dificultaren las funciones de las autoridades competentes, **podrán ser intervenidas por el Poder Ejecutivo Nacional y privadas temporal o definitivamente de su personería**» (48).

VI) Ley sobre Violencia en Espectáculos Deportivos: La ley nacional núm. 24.192, artículo 11, segundo párrafo, dispone: «La entidad deportiva a la que pertenezca el mismo [director o administrador de un club deportivo, dirigente, miembro de comisiones directivas o subcomisiones, que en ejercicio o en ocasión de sus funciones cometa los delitos previstos por el Capítulo 1 de la Ley y fuera sancionado con pena de multa de cien mil a un millón de pesos], **será responsable en forma solidaria de la pena pecuniaria que correspondiere**».

Según Creus, este párrafo es de signo innovador en nuestro Derecho penal común, ya que al disponer que «la entidad deportiva a la que pertenezca» el autor calificado «será responsable en forma solidaria de la pena pecuniaria que correspondiere», transporta la responsabilidad penal a la persona jurídica. Agrega más adelante que estas especies de sanciones penales son hoy bastante comunes en el Derecho penal comparado y aparecen en nuestro régimen penal tributario, pero a partir del significado de la responsabilidad (49) penal van a plantear un debate constitucional.

(48) Sobre la acción típica, véase VÍCTOR FÉLIX REINALDI en su act. a la obra de RICARDO C. NÚÑEZ, *Derecho penal. Parte especial*, Lerner, Córdoba, 1999, p. 387.

(49) CARLOS CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, I, 6.^a ed., 2.^a reimp., Astrea, Buenos Aires, 1999, § 115, p. 49.

VII) Defensa de la competencia: La Ley nacional núm. 25.156, de jurisdicción federal (art. 58), en su artículo 47, establece: «**Las personas jurídicas de existencia ideal son imputables** por las conductas realizadas por las personas físicas que hubiesen actuado en nombre, con la ayuda o en beneficio de la persona de existencia ideal, y aún cuando el acto hubiese servido de fundamento a la representación sea ineficaz». Por su parte, el artículo 48 agrega: «Cuando las infracciones previstas en esta ley fueron cometidas por una persona de existencia ideal, la multa también se aplicará solidariamente a los directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del Consejo de Vigilancia, mandatarios o representantes legales de dicha persona de existencia ideal *que por su acción o por la omisión de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción.*

En tal caso, se podrá imponer sanción complementaria de inhabilitación para ejercer el comercio de uno a diez años a la persona de existencia ideal y a las personas enumeradas en el párrafo anterior».

B) Doble imputación

El sistema de doble imputación o, de otro modo, la elaboración de un sistema de imputación para la persona jurídica diferente al del previsto para la persona física ha sido propuesto desde la doctrina. Se trata —expresión de Baigún (50)— de elaborar un nuevo esquema con dos vías de imputación ante el hecho delictivo protagonizado por el ente colectivo; una, que aprehenda la persona jurídica como unidad independiente y, otra, que se dirija a las personas físicas que la integran, aplicando en este segundo supuesto, el modelo de la teoría tradicional. El primer estrato consuetudinario está compuesto por la *acción institucional*, dividida en tres ámbitos: normativo, organizativo y económico. Respetando la relación del mandato o prohibición con la especial naturaleza de la acción institucional se pueden mantener las categorías tradicionales (de la imputación individual) relativas a los delitos de comisión, culposos y omisivos. El problema de dónde finaliza la zona de preparación y empieza la ejecución, se resuelve afirmando que la toma de decisión es componente del tipo. En cuanto al tipo prescinde del dolo tradicional. El carácter de sujeto activo lo ad-

(50) DAVID BAIGÚN, «La tipicidad en el sistema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, denominado doble imputación», en *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, Lerner, Córdoba, 1995, p. 56.

quiere la persona jurídica, aunque sea el órgano o representante de ella; esto no se modifica porque la ejecución posterior a la toma de decisión sea llevado a cabo por terceros ajenos al ente ideal (funcionario o empleado). En relación a la descripción de la acción, en la exégesis que requiere el nuevo modelo, la conexión de los verbos debe hacerse con la resolución de la persona jurídica a través de su órgano; en los tramos recorridos por la decisión institucional pueden existir una o más actividades e igualmente uno o más actos posteriores que son secuelas de la decisión y que integran su *corpus*. Se debe escoger como válido el producto decisonal prescindiendo de otros componentes. No hay diferencia en lo relativo al problema de la causalidad con relación al sistema tradicional, pero la imputación objetiva se transforma en un enunciado básico sin el cual es imposible construir la responsabilidad social como categoría autónoma. En cuanto al tipo subjetivo, los elementos subjetivos especiales no pueden ser acogidos por el modelo; el dolo se transforma en voluntad social dolosa. El elemento cognitivo queda reducido al aspecto puramente fáctico con la aclaración de que obviamente, también se prescinde de los momentos subjetivos con la pura objetividad de la descripción. En cuanto a la voluntad social dolosa, ésta no es patrimonio de ninguna de las individualidades que integran el órgano; es propia de la decisión institucional y no admite la acumulación (suma) o la consideración particularizada de las voluntades personales. En cuanto al error de tipo requiere el desconocimiento institucional sobre la circunstancia esencial que excluye el tipo referido a un ingrediente de la acción descriptiva del tipo objetivo; no así al elemento normativo cuando éste posee significación jurídica porque, para realizar sus objetivos sociales, la entidad se halla obligada a informarse sobre las regulaciones existentes. Esto en cuanto al tipo de comisión con voluntad social dolosa.

En cuanto al tipo de comisión con decisión institucional negligente. La acción institucional, por su carácter y modo de ejecución, puede no estar dirigida al logro de un resultado, sino a otros fines; pero, si se viola las reglas de cuidado establecidas por el ordenamiento jurídico y como consecuencia de ello, provoca resultados intolerables socialmente se asemeja, sin duda, a la modalidad culposa clásica. Para la imputación debe tenerse en cuenta la especial capacidad del autor, en tanto el conocimiento profesionalizado de la sociedad jurídica, lo cual significa un verdadero *plus* en la exigencia del deber de cuidado. El vínculo entre la infracción del deber y la consecuencia se determina conforme al patrón usado para definir el nexo entre voluntad social dolosa y resultado, o sea, a través de la conexión objetiva. Luego se realiza la imputación de esa conexión a la persona jurídica a través de

la relación entre el contenido de la decisión institucional y el resultado.

Respecto al tipo de omisión valen las siguientes consideraciones. En relación a los propios, es perfectamente concebible la presencia de los componentes de la tipicidad requeridos por la opinión dominante en la doctrina: la situación típica, el mandato y el poder de hecho de realizar la acción, con la puntualización de que este último recaudo debe ser abarcador del conocimiento institucional acerca de las circunstancias externas que hacen posible el ejercicio del poder. La posibilidad de aplicar la categoría de los delitos impropios de omisión al comportamiento de las personas jurídicas es más frecuente: sin perjuicio de los tres elementos característicos ya mencionados (propios de omisión) la doctrina destaca, como notas diferenciales, la producción de un resultado que corresponda al supuesto de un hecho positivo (delito de comisión) y la posición de garante, que se conforma cuando, a partir de los deberes especiales previstos para el autor, éste debe responder por la no evitación de un resultado punible. Ambas características son observables en la actuación de las personas jurídicas. Ya en lo relativo al tipo subjetivo con voluntad social dolosa de omisión es necesario saber cómo se formula la necesidad de la voluntad social dolosa en la omisión. En los delitos propios, el conocimiento institucional se conecta con el cuadro situacional generador del deber de actuar y con la posibilidad de realización de la acción mandada, tanto en el caso de ausencia de decisión como de decisión de no asumir la obligación; en los impropios, la conexión se extiende al resultado y a la posición de garante, pues estos dos componentes se incluyen, según lo vimos, en el contenido del tipo.

La detección de la voluntad social es algo más complejo; en el supuesto de ausencia de una decisión (delitos propios) la manifestación de la voluntad social solo se aprehende de manera implícita pues la inactividad del órgano deja subsistente la imputación a la persona jurídica; en cambio, la exteriorización es visible, cuando la toma de decisión no asume el deber instituido, o, en los delitos impropios de omisión, cuando la persona jurídica, en su condición de garante, está obligada a evitar el resultado.

Pero ambos ingredientes –conocimiento institucional y voluntad social– solo pueden relacionarse con el resultado mediante la imputación objetiva: la conexidad objetiva responde al desarrollo de un proceso en el mundo físico y no puede, por consiguiente, constituirse en el soporte de una relación que se define por la finalidad de la norma. Acudir a la imputación objetiva, al igual que en la teoría convencional, parece el camino correcto.

La antijuridicidad, como juicio de valor acerca de la contradicción entre el comportamiento del ente y el ordenamiento jurídico, permanecerá incólume pero las causas de justificación no podrán reconocer en su estructura los elementos subjetivos de la doctrina tradicional. La culpabilidad, obviamente, pierde su sentido, pues está ausente la maduración o capacidad, definida a partir del aparato psíquico del hombre y, en su lugar, habrá que recurrir a la responsabilidad como única categoría congruente con la estructura del tipo y con la antijuridicidad.

Finalmente, el sistema diferencial de penas y medidas de seguridad será estructurado conforme a la naturaleza especial de la acción: multa, cancelación de la personería, suspensión total o parcial de actividades, prestaciones obligatorias, difusión de la sentencia, entre las primeras y autorización judicial para actos particulares, consejo de vigilancia especial, auditoría periódica entre las segundas.

C) Consecuencias jurídicas accesorias

El Código penal, en su artículo 23, párr. 3.º, impone una pena accesoria (51): «Cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra éstos».

D) El actuar por otro

El legislador argentino ha utilizado dos modos diferentes de regular el actuar por otro.

– La primera de esas formas es la tradicional en el Derecho comparado, haciendo referencia expresa a la característica especial transferida de la persona jurídica a la persona física.

I) Ley de Estupefacientes: La Ley nacional núm. 23.737, artículo 27, de jurisdicción federal, dispone 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».

(51) Véase CARLOS CREUS, *Derecho penal. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 458.

– La segunda técnica consiste en prever en forma genérica la responsabilidad del que ha actuado por la persona jurídica, sin hacer mención a características específicas del ente ideal que fueren trasladables a la persona física. En tal sentido se comprenden en la manda tanto los delitos comunes, como los especiales. En el primer caso, es importante reconocer que las acciones que pueden producir directamente la lesión de bienes jurídicos de terceros o de la colectividad no suelen ser realizadas por el director de la empresa desde su despacho o por el consejo de administración, sino por un subordinado (52). Pero, en el último caso, en principio tales normas (al no ser específicamente cláusulas del actuar por otro) no alcanzan para evitar la extensión analógica *contra reo* (53), con la consiguiente reducción del ámbito privativo de la legalidad.

I) Warrants: La Ley nacional núm. 9.643 dispone en su artículo 37: «Sin perjuicio de la pérdida de la autorización para continuar funcionando como empresa emisora de warrants y de los daños y perjuicios de que sean responsables ante los depositantes, incurrirán igualmente en las penas del artículo 35 los directores o gerentes de aquella que efectúen, por cuenta propia o ajena, las operaciones de compraventa prohibidas por el artículo 3...».

II) Ley de Residuos Peligrosos: La Ley nacional 24.051, de jurisdicción federal, prevé en el artículo 57: «Cuando alguno de los hechos previstos en los dos artículos anteriores se hubiesen producido por decisión de una persona jurídica, la pena se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes de la misma que hubiesen intervenido en el hecho punible, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales que pudiesen existir».

III) Ley de Riesgos del Trabajo: La ley nacional núm. 24.557, artículo 32, inc. 5.º, dice: «Cuando se trate de personas jurídicas la pena de prisión se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes que hubiesen intervenido en el hecho punible».

(52) 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 *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, trad. José Manuel Paredes Castañón, coord., S. Mir Puig, D. M. Luzón Peña, Bosch, Barcelona, 1996, p. 103.

(53) GABRIEL PÉREZ BARBERÁ, «Actuar por otro» y delito económico, en *Foro de Córdoba*, Año VII, núm. 32, 1996, p. 74.

IV) Régimen penal tributario: La Ley nacional núm. 24.769, de jurisdicción federal (art. 22), aduce en su artículo 14 (54): «Cuando alguno de los hechos previstos en esta ley hubiere sido ejecutado en nombre, con la ayuda o en beneficio de una persona de existencia ideal, una mera asociación de hecho o un ente que a pesar de no tener calidad de sujeto de derecho las normas le atribuyan condición de obligado, la pena de prisión se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios, representantes o autorizados que hubiesen intervenido en el hecho punible inclusive cuando el acto que hubiera servido de fundamento a la representación sea ineficaz».

V) Código penal: Este digesto represivo dispone en su artículo 178: «Cuando se tratase de la quiebra de una sociedad comercial o de una persona jurídica que ejerza el comercio, o se hubiere abierto el procedimiento de liquidación sin quiebra de un banco u otra entidad financiera, todo director, síndico, administrador, miembro de la comisión fiscalizadora o gerente de la sociedad o establecimiento fallido o del banco o entidad financiera en liquidación sin quiebra, o contador o tenedor de libros de los mismos, que hubiere cooperado a la ejecución de alguno de los actos a que se refieren los artículos anteriores, será reprimido con la pena de la quiebra fraudulenta o culpable, en su caso. Con la misma pena será reprimido el miembro del consejo de administración o directivo, síndico, miembro de la junta fiscalizadora o de vigilancia, o gerente, tratándose de una sociedad cooperativa o mutual».

E) Omisión propia (violación del deber de vigilancia)

I) Ley sobre Abastecimiento: La Ley nacional núm. 20.680, 8.º, dispone: «Cuando las infracciones que se penan en esta ley hubieren sido cometidas en beneficio de una persona jurídica, asociación o sociedad, se le dará carácter de parte, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los autores. En los casos de condena de una persona jurídica, asociación o sociedad se podrá imponer como sanción complementaria la pérdida de la personería y la caducidad de las prerrogativas que se le hubiesen acordado. *Los directores, administradores, gerentes y miembros de tales entidades, que no hubieren participado en la comisión de hechos punibles, pero que por sus funciones debie-*

(54) De que se trata de un delito especial, existe cierto consenso en el Derecho comparado (por todos, GRACIA, *op. cit.*, p. 82).

ron conocerlos y pudieron oponerse, serán también pasibles –cuando se les probare grave negligencia al respecto– de las sanciones previstas en el artículo 5, incisos a) y b) disminuyéndose a la cuarta parte los límites mínimos y máximos a imponer».

II) Sistema integrado de jubilaciones y pensiones: La Ley nacional núm. 24.241, en el artículo 144, establece: «Cuando el delito se hubiera cometido a través de una persona de existencia ideal, pública o privada, la pena de prisión se aplicará a los funcionarios públicos, directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes, que hubiesen intervenido en el hecho, *o que por imprudencia, negligencia o inobservancia de los deberes a su cargo, hubiera dado lugar a que el hecho se produjera*».

III) Defensa de la competencia: La Ley nacional núm. 25.156, de jurisdicción federal (art. 58), en su artículo 47, establece: «Las personas jurídicas de existencia ideal son imputables por las conductas realizadas por las personas físicas que hubiesen actuado en nombre, con la ayuda o en beneficio de la persona de existencia ideal, y aún cuando el acto hubiese servido de fundamento a la representación sea ineficaz». Por su parte, el artículo 48 agrega: «Cuando las infracciones previstas en esta ley fueron cometidas por una persona de existencia ideal, la multa también se aplicará solidariamente a los directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del consejo de vigilancia, mandatarios o representantes legales de dicha persona de existencia ideal *que por su acción o por la omisión de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción*.

En tal caso, se podrá imponer sanción complementaria de inhabilitación para ejercer el comercio de uno a diez años a la persona de existencia ideal *y a las personas enumeradas en el párrafo anterior*».

F) Omisión impropia

En nuestro país **no** se ha receptado la cláusula de equiparación o equivalencia según la cual los delitos de resultado material realizables por medio de acción, también pueden ser imputado cuando se llegue a los mismos por omisión, a partir de una posición de garante derivada del deber de protección de bienes jurídicos o de determinadas fuentes de peligro. En general se aplica la doctrina antigua y precaria, de cuño causalista (sistema clásico o positivismo jurídico), por la que

siendo esencialmente prohibido por los tipos la producción del resultado material el legislador deja abierto si al mismo se ha llegado por transgredir una prohibición o por omitir un deber (omisión impropia).

G) Derecho penal administrativo

La cuestión relativa a la pena criminal y a la contravencional lleva necesariamente a establecer la diferencia existente entre delitos y contravenciones, existiendo en este ámbito dos teorías en pugna. La primera, que se ha dado en llamar *teoría cualitativa*, afirma que entre delito y contravención existe una diferencia esencial porque los hechos desaprobados por el Derecho tienen una sustancia diversa. La segunda, la *tesis cuantitativa*, hace fincar la cuestión en la cantidad de pena, y no en el acto punible. Con algunas excepciones (Núñez y Bielsa) nuestros autores han participado de la *teoría cuantitativa* (55).

I) Ley relativa a aseguradores: Dispone la Ley 20.091, artículo 61, párr. 3.º: «Si la infractora fuera una sociedad anónima, cooperativa o mutual, sus directores, administradores, síndicos o integrantes del consejo de vigilancia en su caso y gerentes, serán solidariamente responsables por las multas y consecuencias de la nulidad de los contratos celebrados. Si se tratare de sociedad de otro tipo, la responsabilidad solidaria se extenderá además a todos los socios. Si la infracción fuera cometida por una sucursal o agencia de sociedad extranjera, la responsabilidad corresponderá al factor, gerente o representante».

II) Encubrimiento y lavado de activos: La Ley nacional núm. 25.246, artículo 23, expresa: «**Será sancionada con multa de dos a diez veces del valor de los bienes objeto del delito, la persona jurídica** cuyo órgano o ejecutor hubiera aplicado bienes de origen delictivo con la consecuencia posible de atribuirles la apariencia de un origen lícito, en el sentido del artículo 278, inc. 1.º del Código penal. El delito se considerará configurado cuando haya sido superado el límite de valor establecido por esa disposición, aun cuando los diversos hechos particulares, vinculados entre sí, que en conjunto hubieran excedido de ese límite hubiesen sido cometidos por personas físicas diferentes, sin acuerdo previo entre ellas, y que por tal razón no pudieran ser sometidas a enjuiciamiento penal; 2. Cuando el mismo hecho hubiera sido cometido por temeridad o imprudencia grave del órgano o

(55) MALAMUD, *Persona jurídica*, op. cit., p. 54.

ejecutor de una persona jurídica o por varios órganos ejecutores suyos en el sentido del artículo 278, inciso 2) del Código penal, la multa a la persona jurídica será del veinte por 100 al sesenta por 100 del valor de los bienes objeto del delito; 3. Cuando el órgano o ejecutor de una persona jurídica hubiera cometido en ese carácter el delito a que se refiere el artículo 22 de esta ley, la persona jurídica sufrirá multa de diez mil pesos a cien mil pesos». En tanto el artículo 24 asegura: «La persona que actuando como órgano o ejecutor de una persona jurídica o la persona de existencia visible que incumpla alguna de las obligaciones de información ante la Unidad de Información Financiera creada por esta ley será sancionada con pena de multa de una a diez veces del valor total de los bienes u operación a los que se refiera la infracción, siempre y cuando el hecho no constituya un delito más grave. 2. La misma sanción sufrirá la persona jurídica en cuyo organismo se desempeñare el sujeto infractor. 3. Cuando no se pueda establecer el valor real de los bienes, la multa será de diez mil pesos o cien mil pesos».

7. UNA OPINIÓN FINAL COMO SÍNTESIS: LA PROMISCUIDAD EN EL DISCURSO

Hemos intentado bosquejar las posiciones doctrinarias y las respuestas dadas por el Derecho comparado en cuanto a la posibilidad o imposibilidad de que una persona jurídica sea responsable penalmente. También analizamos las distintas soluciones receptadas en nuestra legislación. Sin embargo, creemos necesario hacer cierta advertencia acerca de la confusión de niveles y planos del discurso a la hora de exponer y concluir sobre el punto.

Cuando se habla de la *conveniencia* de imputar penalmente a la persona jurídica estamos en el plano *político criminal*. Y la respuesta que se dé tendrá en cuenta el contexto más amplio de la política social y económica de los diferentes Estados y las comunidades de carácter internacional en donde la idea se discuta. Estos criterios son tan amplios y relevantes en la configuración de un Estado que normalmente se plasman en las Constituciones fundacionales. Estamos en el mismo nivel de discusión cuando hablamos de una mayor eficiencia en la represión de las personas físicas que concurren a la formación de la persona jurídica y sobre la viabilidad de institutos como los aparatos organizados de poder dentro de la autoría mediata, la omisión (propia e impropia) y el actuar en lugar de otro.

Sabias y de aplicación a nuestro contexto son las palabras de Naucke (56): «No existe una discusión sobre la relación entre ley penal y lo que merece ser recogido en la ley penal. De la prudencia de las leyes no gusta hablarse. En definitiva: se sabe que no hay ley que impida al tirano abusar de su posición. Y se sabe también que no hay género alguno de violencia o usurpación que no acabe por quedar justificada por medio de una ley correctamente elaborada».

Ahora bien, cosa diferente es considerar que las leyes que receptan la responsabilidad penal de las personas jurídicas tienen o no *validez*.

Utilizamos la definición de *validez* dada por Luigi Ferrajoli, el cual la distingue nítidamente de la de *vigencia*. En efecto, apunta el autor: «Para que una norma exista o esté en vigor [vigencia] es suficiente que satisfaga las condiciones de validez formal, condiciones que hacen referencia a las formas y los procedimientos del *acto normativo*, así como a la competencia del órgano de que emana. Para que sea, válida se necesita por el contrario que satisfaga también las condiciones de validez sustancial, que se refieren a su contenido, o sea, a su *significado*» (57).

Aquí el problema que se nos plantea es *interpretativo*. Tendremos que asomarnos a las leyes fundamentales de cada país para escudriñar si puede existir un sistema penal que se cierna sobre el ente ideal. Para ello tendremos que auscultar si el fin último de ese ordenamiento jurídico es la persona física, si está receptado el principio de culpabilidad y, en su caso, el de personalidad de la pena. Si la respuesta es positiva, pues existirá una imposibilidad jurídica de implementar dicha responsabilidad. El principio de jerarquía de las leyes impedirá al legislador común elaborar una legislación de ese tenor. De lo que se trata es de promocionar la inconstitucionalidad de dichas leyes.

Si el tema en discusión es la imposibilidad de castigar penalmente a la persona jurídica, pero reconociéndose su responsabilidad contravencional, tendremos que apelar a la *clasificación del Derecho penal en sus diferentes subramas* a fin de verificar si existe entre ellas (o algunas de ellas) diferencias sustanciales o meras diferencias de grado, y si dichas diferencias permiten que en algunas provincias del mismo rijan plenamente las garantías constitucionales, mientras que en otras ellas se tornen harto más laxas.

Aun en el caso de concluir a favor de la diferencia cualitativa entre las subramas del Derecho penal, ello deja abierto el tema de si a la

(56) WOLFGANG NAUCKE, «La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado», en *La insostenible situación del Derecho penal*, trad. Pablo Sánchez-Oztiz Gutiérrez, Comares, Granada, 2000, p. 533.

(57) LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, trad. varios, Trotta, Madrid, 1997, p. 874. La cursiva en el original.

persona jurídica la imposición de una sanción contravencional puede serlo derechamente o ello exige (haciendo analogía con la persona física) un sistema analítico de imputación que garantice una correcta aplicación de la ley. Estamos en el ámbito de la *dogmática*.

Nuestra posición, en suma, es que resulta innecesario la persecución penal de las personas jurídicas (política criminal) y sería inconstitucional implementarla dada las características de nuestra Constitución Nacional (interpretación). Sería conveniente ser eficientes a la hora de perseguir a las personas físicas que cometen hechos delictuosos ocultos tras el manto jurídico del ente ideal (política criminal). Para ello deberían afilarse algunos institutos propios de la imputación individual como los ya remanidos *actuar por otro*, *comisión por omisión* y *autoría mediata* (58). No existe diferencia cualitativa entre Derecho penal común y Derecho penal contravencional (59) (clasificación de subramas) por lo cual rigen las mismas garantías constitucionales y resulta un fraude de etiquetas responsabilizar penalmente a las personas jurídicas bajo el rótulo de responsabilidad contravencional. Aun cuando se reconociera una diferencia cualitativa, sería indispensable crear un sistema analítico de imputación (dogmática) propio del ente ideal para el sector contravencional.

El diagnóstico sobre nuestra legislación es decididamente pesimista. Es altamente asistemática. Se ha considerado conveniente la punición de la persona jurídica, existe una legislación inconstitucional al receptor dicha responsabilidad penal, la cual, en muchos casos, se basa en una diferencia cualitativa inexistente entre delito y contravención, aplicándose directamente la sanción, haciendo caso omiso de todo molde dogmático de criba en la aplicación de la ley. Por último, aquellos institutos que permitirían una mayor eficiencia en la persecución de las personas físicas que utilizan a la persona jurídica para la comisión de ilícitos penales están precaria o sectorizadamente implementados. Así la teoría de los aparatos organizados de poder no tiene manda que la recepte; el actuar por otro sólo se encuentra regulado en forma clara en la Ley de Estupefacientes; por último, en el ámbito de la omisión, la impropia tiene la deficiencia de no haberse receptado la cláusula de equivalencia.

(58) Sobre el tema BERND SCHÜNEMANN, «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea», en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, trad. Enrique Peñaranda Ramos, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 565.

(59) CLARO EUGENIO R. ZAFFARONI, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 103. Sobre la distintas posiciones –diferenciación *cualitativa* y *cuantitativa*–, CARLOS CREUS, DP PG, *op. cit.*, § 18, p. 20.

Ha dicho Ridall (60): «Tened siempre en mente el hecho de que si se presenta una dificultad considerable al intentar comprender un pasaje, no siempre debe pensarse en la carencia de inteligencia del lector, sino que también existe la posibilidad de que el autor sea incapaz de (o no desee) expresarse de un modo inteligible (o que no tenga nada sólido que decir)». Con el oscuro y ambiguo legislador argentino, a menudo, ocurre cosa semejante. A no subestimarse ni deprimirse en tan heroico esfuerzo.

(60) J. G. RIDDALL, *Teoría del Derecho*, trad. TsEdi, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 22.