

Ley de Responsabilidad Penal
De las Personas Jurídicas por Delitos Contra la Administración Pública
¿Un Nuevo Sujeto en el Derecho Penal?
¿Fin del Principio Societas Delinquere Non Potest?

Por: José Luis Alvero

Introducción.

Recientemente el Congreso de la Nación sancionó la flamante Ley N° 27.401, que tiene por objeto establecer el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, cuando cometan delitos de corrupción contra la administración pública¹, tales como el cohecho y tráfico de influencias, negociaciones incompatibles con la función pública, enriquecimiento ilícito y la realización de balances apócrifos en las empresas.

Adaptándose de esta manera a los estándares internacionales antisobornos y cumplimentando con ello los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional al ratificar la Convención contra el Soborno Transnacional de la O.C.D.E.².

Esta nueva ley, resulta una legislación novedosa y constituye un cambio de paradigma en nuestro sistema jurídico argentino, ya que hasta el momento, solo estaba legislado y tipificado que las “personas físicas” (humanas) podían ser sujetos activos susceptibles de responsabilidad e imposición de sanción penal por la comisión de delitos de corrupción.

De esta manera, al consagrarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro país, se supera la larga discusión relativa a la posibilidad de incriminación penal de los entes colectivos, dejando sin efecto de esta manera el tan mentado principio “*societas delinquere non potest*”, consagrando un nuevo sujeto activo en el derecho penal, y reformulando con ello la “teoría del delito” que históricamente estuvo estructurado en torno a la conducta humana.

Cabe recordar que, hasta el momento solo se castigaba a las personas jurídicas, en el caso de delitos de evasión tributaria, contrabando (Código

¹ Ley 27.401. sancionada el 08/11/2017 por el Congreso de la Nación y publicada en el B.O. el 01/12/2017. Entrada en vigencia dentro de los 90 días de su publicación en el B.O. (Cfr. Art. 39 Ley 24.071).

² Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, aprobada el 17 de diciembre de 1997 por el honorable Congreso de la Nación, por Ley 25.319 y entró en vigor para la República Argentina a partir del 9 de abril de 2001.

Aduanero), entre otros, pero siempre sujeto a la responsabilidad penal de las personas físicas responsables por dichos delitos.

Esta nueva legislación, establece una serie de reformas relevantes que justifican el presente comentario por la importancia que detenta y el impacto que generara en las empresas (en su mayoría), que deberán ajustar sus procedimientos internos para evitar la adjudicación de responsabilidad penal por los hechos delictivos en los que puedan verse implicados.

Destacándose entre dichas reformas: la imposición de un plazo de prescripción de 6 años para delitos de esa naturaleza, una serie de sanciones, la posibilidad de crear un programa de integridad para prevenir, cooperar y coadyuvar en la prevención de la corrupción en el interior de la empresa, la posibilidad de realizar acuerdos de colaboración con las personas jurídicas a cambio de información para así poder identificar a las personas físicas que hayan cometido delitos contra la administración pública, tanto del sector privado como del sector público, como así también la posibilidad de que la justicia de nuestro país pueda juzgar delitos cometidos por empresas argentinas en el exterior, entre otras novedades que prevé y que serán analizadas seguidamente.

Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Evolución.

Desde vieja data, en la doctrina se ha discutido si las personas jurídicas podían ser sancionadas o sujetas a responsabilidad penal, lo que género que en la jurisprudencia argentina se adopten diferentes posturas con relación a este tema, que a los fines de una mayor claridad expositiva y comprensión del mismo, se hará una breve referencia con relación a los diferentes postulados esbozados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia específica en la materia, plasmando de esta manera la evolución que tuvo la responsabilidad penal de las personas jurídicas tanto en nuestro país como en el derecho comparado. Por último, se hará un análisis exegético de la reciente Ley 27.401.

En los últimos años en el viejo continente se ha admitido la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así, por ejemplo, esta fue aceptada y establecida en países como Holanda (Ley del 23/06/1976), Islandia (1993), Portugal (Código Penal de 1983 y reforma de 2007) y Francia (Código Penal de 1993), en donde la capacidad penal de las personas jurídicas fue sostenida por la llamada corriente de la "Defensa Social" y los movimientos a ellos cercanos, también en Finlandia (1995), Eslovenia y Dinamarca (1996), Estonia (1998), Bélgica (1999), Suiza y Polonia (2003) y España (2010).

Previo a ello, en Europa se planteó un amplio debate en relación al tema, debido a que, a finales del Siglo XVIII, las personas jurídicas tuvieron una intensa participación en el tráfico jurídico - patrimonial -, lo cual llevo, ya en ese entonces, a la discusión sobre su naturaleza.

Ello, dio lugar fundamentalmente a dos posturas antagónicas en la dogmática jurídico penal:

1). Por un lado, estaba el planteo de Savigny, quien a partir de un concepto de derecho subjetivo vinculado a la idea de sujeto individual, negó la realidad jurídica de las personas jurídicas y las calificó simplemente como una “ficción”. Además, considero que esa ficción solamente podría utilizarse en el derecho civil, pero no en el derecho penal, pues consideraba que en este ámbito las personas son tratadas como seres pensantes y con voluntad.

2). Por otro lado, a la postura de Savigny, se le opuso la “teoría de la realidad” de Gierke, quien considerando las teorías organicista del ámbito de la biología, sostuvo que la persona jurídica era un organismo que podía participar perfectamente en la vida social y, por lo tanto, tener una personalidad colectiva real, y que la persona jurídica expresa su voluntad social a través de sus órganos³.

Sin perjuicio de ello, esa discusión ya fue superada y actualmente rige la política unificadora de la Comunidad Europea que, en 1988, dio una directiva a los Estados Miembros para implantar sanciones directas a las personas jurídicas con la finalidad de proteger así las condiciones del mercado común⁴.

A pesar de que todavía no se ha llegado a un consenso general sobre la capacidad delictiva de las personas jurídicas y los fundamentos de la misma, toda vez que todavía continúa la discusión doctrinal, ya que las opiniones siguen estando encontradas, muchas legislaciones penales de países europeos han incorporado ya sanciones para las personas jurídicas.

Esa tendencia legislativa que acepta la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha visto reforzada por los acuerdos internacionales de lucha

³ Los defensores de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas como Berner (*Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1857, 40) o Binding (*Handbuch des Strafrechts*. Leipzig. 1885. T. I. pag. 310) se apoyaron de alguna forma en la teoría de la ficción, mientras que autores como Von Liszt (*Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 3ª ed. Berlín, 1888, p. 114 y ss.), Hafter (*Die Delikte und Strafahigkeit der Personen verbände*, Berlín, 1903, p. 75 y ss) y Mestre (*Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, París, 1899, p. 211 y ss) afirmaron la posibilidad de una responsabilidad penal de las personas jurídicas a partir de su realidad social (García Cervero, Percy, “La persona jurídica como sujeto penalmente responsable” en *Derecho Penal Empresario*, Jacobucci, Guillermo J. (Director) y Laporta, Mario H. y Ramírez, Nicolás D. (coordinadores), p. 61 y ss. Ed. Bdef. Buenos Aires, 2010).

⁴ Citado por Mariano Cuneo Libarona en publicación de *La Ley* (Suplemento *La Ley*. 30/10/2014). En Alemania, Achenbach, Hans, “Sanciones con las que se pueden castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho Penal Alemán” (trad. Joshi) en *Fundamentos de un Sistema Europeo de Derecho Penal*, Silvia Sánchez, Jesús María (ed.), Barcelona, 1995. P. 381 y ss. En España, Bacigalupo, Silvina, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, p. 143 y ss; Bajo Fernández Miguel, “La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho Europeo Actual, CJD: la responsabilidad penal de las sociedades, actuación en nombre de otro, responsabilidad de los consejos de administración, responsabilidad de los subordinados”, VII, p. 103, Madrid, 1994; Silvia Sánchez, Jesús María, “La responsabilidad penal de la empresa y de sus órganos en Derecho español”, en *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal*, p. 358, 1995, entre otros.

contra la criminalidad transnacional, en los que se recomienda a los Estados parte incorporar sanciones penales a los entes colectivos (Vgr. El Convenio de Palermo⁵).

Repárese que, en Inglaterra, a principios del siglo XIX, las Cortes comenzaron a imponer responsabilidad penal a las sociedades comerciales. Así, a mediados del siglo XIX – en pleno proceso de industrialización -, ya se aceptaba que una corporación (privada) podía ser sometida a proceso penal por un delito omisivo que importara la ruptura de sus obligaciones.

El leading case en la materia lo constituyó el fallo inglés “The Queen vs. Birmingham & Gloucester Railway” (1842), en el cual se procesó a la corporación por incumplir una ley que le imponía la construcción de ciertas obras a lo largo de las vías del ferrocarril.

El fundamento para responsabilizar a la persona jurídica se centró básicamente en que ningún integrante de la corporación podía ser responsabilizado por la omisión del cumplimiento de un deber que recaía sobre la entidad, ya que no eran los individuos quienes habían incumplido la ley sino la propia sociedad, y no hubo objeciones vinculadas a la culpabilidad porque se trataba de un caso de responsabilidad estricta atribuida al incumplidor del deber.

Sin perjuicio de ello, actualmente rige la responsabilidad directa de las sociedades en la novedosa ley anticorrupción británica (The Bribery Act. De 2010), vinculada en especial a la criminalidad organizada.

Por su parte, en los Estados Unidos, según Juan María del Sel, la atribución de responsabilidad penal a las sociedades comerciales apareció en 1834, en casos que involucraban la contaminación de los ríos, el deterioro de las rutas, la ruptura de puentes y mataderos malolientes.

En el primero de los casos, la alcaldía de la ciudad de Albany fue sometida a proceso por no haber mantenido limpia la cuenca del río Hudson, y se afirmó que era “una regla” ya establecida que cuando (un individuo o una corporación) están obligados a reparar una vía pública o un río navegable ellos son responsables y pueden ser procesados por la omisión de cumplir con su deber. El sometimiento a proceso penal es el único remedio al que el público puede recurrir por las molestias sufridas al respecto. Si un individuo ha sufrido un perjuicio, él puede resarcirse mediante una acción personal.

No obstante ello, poco tiempo después, antes de que comience a imponerse responsabilidad a las personas jurídicas por actos indebidos ejecutados en el marco del incumplimiento de las obligaciones (misfeasance) que resulten en detrimento del público, se recurrió a la llamada teoría del *respondeat superior*

⁵ “La Persona jurídica como sujeto penalmente responsable”. García Caveró, Percy. En Derecho Penal Empresario, Yacobucci, Guillermo J. (Director) y Laporta Mario H. y Ramírez, Nicolás D. (Coordinadores). P. 64 y ss.

(originaria del ámbito de responsabilidad por actos ilícitos civiles), que atribuye el acto del agente a su principal (la corporación) sobre la base de la ficción legal de creer que existe un mandato implícito entre ellos.

El caso testigo en E.E.U.U., fue “Regina vs Great North of England Railway Company” (1846), en el cual la dificultad general de distinguir entre los actos indebidos y omisiones llevo a la Corte de dicho país a aceptar este tipo de responsabilidad en ambas situaciones, ya que en palabras de Lord Denman C. J., era “tan fácil acusar a una persona o a una corporación de colocar un obstáculo en una calle publica, como acusarlo de no repararla, y en ambos casos, además, se les podía imponer una multa por el acto o la omisión”⁶.

En la jurisprudencia de Estados Unidos y, en general, en los sistemas que se basan en el comon law, se sigue la doctrina del “disregard of the legal entity”, que permite a los jueces desenmascarar a aquellas personas físicas que actúan con la protección del velo corporativo.

De esta manera, se remontan al caso *Salomón vs Salomón* para encontrar el origen de este principio. A partir de ese caso, los tribunales de los Estados Unidos, Inglaterra y Australia han perforado el velo corporativo para descubrir a esas personas físicas que controlan los entes colectivos. Sin perjuicio de ello, los juzgadores anglosajones se han encontrado con un problema, que no es el de tratar de acotar los criterios y circunstancias que permiten levantar dicho velo⁷.

Por otro lado, en Alemania, un parte de la doctrina rechazaba la responsabilidad de las personas jurídicas, y solo admitía – en su caso - que se aplique multa como pena accesoria. Por su parte, Roxin sostenía que sus actos “no

⁶ Sobre el tema en general en Inglaterra y Estados Unidos, véase Del Sel, Juan Maria, “Societas Delinquentes ¿potest o non potest?. La responsabilidad criminal de la empresa a la luz de la visión anglosajona”, en Derecho Penal Empresario, Yacobucci Guillermo J. (director) y Laporta, Mario H. y Ramirez, Nicolás D. (coordinadores), p. 89 y ss.

⁷ El levantamiento del velo – procedente de la doctrina norteamericana – se define como aquella técnica judicial que consiste en prescindir de la forma externa – formalidad exterior – de la persona jurídica, pudiendo así penetrar en su interioridad y examinar los intereses que existen o laten en su nucleo. Se pretende, efectivamente, atajar los abusos y fraudes que por medio del “manto protector” se cometan a través de una persona jurídica. Se trata, en suma, de descartar o prescindir de la persona jurídica si los tribunales sospechan que se han cometido actividades ilícitas en su seno y valiéndose de su cobertura, para indagar y encontrar a la persona física auténticamente responsable de los hechos. Dicho en otros términos, se produce lo que se conoce como “ruptura del hermetismo de la persona jurídica” (Sanchez Bernal, Javier, “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, CT 4 – 2012 -, 121-156). En nuestro país, se aceptó la doctrina del levantamiento del velo societario Cfr. El caso “Swift” y recientemente, ‘CS, “Aguinda Salazar, Maria c. Chevron Corporation s/ Medidas Precautorias” del 4/6/2013, cita online AR/JUR/19375/2013. Véase Vitolo, Daniel Roque, “la Personalidad jurídica en la doctrina de las sociedades comerciales. Su limitación en casos de utilización indebida y fraude”, Ed. Errepar, Buenos Aires, 2010.

son acciones en términos de Derecho Penal” y añadía que “falta una sustancia psíquico-espiritual”⁸.

Hoy en día en el país germano existe responsabilidad administrativa y una fuerte tendencia a imponer penas en delitos económicos, ambientales y en casos de lavado de dinero dentro de la criminalidad organizada, por lo cual algunos proponen medidas de seguridad, multas no penales y hasta casos testigos directos. Se postulan sanciones como si fueran “modelos de culpabilidad analógica” o “reglas de imputación corporativas”.

Por su parte, la doctrina italiana tradicional, negó que las personas jurídicas puedan cometer delitos por el principio de “societas delinquere non potest”. Juristas como Francesco Carrara, Enrico Pessina, Remo Pannian, las consideraron con una absoluta incapacidad de derecho penal (y no solo con incapacidad para actuar). Por su parte, Vincenzo Mancini, Guissepe Bettiol y Antonio Pagliaro, los consideraron como simples incapaces de conducta, y autores como Arturo Santoro y Fernando Montovani directamente como “no responsables”⁹.

A pesar de la opinión de estos autores clásicos, se estableció la responsabilidad administrativa y penal de las personas jurídicas, la cual fue introducida en la legislación italiana en 2001 – decreto legislativo 231 – respecto de un reducido número de delitos, pero que con el tiempo se ha ido ampliando. En el año 2006, conforme a la Ley 146 (Art. 10) se extendió la responsabilidad del ente ideal a los delitos asociativos, entre los que se encuentra el delito de asociación de tipo mafioso del Art. 416 del Código Penal Italiano, dando cumplimiento con ello a la Convención de Palermo contra el crimen organizado internacional.

Sin embargo, la doctrina especializada advirtió que la Ley 146 cumplía parcialmente el mandato dispuesto en la Convención de Palermo por cuanto solo se hacía cargo de los delitos transnacionales, más de aquellos casos en que la corporación estuviera vinculado a un grupo criminal interno. Por ello, y a fin de evitar una laguna legislativa, la Ley 94 (15/06/2009) introdujo el Art. 24 ter al decreto legislativo 231 relativos a los delitos de criminalidad organizada. De ese modo, se dio cumplimiento a la decisión marco de 2008/841/JAI de la Unión Europea sobre la lucha contra la criminalidad organizada.

Además, la confiscación ha sido muy utilizada en ese ámbito, como medida preventiva o sancionatoria. Entre las diversas formas de confiscación, se comprende la llamada confiscación ampliada, dispuesta especialmente para luchar

⁸ Derecho Penal. Parte General. Roxin, Claus. T. I. p. 258. Ed. Cevitas, Madrid, 1997. Con otra visión, Gunther Jakobs sostiene que tanto para la acción como para la culpabilidad son idénticas las formas dogmáticas (no solo los nombres) en la persona física y jurídica. Cfr. “Derecho Penal”. Parte general. P. 182. Ed. Madrid Pons. Madrid. 1997.

⁹ Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl “Tratado de Derecho Penal”. Parte general. T. III. Pag. 56/57.

contra la criminalidad organizada. Ya no solo se apunta, como es tradicional, a los bienes provenientes del delito o a aquellos de valor equivalente – otros bienes de valor similar -, sino a todos aquellos bienes respecto de los cuales se tengan serias sospechas de su origen ilícito.

En la península ibérica (España), la doctrina mayoritaria se oponía a la responsabilidad de las personas jurídicas, por considerar que no podían realizar ninguno de los elementos que exige la dogmática de la teoría del delito, porque el Derecho Penal castigaba “acciones humanas”¹⁰, que no podían obrar subjetivamente (dolo o imprudencia) y que existía incapacidad de culpabilidad. También, sostenían que los principios de culpabilidad y personalidad de las penas impedían el castigo de todos los miembros del ente ideal y que solo se debía penar a la persona física que intervino personalmente en el delito¹¹.

No obstante, la Ley Orgánica 5/2010 consagro por primera vez en la historia legislativa de España la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por lo que se suprimió el principio “*societas delinquere non potest*”¹². De esta manera, el nuevo modelo punitivo separo por completo a la persona jurídica de las personas físicas que la integran. Consagrando de esta manera que son sujetos de derecho completamente diferentes¹³.

La Ley Orgánica 5/2010 estableció un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas *numerus clausus*, constituyendo un catálogo cerrado conformado por ciertos tipos delictivos¹⁴.

¹⁰ Muñoz Conde, Francisco y García Aran, Mercedes, “Derecho Penal, Parte General”. Pag. 213.

¹¹ Mir Puig, Santiago, “Derecho Penal, Parte General”, pag. 195, 197 y 198 y TS 18/1/1909, 13 y 27/12/1913 y 20/2/1914.

¹² González Cussac, José L. “El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Revista Derecho Penal y Criminología, La Ley, año III, Nº 4, mayo 2013.

¹³ El presupuesto de imputación es diferente. En las personas físicas rige el sistema clásico, esto es, la realización de una conducta típica, antijurídica, culpable y punible; en las personas jurídicas imperan los criterios establecidos en el nuevo Art. 31 bis del Código Penal.

¹⁴ Entre esos delitos: tráfico ilegal de órganos (Art. 156 bis), trata de seres humanos (Art. 177 bis), delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (Art. 189 bis), delitos contra la intimidad y allanamiento informático (Art. 197), estafa (Art. 251 bis), insolvencias punibles (Art. 261 bis), daños informáticos (Art. 264), delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores (Art. 288.1), delitos de blanqueo de capitales (Art. 302), delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social (Art. 310 bis), delitos urbanísticos (Art. 319), delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (Art. 318 bis), delitos contra el medio ambiente (Art. 327 y 328), delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (Art. 343), delitos de riesgo provocado por explosivos (Art. 348), delitos contra la salud pública (tráfico de drogas) (Art. 369 bis), delitos de falsedad en medio de pago (Art. 399 bis), delitos de cohecho (Art. 427), delito de tráfico de influencias (Art. 430) y delito de soborno a funcionario extranjero (art. 445), organizaciones o grupos criminales (Art. 570 quater) y financiación del terrorismo (Art. 576 bis), entre otros. Hay algunas ausencias, Vgr., en el delito ecológico la responsabilidad penal de la empresa se halla prevista únicamente cuando se trata de la modalidad dolosa, pero no cuando el delito se comete con imprudencia. En el delito de cohecho la empresa solo responderá penalmente por el cohecho activo, no por el

En efecto, la reforma introdujo un novedoso sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Art. 31 bis, con criterios autónomos de imputación, clases de penas propias y reglas específicas de aplicación de estas penas.

Dicho régimen jurídico se contiene en los Arts. 31 bis, 33, 7º (penas imponibles a las personas jurídicas); 52 (forma de imponer la pena de multa); 66 bis (determinación de la pena aplicable); 116, 3º (responsabilidad civil); 130 (supuestos de transformación y fusión de sociedades)¹⁵.

Estableciendo las siguientes medidas: intervención, clausura, suspensión de las actividades, prohibición de realizar determinadas conductas y la disolución de la sociedad.

Ahora bien, con respecto a los problemas de autoría que se presentan en los delitos especiales propios¹⁶, tanto en España como en Alemania la solución paso por establecer una disposición especial del actuar por otro (Art. 31.1 del Código Penal Español¹⁷ y Art. 14 del StGB¹⁸), por el cual quien actúa en representación de

pasivo. Cfr. Carbonell Mateu, Juan Carlos y Morales Prats, Fermin, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en comentarios a la reforma penal de 2010 (Álvarez García, Francisco Javier y González Cussac, José Luis, coordinadores), p. 55 y ss. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010; Gómez Jara Diez, Carlos "Fundamentos Modernos de Responsabilidad Penal de las personas jurídicas en el sistema español". Ed. B de F., Montevideo, Buenos Aires, 2010; Gómez Martín, Víctor, "Actualización de la obra de Santiago Mir Puig, Derecho Penal, Parte General", 8va. Ed. Reppertor, Barcelona, 2010; Quintero Olivares, Gonzalo "La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema adoptado por el Código Penal", en curso de incidencias de reforma del Código Penal, curso de la Fiscalía General del Estado, texto electrónico, marzo de 2011; Rodríguez Mourullo, Gonzalo, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la perspectiva político-criminal y dogmática", tribuna Nº 5, p. 7 y ss, abril-junio 2011 y Del Rosal Blasco, Bernardo, "Responsabilidad Penal de la empresa y Códigos de buena conducta corporativa", La Ley Nº 7670,11 de julio de 2011.

¹⁵ González Cussac, José L. "El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas". Revista de derecho penal y criminología, año III, Nº 4, mayo de 2013. P. 11. Ed. La Ley. Buenos Aires. 2013.

¹⁶ El problema se evidencia en aquellos casos en que las condiciones personales de autoría requeridas por la ley solo concurren en la persona jurídica y no en quienes actúan a través de ella. Vgr. El delito de quiebra (Art. 260 del Código Español).

¹⁷ El Art. 31 bis incorporado por la LO 5/2010 establece que: "1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y sus administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de las actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso. 2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularan las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos. 3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posible por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del

una persona jurídica o física será responsable por los delitos especiales que le haga cometer.

Por su parte, Francia y Belgica, derogaron el principio *societas delinquere non potest*, y han incluido en sus códigos penales, sanciones para las personas jurídicas. En el caso de Francia, incorporo dicha responsabilidad en su Código Penal en 1993.

En el ámbito regional, la República Federativa del Brasil, al aprobar su nueva Constitución de 1988, en el Título VII “Da Orden Económica e Financiera” (Arts. 170/192), llevo a jerarquía constitucional el principio de que “la ley, sin perjuicio de la responsabilidad individual de los dirigentes de la persona jurídica, establecerá la responsabilidad de esta, sujetando a las puniciones compatibles con

acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificara la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente. 4. Solo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: a) haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirija contra ella, a confesar la infracción a las autoridades; b) haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos; c) haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito; d) haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. 5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las administraciones públicas territoriales e institucionales, a los organismos reguladores, las agencias y entidades públicas empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”.

¹⁸ Este artículo prevé el supuesto del actuar en lugar de otra persona en los siguientes términos: “14. Actuar por otra persona 81) alguien actúa 1. Como órgano con poder de representación de una persona jurídica o como miembro de tales órganos. 2. Como socio con poder de representación de una sociedad comercial de personas; 3. Como representante legal de otro, así una ley fundamenta la punibilidad de acuerdo con las especiales cualidades personales, las relaciones o las circunstancias (características especiales personales), también se debe aplicar al representante aun cuando esas características no las tenga el pero si existen en el representado. (2) si alguien es autorizado por el propietario de una empresa o por alguien autorizado para ello. 1. Encargado de dirigir totalmente o parcialmente la empresa; o, 2 expresamente encargado a salvaguardar bajo su propia responsabilidad, tareas que le corresponden al propietario de la empresa, y actúa el con fundamento en ese encargo, entonces la ley es la que fundamenta la punibilidad de acuerdo con las características especiales personales. Esto también se aplica al encargado, aun cuando esas características no las tenga el, pero si existen en el propietario de la empresa. 2. Al establecimiento en el sentido de la primera frase se debe equiparar la empresa. Si alguien actúa con base en un encargo correspondiente para una entidad que salvaguarda tareas de la administración pública, entonces se debe aplicar *mutatis mutandis* la primera frase. (3). Los incisos 1 y 2 también son aplicables cuando el hecho jurídico en que se debía fundamentar el derecho de representación o las relaciones de mandato es ineficaz”.

su naturaleza, por los actos practicados contra el orden económico y financiero y contra la económica popular”¹⁹.

Sin perjuicio de ello, se sanciona en el país vecino, la Ley Anticorrupción Brasileña²⁰ (ley que surgió en un contexto de corrupción y escándalo judicial), que preve la responsabilidad civil y administrativa de las personas jurídicas por delitos de corrupción (tales como el soborno nacional o internacional, fraude o manipulación en licitaciones públicas o contratos celebrados con la administración pública), así como también por dificultar o interferir en actividades de fiscalización o investigación de órganos, entidades o funcionarios públicos. La responsabilidad es objetiva y las multas, son susceptibles de atenuación si la persona jurídica demuestra que cuenta con un programa de *compliance* efectivo, si autodenuncia ante las autoridades y colabora con las investigaciones pertinentes²¹.

En Chile, se sanciona la Ley 20.393 (2009) con motivo de su proceso de ingreso como miembro de la O.C.D.E. Esta norma, adopto el modelo de responsabilidad por defecto de organización (incumplimiento de deberes de dirección y supervisión), se aplica a los delitos de lavado de dinero, financiamiento del terrorismo y soborno o cohecho activo tanto de empleados públicos nacionales como de funcionarios públicos extranjeros²².

La legislación chilena prevé la posibilidad de que la persona jurídica se exima de pena u obtenga su atenuación mediante la implementación de programas de integridad (que denomina “modelos de prevención”).

A su vez, sanciona la Ley 20.931, conocida como ley “agenda corta anti-delincuencia” (05/07/2016), por el cual incorporó, al delito de receptación tipificado en el Art. 456 bis A del Código Penal Chileno²³.

¹⁹ Constituicao da Republica Federativa do Brazil, promulgada 5/10/88, con la revisión constitucional de 1994; Ed. Sagra-DC Luzzatto, 1994; texto revisado por Valdemar P. Da Luz; Art. 173, punto 5.

²⁰ Ley Federal 12.846/13. Promulgada el 01/08/2013, entro en vigencia el 29/01/2014.

²¹ Hugenford, Jason – Levin Gal, “Brasil New Anticorruption Law risk and compliance in latin America biggest economy, portal mondaq, 25/02/2014”. Citado por Laura Lavia Haidemperghger y Mercedes Artaza en “La responsabilidad penal de las personas juridicas” en la Revista de la Ley, 17/01/18, Año LXXXII Nº 12.

²² Hernandez Basualto, Hector, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile, política criminal, Vol. 5, Nº 9 (julio de 2010), arts. 5, ps. 207/236. Citado por Laura Lavia Haidemperghger y Mercedes Artaza en “La responsabilidad penal de las personas juridicas” en la Revista de la Ley, 17/01/18, Año LXXXII Nº 12.

²³ Preve que “incurrirá en delito de receptación, el que conociendo su origen o no pudiendo menos que conocerlo, tenga en su poder, a cualquier titulo, especies hurtadas, robadas u objeto de abigeato, de receptación o apropiación indebida del Art. 470, Nº 1, las transporte, compre, venda, transforme o comercialice en cualquier forma, aun cuando ya hubiese dispuesto de ellas...”.

De esta manera, se puede observar claramente que la decisión político criminal de que las personas jurídicas respondan penalmente, ha ido evolucionando y se ha extendido desde los países anglosajones hasta alcanzar a los sistemas continentales. Oponiéndose en principio a la responsabilidad penal de las personas jurídicas para luego consagrar la vigencia de la misma.

Argentina. Criterio tradicional.

En nuestro país, la doctrina mayoritaria de los penalistas clásicos fue terminante. Ya que consideraron que no era posible atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas porque no poseen capacidad de acción, aunque otras posiciones estimaron además que no son capaces de culpabilidad, e incluso que son incapaces penales.

En este sentido, fue categórico Sebastián Soler, quien basándose en el principio *societas delinquere non potest*; considero que la sociedad es una persona distinta de los socios; que no realiza actos; que no se pueden alterar los principios de derecho penal de imputabilidad, culpabilidad y pena; y que no es posible imponer una sanción por el principio de subjetividad (con contenido psicológico); que no pueden sufrir la coacción de la amenaza de una pena ni padecer una pena personal y que resultaba injusto sancionar a todos los asociados que no intervinieron en el hecho o se opusieron a los actos ejecutados por los directores o accionistas.

Siguiendo este orden de ideas, consideró que sostener lo contrario representaría una “ingenuidad jurídica”, una “torpeza política” y, en definitiva, una “ficción”. De igual manera, dijo que sancionar a una persona jurídica es una forma aberrante de imputación y establecer una forma objetiva de responsabilidad que deroga principios de un derecho penal civilizado de valor humano universal²⁴.

²⁴ Derecho Penal Argentino. Soler Sebastián. P. 265 y ss. Ed. TEA. Buenos Aires. 1963. En la nota numero 18 señalo: “Estamos, pues, sustancialmente de acuerdo con Vélez Sarfield, quien siguió en esto fielmente a Savigny. La tesis de la capacidad penal de las personas colectivas fue favorecida sobre todo por Gierke, *Das Deutsche Genossenschaftrecht*, Berlin 1868 y *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1887. En Derecho Penal, ha sido particularmente influyente en el sentido de la capacidad de pensamiento de V. Liszt, 28, I, 2, n. 4: el que puede otorgar contratos puede otorgar contratos defraudantes o usurarios. Según Maurach, 15, II, A, tal enunciado contiene una petición de principio, pues supone la previa identificación del concepto civil y penal de acción. No obstante afirmar la incapacidad civil de la persona colectiva para delinquir, se muestra dubitante a Bernardo Del Rosal Blasco (Algunas Reflexiones sobre la regulación legal de la responsabilidad pena de las personas jurídicas en el Código Penal Español, *Revista de Derecho Penal, delitos contra el patrimonio I*, 2011-2. P. 171, Ed. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2011), ante la evidente posibilidad de imponerle penas; esta concesión, sin embargo, no puede ser hecha sin cierto desmedro del principio *nulla poena sine culpa*. Sin embargo, esa posibilidad es evidentemente lo que ha sucedido a muchos a partidarios de la responsabilidad penas de las personas colectivas: Mestre, Aquiles, “Las personas morales y su responsabilidad penal”, Madrid, Gongora, 1930; Aftalion, Enrique, “Acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, L.L. o. 37. P. 280 y ss.; Cuoto Rua, Julio, “El racionalismo, la egología y la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. L.L. t. 50. P. 1109 y ss. Y en la revista del Colegio de Abogados. T. XXII, nº 5 y 6. Esta corriente adquirió en el país considerable aceptación, pues no solamente ha sido admitida respecto a infracciones fiscales, sino también en delitos comunes, como ocurre en la Ley 12.906. Véanse las leyes 12.591 y 12.830. En el proyecto del Código Penal de 1951, Artículo 42, se sancionaba esa responsabilidad en general, excluyéndose solamente a las personas jurídicas de existencia necesaria.

Carlos Fontan Balestra también detenta una postura similar. Para dicho autor la persona jurídica básicamente no puede delinquir, porque no puede actuar y por incapacidad de acción (acción es actuar humano) o de culpa. Además, señala que en el derecho argentino está expresamente declarada la exclusión en el Art. 43 del Código Civil (vigente en ese momento)²⁵.

También específico, que en la nota de Vélez Sarsfield podía leerse: “el derecho criminal considera al hombre natural, es decir, un ser libre e inteligente. La persona jurídica esta privada de esta carácter, no siendo sino un ser abstracto, al cual no puede alcanzar el derecho criminal”²⁶.

Por su parte, Nuñez y Creus afirman que las personas jurídicas no pueden ser sancionadas porque “no pueden ser sujeto activo de un delito”²⁷ y “jamás pueden aparecer como un autor que asume conductas”²⁸.

Por otro lado, Zaffaroni consideraba que las personas jurídicas no podían ser punibles, porque “no tienen capacidad de conducta”. Afirmando que en nuestra ley “el delito se elabora sobre la base de la conducta humana individual”²⁹.

En el mismo sentido, con idénticos argumentos, le niegan la posibilidad de ser sujeto del delito por incapacidad de la conducta, entre otros, Luis Jiménez de Asua, quien señaló que “con la definición del delito se exige lo antijurídico y lo culpable, como lo antijurídico es eminentemente objetivo, no cabe duda de que pueden realizar actos jurídicos”.

Asimismo, expreso que “cuando llegamos a la culpabilidad, cuando tratamos de definir lo que es el dolo, vemos que la noción de este no puede resumirse en un formula demasiado sencilla y tenemos que buscar sus elementos. No es posible afirmar que una persona ha realizado con dolo si en el no concurren dos grupos de elementos esenciales: el intelectual y el afectivo (...). Pues, yo invito a que defina el dolo de la persona social, con la seguridad de que fracasara de la manera más ruidosa quien intente tan imposible empeño (...). He aquí porque he afirmado que no siendo posible hablar de dolo – que es el elemento característico

²⁵ Esta norma, en su redacción original, luego sustituida por la reforma (Art. 1º de la Ley 17.711. B.O. 26/04/1968) establecía el antiguo principio romano tan defendido por Ulpiano por el cual *societas delinquere non potest*. Se consagro entonces que “no se puede ejercer contra las personas jurídicas acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometidos delitos que redunden en beneficio de ellas”.

²⁶ Fontan Balestra, Carlos, “Tratado de Derecho Penal”, T. I. p. 381. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.

²⁷ Derecho Penal Argentino. Núñez Ricardo. T. I. p. 216. Ed. Lerner. Buenos Aires. 1971.

²⁸ Derecho Penal. Carlos Creus. P. 132. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988.

²⁹ Tratado de Derecho Penal. Parte General. Zaffaroni, Eugenio Raúl. P. 56. 2.

de la culpabilidad – en la persona social, esta no puede ser penalmente responsable”³⁰.

Frente a estas posturas, no puede desconocerse la tendencia actual, proveniente del derecho penal económico, que admite la posibilidad de imponer pena a los entes colectivos. En ese sentido, se argumenta que las personas jurídicas desempeñan un papel significativo en la vida social, tanto en actividades lícitas como ilícitas.

Por ello, se sostiene que desde hace tiempo las modalidades delictivas que involucran a las empresas ha sido considerado un problema esencial para el derecho penal económico, sea por su incidencia como escenario apropiado para la comisión de delitos de significación económica, como por las dificultades que plantean para su adecuada prevención y especial represión³¹.

Por otro lado, se considera insatisfactorio que la empresa pueda trasladar, en cierta medida, la propia punición a las personas individuales que actúan por ellas. Además, teniendo en cuenta la enorme magnitud de muchas empresas, existe la dificultad de identificar al autor individual, o los autores individuales dentro de la empresa³². Por último, se esgrimen razones de política criminal que hacen necesario incriminar penalmente a las personas jurídicas³³.

Además de esas razones, se ensayaron distintos argumentos para superar los reparos que se formulan frente al principio *societas delinquere potest*. Así, a la tesis de que las personas jurídicas son incapaces de acción, se responde que como la empresa actúa hacia afuera mediante acciones humanas de sus órganos, estas acciones son, al mismo tiempo, también suyas propias. Se trata de una “forma de actuar propio por medio de otro, condicionada por la estructura de la corporación. Por lo tanto, las asociaciones de personas son, por si mismas, capaces de acción”³⁴.

En relación a la incapacidad de culpabilidad se esgrime que en la realidad social se habla con frecuencia de la culpabilidad de la corporación, por lo que en estos casos la culpabilidad no significa algo éticamente indiferente, sin que, al formularse ese reproche a la corporación, se le aplica plenamente un parámetro

³⁰ Cfr. La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La Ley 48-1041; José Severo Caballero “Responsabilidad penal de los directores y administradores y la llamada responsabilidad penal de las sociedades anónimas y otras personas colectivas” en Cuadernos del Instituto de Derecho Penal. Nº 120. P. 16. Córdoba. 1973.

³¹ Cfr. Righi, Esteban, Los delitos económicos, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 110.

³² Hirsch Hans J. “La cuestión de la responsabilidad de las asociaciones de personas”, en Derecho Penal. Obras completas. T. III, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003. P. 110.

³³ Righi, Esteban, Los delitos económicos, Ad-Hoc. Buenos Aires, 2000, p. 110.

³⁴ . Hirsch Hans J. “La cuestión de la responsabilidad de las asociaciones de personas”, en Derecho Penal. Obras completas. T. III, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003. P. 116.

moral. Se piensa que, en esa medida, es absolutamente posible comprobar paralelos de culpabilidad con las personas naturales. Y lo mismo ocurre con la libre autodeterminación. “Dado que la asociación de personas solo puede actuar a través de seres humanos, la cuestión del libre albedrío debe ser contestada, aquí como allí, de modo concordantes”³⁵.

En este sentido, Maximiliano A. Rusconi, desestimo el planteo crítico de la incapacidad de acción, al entender que ella “nace y desarrolla sus argumentos y planteos distintos a los convenientes; no se trata de saber si las personas jurídicas tienen capacidad de acción real, identificable en el mundo físico, sino de averiguar si es legítimo imputarles las acciones realizadas por quienes, indudablemente, si la tienen y actúan en su representación: sus órganos. Es decir, nada de esto es nuevo; se trata de una manifestación más de la normatización del ilícito que ya no es más “causación” sino “imputación”...”³⁶

Los esfuerzos por superar los reparos que formulan quienes defienden la vigencia del principio *societas delinquere non potest* se desvanecen cuando se advierte que los argumentos que se utilizan chocan con la objeción de que la imputación de una acción ajena no es una acción propia de la persona colectiva y la imputación de la culpabilidad ajena tampoco es culpabilidad propia de la persona colectiva³⁷.

En definitiva, Carlos Facundo Trotta, considera que más allá de las razones político criminales y las intenciones del legislador, hasta tanto no se produzca una reforma constitucional que redefina la máxima *nulla injuria sine actione*, el principio de culpabilidad y el de la personalidad de la pena, de modo que permita la construcción de un sistema de imputación para las personas jurídicas, no es posible sostener la responsabilidad jurídico penal del ente ideal³⁸.

Jurisprudencia de la C.S.J.N. Postura Tradicional.

³⁵ Hirsch Hans J. “La cuestión de la responsabilidad de las asociaciones de personas”, en Derecho Penal. Obras completas. T. III, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003. P. 120/121.

³⁶ Riquert, Marcelo Alfredo “cuestiones de derecho penal y procesal penal tributario”. Ed. Ediar S.A. pag. 272, nota 448, remitiendo al trabajo de Maximiliano A. Rusconi, en “Persona Jurídica y Sistema Penal”: ¿Hacia un nuevo modelo de imputación?. Publicado en AAVV “El derecho penal hoy. Homenaje al Prof. David Baigum”, Editores del Puerto, Bs. As. 1995. Pag. 69 y ss. Cita pag. 78. Apunta el autor que basta pensar en la teoría de la imputación objetiva o, en materia de participación, la teoría de la autoría mediata (Pag. 76/77).

³⁷ Roxin, Claus. Derecho penal, parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, 2ª ed. Tratado de Diego Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García, Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, T. I. P. 259.

³⁸ Carlos Facundo Trotta, Tratado de Normas y leyes federales en lo penal, capítulo VI, Silvia V. Palacio de Caiero (Directora), Eduarod S. Caiero Palacio (Coordinador). La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 473.

Tradicionalmente el máximo tribunal de nuestro país negó cualquier tipo de responsabilidad de las personas jurídicas por hechos ilícitos, con excepción de lo que se establecieron las leyes especiales³⁹.

En ese sentido, el tribunal cimero entendió que la generalidad de los términos en que estaba concebido el Art. 43 del Código Civil, no permitía hacer distinciones que él no hacía, en el sentido de limitar la prescripción legal a las acciones civiles por daños procedentes de delitos del derecho criminal. Asimismo, señaló que “tanto menos puede hacerse esa limitación, cuando es evidente que los representantes de las personas jurídicas no tienen la representación de las mismas a fin alguno ilícito y que sus actos no son actos de la persona representada, sino cuando los ejecutan dentro de los límites de su ministerio”⁴⁰.

Sin perjuicio de ello, en otros casos, la C.S.J.N., ha considerado que, por ejemplo, las personas jurídicas pueden ser responsabilizadas criminalmente por los actos de sus administradores, debido a que el principio de identidad de las penas no se aplica tan estrictamente, en: 1) los casos de multas pecuniarias impuestas por la Ley del Agio; 2) que las sanciones penales aplicadas a las personas jurídicas bajo las normas aduaneras son de naturaleza dual – retributiva y compensatoria -, por lo que los principios generales del Derecho Penal no se aplican estrictamente y; 3) que bajo la normativa tributaria las personas jurídicas pueden ser condenadas, como excepción al Art. 43 del Código Civil, ya que aquellos principios generales no se aplican tampoco tan estrictamente a esta área.

El Caso Testigo “Fly Machine”.

El criterio que siguió el Juez Zaffaroni en su voto en el caso “Fly Machine”⁴¹ de la C.S.J.N., en el que si bien el tribunal rechazó el recurso extraordinario interpuesto por el querellante por cuestiones de admisibilidad formal, en su disidencia personal el magistrado analizó el fondo del asunto y expresó las siguientes consideraciones que merecen destacarse por la importancia que reviste para el tratamiento de esta materia.

En efecto, expresó que “Las personas jurídicas no pueden ser responsabilizadas penalmente, porque existe una imposibilidad de realizar a su respecto el principio de culpabilidad en tanto no es factible la alternativa de

³⁹ CSJN. Fallos: 27:208; 78:271; 90:234; 95:33; 95:48; 95:102; 95:190 y otros.

⁴⁰ Cfr. “La Responsabilidad Penal de las Personas de Existencia Ideal”. Chichizola, Mario I. La Ley, 109-687 y Gonzales Correa (h), Tristán y Romero Villanueva, Horacio Jaime en “Observaciones Críticas respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el anteproyecto de ley de reforma al Código Penal de la Nación propuesta por el Poder Ejecutivo Nacional”, publicado en www.camaradesociedades.com.

⁴¹ C.S.J.N. Fallos: 329: 1974; “Fly Machine S.R.L.” del 30/05/2006, publicado en La Ley del 25/07/2006.

exigirles un comportamiento diferente del injusto – dada su incapacidad de acción y de autodeterminación -, negando así la base mínima del juicio de reproche”.

Asimismo, sostuvo que “más allá de lo que pueda establecerse en ciertas leyes de naturaleza penal el requerimiento de conducta humana como presupuesto sistemático para la construcción del concepto de delito responde a una mínima exigencia de racionalidad republicana dentro del método dogmático jurídico-penal y su definición está condicionada por los contenidos que surgen de ciertos postulados de jerarquía constitucional, entre los cuales se destaca el *nullum crimen sine conducta*”.

Además, analizo que de las expresiones “hecho del proceso y de la causa” (Art. 18 C.N.) y “las acciones” a que se refiere el Art. 19 de la C.N., surge el principio de materialidad de la acción según el cual ningún daño, por grave que sea, puede estimarse penalmente relevante sino como efecto de una conducta.

En igual forma, expreso que la construcción del concepto jurídico-penal de acción halla un límite en ciertas coordenadas constitucionales en cuya virtud los delitos, como presupuestos de la pena, deben materializarse en conductas humanas, describibles exactamente en cuanto tales por la ley penal.

La operatividad de la máxima constitucional *nulla injuria sine actione* impone delimitar el concepto jurídico-penal de conducta, sobre la base de un hacer u omitir que reconocería como único sujeto activo al ser humano, respecto del cual puede reaccionar el Estado con las penas legalmente previstas, excluyendo a las personas jurídicas.

Por último, manifestó que la circunstancia de que nuestra legislación carezca de una regulación procesal específica que determine el modo en que debería llevarse el enjuiciamiento criminal de las personas de existencia ideal, y que permita también individualizar a los sujetos susceptibles de asumir una correcta representación en tal sentido, no implica negar la posibilidad de que aquellas sean sometidas a sanciones jurídicas que comporten el ejercicio de poder coercitivo reparador o administrativo, pues solo se trata de frenar el impulso por dotarlas de capacidad delictiva.

Con ello, claramente admitió la posibilidad de imponer sanciones jurídicas a las personas jurídicas de naturaleza administrativa más allá de que haya negado la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Criterio Actual. Las Nuevas Leyes Penales.

Actualmente, el nuevo derecho penal, por las características que presenta la sociedad en el cual vivimos, y por razones de política criminal, el pensamiento punitivista que guía la actuación del legislador, el incremento del empleo habitual de personas jurídicas en la comisión de delitos (fraudes, lavado de dinero,

criminalidad organizada, etc.) y la necesidad de castigarlos y la urgencia de buscar nuevas herramientas para enfrentar la delincuencia organizada, han modificado sustancialmente los criterios tradicionales⁴².

No obstante ello, la responsabilidad penal de las personas jurídicas es hoy una realidad en nuestro Estado Argentino con la sanción de la Ley 27.401. De esta manera, los criterios sostenidos por los representantes del derecho penal clásico han sido dejados de lado, aceptándose y legislándose en nuestro país la responsabilidad penal del ente colectivo.

Hoy en día rige la punición de las personas jurídicas no solo en el ámbito de las leyes especiales (abastecimiento⁴³, contrabando⁴⁴, delitos cambiarios⁴⁵, ley de

⁴² En la Argentina, su primer antecedente es muy antiguo, concretamente de 1876, con las ordenanzas de aduanas aprobadas por la Ley 810 y, desde entonces ha seguido introduciéndose, casi inadvertidamente, en amplias áreas de nuestra legislación como ser, por ejemplo, en los sucesivos regímenes contra el agio o de represión de la especulación y/o establecimiento de control de precios, que establecieron un sistema de coexistencia de responsabilidades penales entre el ente ideal y sus representantes, en las sucesivas leyes 12.591, 12.830, 12.906 y 16.454.

⁴³ El Art. 8 de la Ley 20.680 prescribe que: “cuando las infracciones que se penan en esta ley hubieran 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 a 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 hubiese acordado. Los directores, administradores, gerentes y miembros de tales entidades que no hubieren participado en la comisión de los 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 Art. 5º, incisos a) y b) disminuyéndose a la cuarta parte los límites mínimos y máximos a imponer”.

⁴⁴ El Art. 876 del Código Aduanero establece: “1. En los supuestos previstos en los artículos 863, 864, 865, 866, 871, 873 y 874, además de las penas privativas de la libertad, se aplicaran las siguientes sanciones: a) el comiso de las mercaderías objeto del delito. Cuando el titular o quien tuviere la disponibilidad jurídica de la mercadería no debiere responder por la sanción o la mercadería no pudiere aprehenderse, el comiso se sustituirá por una multa igual a su valor en plaza, que se impondrá en forma solidaria; b) el comiso del medio de transporte y de los demás instrumentos empleados para la comisión del delito, salvo que pertenecieren a una persona ajena al hecho y que las circunstancias del caso determinaren que no podía que no podía conocer tal empleo ilícito; c) una multa de cuatro (4) a veinte (20) veces el valor en plaza de la mercadería objeto del delito, que se impondrá en forma solidaria; d) la pérdida de las concesiones, regímenes especiales, privilegios y prerrogativas de que gozaren; e) la inhabilitación especial de seis (6) meses a cinco (5) años para el ejercicio del comercio; f) la inhabilitación especial perpetua para desempeñarse como funcionario o empleado aduanero, miembro de la policía auxiliar aduaneras o de las fuerzas de seguridad, despachante de aduana, agente de transporte aduanero o proveedor de a bordo de cualquier medio de transporte internacional y como apoderado o dependiente de cualquiera de estos tres últimos; g) la inhabilitación especial de tres (3) a quince (15) años para ejercer actividades de importación o de exportación. Tanto en el supuesto contemplado en este inciso como en el previsto en el precedente inciso f), cuando una persona de existencia ideal fuere responsable del delito, la inhabilitación especial prevista en ellos se hará extensiva a sus directores, administradores y socios ilimitadamente responsables. No responderá quien acreditare haber sido ajeno al acto o haberse opuesto a su realización; h) la inhabilitación absoluta por doble tiempo que el de la condena para desempeñarse como funcionario o empleado público; i) el retiro de la personería jurídica y, en su caso, la cancelación de la inscripción en el Registro Público de Comercio, cuando se tratare de personas de existencia ideal. 2. Cuando se tratare de los supuestos previstos en los artículos 868 y 869, además de la pena de multa se aplicaran las sanciones establecidas en los incisos d), e), f), g) e i) del apartado 1, de este artículo. En el supuesto del inciso f) la inhabilitación especial será por quince (15) años. 2. Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, en el caso

defensa de la competencia⁴⁶) sino también en las últimas leyes que ha dictado el legislador nacional.

Concretamente, se observa en la Ley de Lavado de Dinero (Ley 26.683, del 01/06/2011), que dio lugar al artículo 304 del Código Penal; la Ley Penal Tributaria (leyes 24.769, del 19/12/1996, y Ley 26735, del 28/12/2011 con una clausula especial de autoría – artículo 14 - y modificatoria Ley 27.430) y en la Ley de orden económico y financiero (Ley 26.733, del 27/12/2011), que consagro el artículo 312 que establecía como delito, la conducta de quien hubiera realizado el hecho “en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal” y, en esos casos, 1) penan a la sociedad con multa; 2) con suspensión de la actividad; 3) con suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales; 4) con la cancelación de la personaría en ciertos supuestos, perdida o suspensión de beneficios estatales; 5) y obliga a publicar un resumen de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica ...”.

Finalmente, estableció que para graduar estas sanciones, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica.

Naturaleza de la Consecuencia Jurídica.

“Peugeot-Citroen Argentina S.A.”, del 16/11/2001, LA Ley, 2002-C, 442, suplemento penal 2002 (mayo), 19 connota de Horacio Villanueva; cita online AR/JUR/699/2001. Véase el voto del juez Eduardo R. Riggi.

⁴⁵ El Art. 2, inciso f) de la Ley 19.359 (Régimen Penal Cambiario) indica que 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 esta u obtenidos de ella con tal fin, de manera que el hecho resulte cumplido en nombre, con la ayuda o en beneficio de esta, la persona de existencia ideal, también será sancionada de conformidad con las disposiciones de los incisos a. (multa de hasta 10 veces el monto de la operación en infracción, la primera vez) y e. (en todos los supuestos anteriores podrá aplicarse conjuntamente, suspensión hasta 10 años o cancelación de la autorización para operar o intermediar en cambios e inhabilitación hasta 10 años para actuar como importador, exportador, corredor de cambio o instituciones autorizadas para operar en cambios).

⁴⁶ Los Arts. 47 y 48 de la Ley 25.156 expresan, respectivamente: “Las personas 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 aun cuando el acto que hubiese servido de fundamento a la representación sea ineficaz” y que “cuando las infracciones previstas en esta ley fueren cometidas por una persona de existencia ideal, la multa también se aplicara 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 (1) a diez (10) años a la persona de existencia ideal y a las personas enumeradas en el párrafo anterior”.

Se debe tener presente que el legislador ha previsto en distintas leyes especiales sanciones a las personas jurídicas⁴⁷, incluyendo ahora en la parte especial del Código Penal las sanciones enumeradas en el Art. 304.

Al igual que en otros países, la discusión en torno a la naturaleza que corresponde adjudicar a las consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas no se encuentran aún resueltas. En este sentido, se destaca que, en ocasiones, ello apunta a esclarecer la polémica relativa a la capacidad e incapacidad jurídico-penal de las personas jurídicas⁴⁸.

En este sentido, comparto la opinión esgrimida por Carlos Trotta con relación a la naturaleza de las consecuencias jurídicas, quien considera que, ante la imposibilidad constitucional de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas (en virtud de los principios de culpabilidad y de personalidad de la pena), solo cabe considerar que las consecuencias jurídicas previstas en esas normas tienen naturaleza administrativa⁴⁹.

En igual sentido, y analizando el caso del delito de lavado de activos, D'Albora considera que la consecuencia prevista en el Art. 304 del C.P., tiene naturaleza administrativa y su imposición presupone que en el proceso penal se sustancie el juicio y que al menos una de las personas físicas imputadas hubiese sido condenada⁵⁰.

⁴⁷ Vgr. El Régimen Penal Cambiario, Régimen Penal Tributario, el Código Aduanero, etc.

⁴⁸ Cfr. Righi, Esteban, Los delitos económicos, Ad-Hoc. Buenos Aires, 2000, p. 126. El autor de cita, utiliza como ejemplo a la doctrina dominante en México que, a partir de interpretar que la disposición del Art. 11 del Código Federal de ese país prevé "medidas de seguridad y no pena". Concluye que de ahí no surge una excepción al principio general que niega capacidad a las personas jurídicas. Lo mismo ocurre con la interpretación que la doctrina española efectúa respecto de la naturaleza de las consecuencias jurídicas previstas en el Art. 129, utilizándose como argumento para afirmar que las personas jurídicas no pueden responder criminalmente, la circunstancia de que el legislador no ha previsto pena para las personas jurídicas, sino consecuencias accesorias (Cfr. Martínez-Bujan Pérez, Carlos, Derecho Penal Económico, Parte General, Tirant Lo Blanch, Valencia 1998. P. 230/231). Sobre las distintas posiciones en España, véase Bacigalupo, Silvina, "Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal de 1995" en Derecho Penal Económico, Bacigalupo, Enrique (Director), Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 93/102.

⁴⁹ Carlos Facundo Trotta, Tratado de Normas y leyes federales en lo penal, capítulo VI, Silvia V. Palacio de Caiero (Directora), Eduarod S. Caiero Palacio (Coordinador). La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 474.

⁵⁰ D'Albora, Francisco J. (h). El Lavado de Dinero, 2ª Edición Actualizada y Ampliada, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2011, p. 156/157. También la doctrina española en general considera que la consecuencia accesoria prevista en el Art. 129 tiene naturaleza administrativa (Cfr. Bacigalupo, Silvina, ob, cit, p. 96/97. En la discusión parlamentaria de la Ley 26.683, el senador Cimadevilla expuso que: "el proyecto modifica otros artículos del Código Penal, estableciendo responsabilidades para las personas jurídicas. La técnica legislativa que ha sido utilizada para establecer las responsabilidades de las personas jurídicas es el reacomodamiento gramatical de la sanción administrativa prevista en la Ley 25.246. No hemos inventado absolutamente nada nuevo" (Antecedentes parlamentarios, Ley 26.683. Encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo. La Ley Nº 6, Buenos Aires, 2011, p. 178).

También en el voto de Zaffaroni, en el citado fallo “Fly Machine”, expresa que la vigencia del principio *societas delinquere non potest* “no implica negar la posibilidad de que las personas de existencia ideal sean sometidas a sanciones jurídicas que comporten el ejercicio del poder coactivo reparador o administrativo”. Con lo cual admitió la posibilidad de imponer sanciones jurídicas a los entes ideales.

El Anteproyecto de Reforma del Código Penal⁵¹.

La definición de las sanciones y la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue uno de los temas más debatidos en la comisión reformadora del año 2014. Dentro del anteproyecto se reunieron las leyes especiales de contenido penal y se unificó legalmente el criterio a seguir. El nuevo texto que se proponía, ya buscaba perseguir penalmente a los responsables de las asociaciones, fundaciones y empresas por conductas ilegales que hayan favorecido a esas entidades.

Así, en el Artículo 4º (ámbito material y personal) inciso 2º, se prevía que: “Este Código se aplicara a los hechos cometidos por mayores de diez y ocho años y a los hechos imputables a personas jurídicas...”. También, tenía un título específico, el número IX, que se refería a las sanciones a las personas jurídicas.

En su Artículo 59, se refería a las “Condiciones”, por el cual se prevía que:

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

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

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

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

⁵¹ La Comisión redactora del Anteproyecto de reforma la integraron prestigiosos pensadores. Fue presidida por el ex Juez de la CSJN, Raúl Eugenio Zaffaroni (actual Juez de la CIDH) e integrada por el ex Secretario de Seguridad Bonaerense Leon Arslanian; el legislador del PRO Federico Pinedo, el ex Diputado radical Ricardo Gil Lavedra y María Elena Barbagelata del Frente Amplio Progresista (FAP).

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

6. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica trasladara su responsabilidad a las entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida o resultaren de la escisión, sin perjuicio de los terceros de buena fe. En tal caso el juez moderara la sanción a la entidad en función de la proporción que la originariamente responsable guarde con ella.

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

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

Por su parte, en su artículo 60 se establecían las “sanciones a las personas jurídicas”, en los siguientes términos:

“1. Las sanciones a las personas jurídicas serán las siguientes: a) Multa; b) Cancelación de la persona jurídica; c) suspensión total o parcial de actividades; d) Clausura total o parcial del establecimiento; e) Publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a su costa; f) prestaciones obligatorias vinculadas con el daño producido; g) Suspensión del uso de patentes y marcas; h) Pérdida o suspensión de beneficios estatales; i) Suspensión para participar en concurso o licitaciones públicas; j) Suspensión en los registros estatales...”.

En su artículo 61, se establecía la “aplicación de las sanciones” de la siguiente manera:

“1. Las sanciones podrán imponerse en forma alternativa o conjunta.

2. La multa se impondrá conforme al sistema de días de multa, salvo disposición legal en contrario, y para ello serán aplicables los incisos 1º, 2º y 4º del artículo 34º.

3. El importe de cada día de multa no será inferior al monto del salario mínimo vital y móvil vigente al tiempo de la sentencia ni superior al importe de cinco salarios de esa categoría.

4. El monto total de la multa no excederá de la tercera parte del patrimonio neto de la entidad al momento del hecho, establecido de conformidad con las normas de contabilidad aplicables.

5. La cancelación de la personaría jurídica solo procederá en el supuesto en que la persona jurídica tuviere como objetivo principal la comisión de delitos.

6. La suspensión total de actividades y clausura total del establecimiento tendrán un máximo de un año y solo podrán imponerse cuando se empleare habitualmente a la persona jurídica para la comisión de delitos.

7. La suspensión y clausura parcial tendrán un máximo de seis meses. La suspensión del uso de patentes y marcas, la pérdida o suspensión de beneficios estatales, la suspensión para participar en concurso o licitaciones estatales y la suspensión en los registros estatales, tendrán un máximo de tres años.

8. Las prestaciones del apartado f) del inciso 1º del artículo 60, conjuntamente con la multa, no podrán superar el límite señalado en el inciso 4º”.

Asimismo, el Artículo 62 contemplaba los “criterios para la determinación de las sanciones” de la siguiente manera:

“1. Las sanciones se determinaran teniendo en cuenta el grado de inobservancia de reglas y procedimientos internos, el grado de omisión de vigilancia sobre la actividad de los intervinientes y, en general, la trascendencia social y la gravedad del hecho ilícito. También se tendrá en cuenta la eventual cooperación al esclarecimiento del hecho, el comportamiento posterior y la disposición espontanea a mitigar o reparar el daño, o a resolver el conflicto.

2. Cuando las sanciones pudieren ocasionar graves consecuencias sociales y económicas, serios daños a la comunidad o a la prestación de un servicio de utilidad pública, el juez aplicara las que resulten más adecuadas para preservar la continuidad operativa de la empresa, de la fuente de trabajo y de los intereses de los socios ajenos al accionar delictivo.

3. Si la persona jurídica fuere una pequeña o mediana empresa y hubiere sido penado el interviniente, el juez podrá prescindir de las sanciones a la entidad en caso de menor gravedad.

4. La cantidad de días de multa y el importe de cada uno de estos, serán fijados por el juez atendiendo a la naturaleza y magnitud del daño o peligro causado, al beneficio recibido o esperado del delito, al patrimonio y naturaleza de la entidad y a su capacidad de pago.

5. El juez podrá disponer el pago de la multa en forma fraccionada durante un periodo de hasta cinco años, cuando su cuantía y cumplimiento de un único pago, pusiere en peligro la supervivencia de la entidad o el mantenimiento de los puestos de trabajo, o cuando lo aconseje el interés general.

6. El juez y la administración tendrán en cuenta las sanciones que uno u otro aplicaren en el mismo hecho y con iguales fundamentos. Cuando la sanción fuere de multa, deberán descontar el monto de la aplicada por la otra competencia”.

De esta manera, la Comisión reformadora explicito las discusiones que se suscitaron en su seno respecto de las sanciones a las personas jurídicas y a la pretendida o real responsabilidad penal de estas. A tal efecto acordaron en que:

1. Se prevén sanciones a las personas jurídicas en diferentes leyes especiales y, por ende, resulta conveniente unificar legalmente el criterio a su respecto.

2. No era menester pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de estas sanciones, reabriendo un largo debate sin solución definitiva, que se remonta al derecho civil de daños, con larga y conocida evolución en la doctrina y jurisprudencia alemana y norteamericana. Por ende, se ha preferido dejar en suspenso cualquier posición al respecto, permitiendo que la doctrina siga discutiendo si tiene o no carácter penal, limitándose a proponer un ámbito sancionador y regularlo en la competencia del juez penal.

Una opinión en contrario señalo que, desde la perspectiva político-criminal y, dada la natural selectividad del poder punitivo, se corre el riesgo de perjudicar a las pequeñas y medianas empresas, proveedoras de la mayor demanda de mano de obra en el país.

3. Si bien es notorio que el derecho administrativo sancionador no está limitado por todas las garantías del derecho penal y, por ende, tendría una mayor eficacia sancionadora, predomina la idea pública y política inversa, que considera mucho más fuerte la sanción penal y, sobre esa base, postula una radical reestructuración de todos los principios generales del Derecho Penal. Evitando esta última consecuencia y, ante la imposibilidad de revertir la opinión dominante, se concluyó que no existe espacio político ni mediático para omitir la regulación de estas sanciones en el Código Penal, dejando abierta la discusión en el plano doctrinario y, en el político-criminal, al mejor criterio decisión de los poderes que legislan.

Análisis de la Nueva Ley 27.401. (2017).

El objetivo del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas aprobado, fue dotar de mayor eficacia a las políticas de prevención y lucha contra la corrupción a través de la generación de incentivos para que las personas jurídicas prevengan la comisión de delitos contra la administración pública por medio de la implementación de programas de integridad, y cooperación con las autoridades, de manera de coadyuvar a una mayor eficacia en la aplicación de la ley penal.

Así, el artículo 1º de la nueva ley consagra el “régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas”, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, cuando resulten responsables por los siguientes delitos:

- a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, previstos en los Arts. 258 y 258 bis del Código Penal;
- b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, prevista por el Art. 265 del Código Penal;
- c) Concusión, prevista por el Art. 268 del Código Penal;
- d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previsto por los Arts. 268 (1) y (2) del Código Penal;
- e) Balances e informes falsos agravados, previsto por el Art. 300 bis del Código Penal.

En este punto, se debe tener en cuenta que, al consagrarse que dicho régimen será aplicable solo a las “personas jurídicas privadas”, queda en claro que dicha normativa alcanzara no solo a las sociedades o empresas comerciales, sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, sino también a las asociaciones civiles, fundaciones, mutuales, cooperativas, etc.

En el proyecto originario que se envió al Congreso de la Nación, en su Artículo 2º (Definiciones), contemplaba en forma más específica que se entendía por personas jurídicas, incluyendo a las sociedades, asociaciones civiles, simples asociaciones, fundaciones, mutuales, cooperativas, ya sean nacionales o extranjeras, con o sin participación estatal. Aclarando entre sus fundamentos que la definición se basaba en el Art. 148 del Código Civil y Comercial de la Nación. Finalmente en el proyecto final se optó por una técnica legislativa y una redacción más genérica.

También, prevé que las personas jurídicas serán responsables por los delitos previstos en el artículo de referencia que hubieran sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio.

Además, establece que son responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciere de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tacita.

Responsabilidad Sucesiva.

La novedosa ley en su artículo 3º contempla el supuesto de “Responsabilidad Sucesiva”, para los casos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria, estableciendo que la responsabilidad de la persona jurídica será transmitida a la persona jurídica resultante o absorbente.

Dejando en claro que subsiste la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando, de manera encubierta o meramente aparente, continúe su

actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

Eximentes de Responsabilidad.

Con relación a la exención de responsabilidad penal, la nueva ley deja en claro que la persona jurídica quedara exenta de responsabilidad, solo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella (Art. 2, 3º párrafo).

Considero que dicha circunstancia, deberá ser demostrada por el Ministerio Publico Fiscal como órgano encargado de la investigación y acusación a los fines de endilgar o no responsabilidad penal respectiva al ente ideal, demostrando que hubo un beneficio o provecho para la empresa, ya que la persona jurídica también gozará del principio de inocencia al revestir el carácter de imputado en el proceso penal. (Cfr. Art. 11).

En efecto, conforme lo prescripto por la Ley 27.401, las empresas, asociaciones o cooperativas, etc., quedaran exentas de responsabilidad penal, solo si la persona humana que cometió el delito hubiera actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para el ente ideal.

Exención de Pena.

Otro supuesto previsto, es el de la exención de pena y responsabilidad administrativa que contempla el Art. 9, que procederá cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias: a) cuando haya denunciado espontáneamente el delito como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna; b) haya implementado un sistema de control y supervisión adecuado (como por ejemplo, un programa de integridad), con anterioridad al hecho delictivo, y la violación de ese sistema haya exigido un esfuerzo por parte de los intervinientes en la comisión del delito; y c) haya devuelto el beneficio obtenido por el delito.

En consecuencia, la persona jurídica solo será responsable cuando los delitos previstos en la nueva normativa sean realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio. También serán responsables si el tercero que actuó en beneficio o interés de la persona jurídica carecía de atribuciones para obrar en su representación, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque sea de manera tacita.

Extinción de la Acción Penal.

Con relación a la extinción de la acción penal, la nueva legislación prevé que la acción penal contra la persona jurídica solo se extinguirá por las causales

enumeradas en los incisos 2 y 3 del Artículo 59 Código Penal. Es decir, por la amnistía y la prescripción.

Dejando bien en claro que la extinción de la acción penal contra las personas humanas autoras o partícipes del hecho delictivo “no afectara” la vigencia de la acción penal contra la persona jurídica. (Art. 4º). Esto resulta determinante, ya que de lo contrario, la prescripción de la acción penal de las personas físicas podría poner en riesgo la posibilidad de imponer sanciones a las empresas que se vean beneficiadas por el hecho delictivo, y con ello, la impunidad de las mismas.

De esta manera, establece que la acción penal respecto de las personas jurídicas, prescribirá a los seis (6) años de la comisión del delito. Resultando aplicables las reglas de suspensión e interrupción de la acción penal que prevé el Código Penal.

Independencia de las Acciones.

En su Artículo 6º, prevé un supuesto novedoso en materia penal, ya que contempla el caso de “independencia de las acciones”. Toda vez que establece que la persona jurídica “podrá” ser condenada aun cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que hubiere intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica.

La posibilidad de que se sancione a personas jurídicas con independencia del establecimiento de la responsabilidad individual por el mismo hecho es una exigencia de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, y ha sido recomendada por el Consejo de la O.C.D.E. para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales.

Esta figura, sin duda alguna, generara una serie de cuestionamientos en torno a la posibilidad de condenar a las personas jurídicas aun cuando no sea posible juzgar a la persona humana que haya intervenido en el hecho delictivo de que se trate. Ya que hasta el momento en los casos previstos en las leyes especiales (Vgr. Lavado de activos, evasión tributaria, etc.), se establecía la posibilidad de imponer responsabilidad a las personas jurídicas pero sujetas a la determinación de la responsabilidad de la persona física.

Sin perjuicio de ello, resulta importante esta nueva figura, ya que permitirá que no se paralizen las investigaciones que se inicien a las diversas empresas (más que todo) que se vean involucradas en hechos ilícitos de corrupción por los cuales se determine que hayan obtenido onerosos beneficios y la imposición de las sanciones respectivas, evitando dejar impunes a las personas jurídicas por la imposibilidad de investigar o juzgar a las personas humanas que hayan intervenido en los delitos que prevé la Ley 27.401.

Sanciones.

En este orden de ideas, la nueva legislación establece las penas que resultaran aplicables a las personas jurídicas privadas, que básicamente serán las siguientes (Cfr. Art.7º):

- 1) Multa de dos (2) a cinco (5) veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiere podido obtener;
- 2) Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años;
- 3) Suspensión para participar en concurso o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años.
- 4) Disolución y liquidación de la personaría cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad;
- 5) Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere;
- 6) Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

A los fines de la graduación de la pena a imponer a las personas jurídicas, los jueces deberán tener en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos; la cantidad y jerarquía de los funcionarios, empleados y colaboradores involucrados en el delito; la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes; la extensión del daño causado; el monto de dinero involucrado en la comisión del delito; el tamaño, la naturaleza y capacidad económica de la persona jurídica; la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna; el comportamiento posterior; la disposición para mitigar o reparar el daño y la reincidencia.

Asimismo, prevé como supuesto excepcional, aquellos casos en que sea indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, o de una obra, o de un servicio en particular, en cuyos casos, no serán aplicables las sanciones previstas por los incisos 2) y 4) del Art. 7 de la Ley 27.401.

Incluso, establece que el juez podrá disponer el pago de la multa en forma fraccionada durante un periodo de hasta cinco (5) años cuando su cuantía y cumplimiento en un único pago pusiere en peligro la supervivencia de la persona jurídica o el mantenimiento de los puestos de trabajo.

Además, establece que no será aplicable a las personas jurídicas lo dispuesto en el Art. 64 del Código Penal⁵². De tal manera que la acción penal por el delito reprimido con multa no podrá extinguirse por el pago voluntario de la multa y la reparación del daño causado. Prohibición esta que resulta un poco contradictoria, porque en principio afectaría el principio de igualdad, si se tiene en cuenta que una de las penas que prevé la presente ley, es la multa⁵³.

Más aún si se tiene en cuenta que, el Art. 11 prevé que la persona jurídica tendrá los derechos y las obligaciones previstos para el imputado de acuerdo a lo establecido en los códigos de procedimiento, en cuanto le sean aplicables.

De esta manera, la Ley 27.401 al modificar el Código Penal, claramente va distinguir entre las penas o sanciones que resultaran aplicables a las personas jurídicas privadas (las previstas en el citado Art. 7), y las penas que resultaran aplicables a las personas humanas (prisión, multa e inhabilitación).

Es muy importante tener en cuenta que la representación de la persona jurídica durante la sustanciación del proceso penal estará a cargo de su representante legal o por cualquier persona con poder especial para el caso, otorgado con las formalidades que correspondan al tipo de entidad de que se trate, debiendo designar en cualquier caso un abogado defensor. Ya que en caso de no hacerlo se le designara el defensor público oficial que por turno corresponda. Pudiendo sustituir a su representante en cualquier estado del proceso sin que ello perjudique la eficacia de los actos cumplidos por el anterior.

Acuerdo de Colaboración Eficaz.

En su artículo 16 contempla la posibilidad de que la persona jurídica y el Ministerio Público Fiscal podrán celebrar un “acuerdo de colaboración eficaz”, por medio del cual el ente ideal se obligue a cooperar a través de la revelación de información o datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de sus autores o partícipes o el recupero del producto o las ganancias del delito, así como el cumplimiento de las condiciones que se establezcan en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 de la presente ley. Aclarando

⁵² Art. 64 C.P. (Texto según Ley 24.316, Art. 6. B.O. 19/05/1994). La acción penal por delito reprimido con multa, se extinguirá, en cualquier estado de la instrucción y mientras no se haya iniciado el juicio, por el pago voluntario del mínimo de la multa correspondiente y la reparación de los daños causados por el delito. Si se hubiese iniciado el juicio deberá pagarse el máximo de la multa correspondiente, además de repararse los daños causados por el delito. En ambos casos el imputado deberá abandonar en favor del Estado, los objetos que presumiblemente resultarían decomisados en caso de que recayera condena. El modo de extinción de la acción penal previsto en este artículo podrá ser admitido por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de la resolución que hubiese declarado la extinción de la acción penal en la causa anterior.

⁵³ Técnicamente a mi criterio: la única pena, las demás son sanciones o consecuencias jurídicas. Así, surge de los fundamentos y articulado del proyecto originario que se refería a sanciones.

que dicho acuerdo de colaboración podrá celebrarse hasta el momento de la citación a juicio.

Cabe tener presente que, el acuerdo de colaboración es una alternativa de política criminal dirigida a incentivar la cooperación de las personas jurídicas en la detección e investigación del delito, procurando lograr los fines del proceso penal de averiguación de la verdad y aplicación del derecho penal material. Está previsto de forma consistente con las reglas de atenuación de las sanciones, permitiendo la suspensión de la persecución en función de una colaboración eficaz durante la etapa de investigación, hasta la citación a juicio. El instituto responde a la necesidad de obtener pruebas e identificar a los autores individuales del delito.

La negociación entre la persona jurídica y el Ministerio Público Fiscal, así como la información que se intercambie en el marco de esta hasta la aprobación del acuerdo, tendrán carácter estrictamente “confidencial”, bajo apercibimiento de la aplicación de lo previsto en el capítulo III, del Título V, del Libro Segundo del Código Penal.

Con relación al “contenido del acuerdo”, el Art. 18 prevé que en el acuerdo se identificara el tipo de información, o datos a brindar o pruebas a aportar por la persona jurídica al Ministerio Público Fiscal, bajo las siguientes condiciones:

- a) Pagar una multa equivalente a la mitad del mínimo establecido en el Art. 7 inciso 1) de la presente ley;
- b) Restituir las cosas o ganancias que sean el producto o el provecho del delito; y
- c) Abandonar a favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena; Asimismo, podrán establecerse las siguientes condiciones, sin perjuicio de otras que pudieran acordarse según las circunstancias del caso;
- d) Realizar las acciones necesarias para reparar el daño causado;
- e) Prestar un determinado servicio en favor de la comunidad;
- f) Aplicar medidas disciplinarias contra quienes hayan participado del hecho delictivo;
- g) Implementar un programa de integridad en los términos de los artículos 22 y 23 de la presente ley o efectuar mejoras o modificaciones en un programa preexistente.

En este punto, advierto una contradicción. Ya que el Art. 8 de la Ley 27.401 en su último párrafo prevé en forma tajante que “no será aplicable a las personas jurídicas lo dispuesto en el Art. 64 del C.P.”. Mientras que el Art. 18, cuando se refiere al contenido del acuerdo de colaboración eficaz y enumera las condiciones,

contempla entre ellas, el “pago de una multa y la realización de las acciones necesarias para reparar el daño causado”.

Si bien se trata de supuestos diferentes (graduación de pena en caso de condena y acuerdo de colaboración eficaz), resulta al menos cuestionable. Toda vez que si la persona jurídica pretende eximirse de responsabilidad o al menos disminuir la misma a través de la figura del acuerdo de colaboración revelando información, el legislador en este caso si le permite el pago de la multa y la reparación del daño causado. En definitiva, será el trabajo de la jurisprudencia la que se encargue de delinear y aclarar el alcance de estos supuestos.

Con respecto a la forma y el control judicial, se prevé que dicho acuerdo se debe realizar por escrito, debiendo llevar la firma del representante legal de la empresa, del defensor y el representante del Ministerio Público Fiscal, debiéndose presentar por ante el juez competente, quien evaluará la legalidad de las condiciones acordadas y la colaboración pactada, decidiendo su aprobación, observación o rechazo.

Es muy importante tener en cuenta que, si el acuerdo no prospera o si es rechazado por el juez, la información y las pruebas aportadas por la persona jurídica durante la negociación, deberán devolverse o destruirse y no podrán ser empleadas judicialmente, excepto cuando el órgano fiscal hubiera tenido conocimiento de ellas en forma independiente o hubiera podido obtenerlas a raíz de un curso de investigación existente en la causa con anterioridad al acuerdo.

Con relación al control del cumplimiento del acuerdo de colaboración eficaz, se establece que en un plazo no superior a un (1) año, el Ministerio Público Fiscal o el juez corroborarán la “verosimilitud” y “utilidad” de la información que hubiera proporcionado la persona jurídica en cumplimiento del acuerdo de colaboración eficaz.

Si se constata la verosimilitud y utilidad de la información proporcionada, la sentencia deberá respetar las condiciones establecidas en el acuerdo, no pudiendo imponerse otras penas (en forma similar a lo que sucede en los acuerdos de juicio abreviado). En caso contrario, el juez dejara sin efecto el acuerdo y el proceso continuara de acuerdo a las reglas generales.

Una de las críticas que se le formularon a esta figura durante los debates parlamentarios, es que esto en parte constituiría una causal de impunidad, porque al establecerse que si la empresa actúa como arrepentida en un caso de corrupción (es decir, si confiesa el hecho y aporta información y pruebas), se cerraría la causa y la empresa no sería condenada.

Técnicamente en ese caso, el acuerdo de colaboración eficaz habría actuado como causal de extinción de la acción penal o de la pena. Esto fue duramente criticado y se sostuvo que en todo caso el acuerdo que hace la empresa arrepentida

puede servir para que se le aplique una sanción menor, pero no para que no se le aplique ninguna. Lo cual me parece que resulta acertado, porque no solo deben preocupar los funcionarios y empleados públicos, toda vez que la corrupción no solo abarca a los funcionarios, sino también a las corporaciones y a los grupos económicos que constituyen un eslabón importante en la cadena de la corrupción.

En este punto, no se debe perder de vista que se eliminó el tan cuestionado “artículo Odebrecht” (Art. 27), denominación esta que fue puesta porque a través de esta norma, el Poder Ejecutivo pretendía negociar con las empresas que hayan cometido actos de corrupción en el pasado. Como resulta lógico, al resultar hechos anteriores a la sanción de esta nueva ley, no pueden ser sancionados penalmente (una especie de retroactividad administrativa), y por lo tanto, no tendría ningún sentido que esas empresas se sentaran a la mesa a negociar su confesión con los fiscales. Sin embargo, el ejecutivo – a través de la Procuración del Tesoro – deseaba sentarse con esas empresas, pedirles información sobre ex funcionarios y a cambio permitirles que se quedaran con los contratos que ganaron pagando coimas. Acto que claramente no solo violaría la división de poderes establecida en la Constitución Nacional, sino que también resultaría por demás cuestionable.

Programas de Integridad.

La ley de referencia también prevé que las personas jurídicas “podrán” implementar “programas de integridad” que consistirán en el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos en la ley 27.401.

El segundo párrafo del Art. 22, prevé a su vez que el programa exigido “deberá” guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica, de conformidad a lo que establezca la reglamentación respectiva.

Se debe tener en cuenta que, los programas de integridad consisten en un conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos en la presente ley.

Una cuestión no menos importante, es que la nueva ley no exige que las personas jurídicas implementen programas de integridad (programas de compliance), sino que les da la oportunidad de implementar dichos programas - al utilizar un término facultativo: “podrá”; y no imperativo: “deberá” -. Razón por la cual las empresas deberán tener en cuenta que la implementación de esos programas serán un elemento importante a los fines de determinar su culpabilidad en los hechos delictivos en los que puedan verse involucradas.

Dicho programa “deberá” contener al menos los siguientes elementos:

a). Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos comprendidos en esta ley;

b). Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier interacción con el sector público.

c). La realización de capacitaciones periódicas sobre el programa de integridad a directores, administradores y empleados.

Asimismo, prevé que también podrán contener los siguientes elementos:

1). Análisis periódicos de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad;

2). El apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia;

3). Los canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos;

4). Una política de protección de denunciantes contra represalias;

5). Procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socio de negocios, incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios, al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial;

Entre otros.

Lo importante de ello, es que la existencia de estos programas de integridad conforme los lineamientos vertidos, será condición necesaria para poder contratar con el Estado Nacional, en los contratos que: a). según la normativa vigente, por su monto, deberá ser aprobado por la autoridad competente con rango no menor a ministro; y b). se encuentren comprendidos en el Art. 4º del decreto delegado N° 1023/01 y/o regidos por las leyes 13.064, 17.520, 27.328 y los contratos de concesión o licencia de servicios públicos.

Estos programas, deberán ser acreditados junto con el resto de la documentación que integra la oferta, en la forma y en los términos que en cada proceso de contratación disponga el organismo que realice la convocatoria, conforme el Art. 3 del Decreto 277/2018, reglamentario de la Ley 27.401.

Cabe tener presente que, el Poder Ejecutivo Nacional le asigno a la Oficina Anticorrupción la responsabilidad de establecer aquellos principios, lineamientos y guías que resulten necesarios para el mejor cumplimiento de dichos programas (Arts. 22 y 23 Ley 27.401), que serán obligatorios para aquellas empresas que contraten con el Estado Nacional. (Cfr. Art. 1 del Decreto 277/2018).

Sin duda alguna, esta nueva legislación que responde a la tendencia internacional en la lucha contra la corrupción, tendrá un fuerte impacto en las empresas (y demás personas jurídicas privadas), por lo que deberán revisar sus procedimientos internos y códigos de conducta a los efectos de determinar si cumplen con los requisitos establecidos por la ley para la aplicación de los programas de integridad.

Es importante tener presente que, la existencia de estos programas, en la práctica, operara como una causal eximente de pena. Es decir, si la empresa cuenta con un código de ética, una línea telefónica de denuncia, capacitaciones internas y demás elementos que se requieren, con anterioridad a la comisión del hecho delictivo, no podrá ser sancionada penalmente.

Ósea, que los programas de integridad operaran como una exención de pena y de responsabilidad administrativa de la persona jurídica privada conforme lo previsto en el Art. 9 inc. b). Lo cual no comparto, ya que ello permitirá la impunidad de los entes ideales en los casos de corrupción en los que se encuentren involucrados por el solo hecho de la implementación de un sistema de control y supervisión con anterioridad al hecho del proceso. Mientras que los acuerdos de colaboración eficaz, en algún sentido atenuaran la pena y sanciones que le pudieran corresponder a los entes ideales involucrados en los delitos de corrupción a cambio de la revelación de información que resulte útil para el proceso penal.

Modificaciones al Código Penal y C.P.P.N.

La nueva legislación, sustituye el Art. 1º del Código Penal, estableciendo ahora en adelante que el código de fondo se aplicara:

1) Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción;

2) Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo;

3) Por el delito previsto en el artículo 258 bis cometido en el extranjero, por ciudadanos argentinos o personas jurídicas con domicilio en la República Argentina, ya sea aquel fijado en sus estatutos o el correspondiente a los establecimientos o sucursales que posea en el territorio argentino.

Se debe tener presente que, mediante la modificación del artículo 1° del Código Penal, se propone ampliar la jurisdicción del Estado Nacional para el juzgamiento de ciudadanos argentinos o de personas jurídicas domiciliadas en territorio argentino a los casos específicos de delito de soborno de un funcionario público extranjero o de una organización pública internacional, previstos en el artículo 258 bis del Código Penal.

De esta manera, se trata de dotar de mayor efectividad a la investigación y sanción de ese delito, ampliándose la jurisdicción criminal nacional a todos aquellos supuestos de hecho en los que el ofrecimiento u otorgamiento de dinero o de cualquier objeto de valor pecuniario u otras compensaciones (tales como dádivas, favores, promesas o ventajas) a un funcionario público extranjero o de una organización pública internacional, sea realizado por ciudadanos o empresas con el domicilio o el asiento principal de sus negocios en territorio argentino, aún fuera del territorio nacional.

Ello, siempre y cuando con motivo de ese ofrecimiento u otorgamiento, dicho funcionario "realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial" (según Artículo 258 bis del Código Penal).

Es que tratándose de un delito que involucra a funcionarios públicos de otro Estado o de una organización pública internacional, generalmente tanto los actos ejecutivos como el resultado del delito tendrán lugar en el extranjero, con lo cual la efectividad en la persecución del cohecho transnacional se verá facilitada sin necesidad de tener que acreditarse una conexión territorial o lugares sujetos a jurisdicción del país, de acuerdo a nuestro sistema actual de aplicación de la ley penal.

En este sentido la Convención de la O.C.D.E. aprobada por la Ley N° 25.319, en su artículo 4.4., establece que las Partes firmantes tienen la obligación de revisar si el fundamento de su jurisdicción es eficaz para luchar contra el cohecho de servidores públicos extranjeros y, en su caso, tomar las medidas correctivas de la legislación. Asimismo, en su artículo 7 dispone que los países firmantes apliquen su legislación interna respecto del cohecho de un funcionario público extranjero, sin tener en cuenta el lugar en el que ocurrió el ilícito.

Ello en línea con las legislaciones de los países que cuentan con sistemas consolidados de responsabilidad penal de las personas jurídicas por hechos de corrupción, como el de España, Estados Unidos, Brasil y Chile, entre otros, donde las regulaciones buscan estimular al sector privado a implementar políticas y procedimientos internos para prevenir la corrupción, aumentar la vigilancia en el mercado y cooperar con las autoridades estatales en la detección, investigación y sanción de los actos impropios, de manera de coadyuvar a una mayor eficacia de la ley penal tanto en su aplicación a personas jurídicas como a individuos.

También, la nueva ley, sustituye el Art. 258 bis y establece que será reprimido con prisión de 1 a 6 años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que, directa e indirectamente, ofreciere, prometiере u otorgare, indebidamente, a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional, ya sea en su beneficio o de un tercero, sumas

de dinero o cualquier otro objeto de valor pecuniario u otras compensaciones tales como dadas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial.

Asimismo, aclara que se entenderá por funcionario público de otro Estado, o cualquier entidad territorial reconocida por la Nación Argentina, a toda persona que haya sido designada o electa para cumplir una función pública, en cualquiera de sus niveles o divisiones territoriales de gobierno, o en toda clase de organismo, agencia o empresa pública en donde dicho Estado ejerza una influencia directa o indirecta.

Como novedad, también incorpora el Art. 259 bis del Código Penal que prevé que, respecto de los delitos previstos en este capítulo, se impondrá conjuntamente una multa de 2 a 5 veces del monto o valor del dinero, dádiva o beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada.

Sustituye el Art. 265, que establece que será reprimido con reclusión o prisión de 1 a 6 años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interese en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo.

También contempla que se aplicara multa de 2 a 5 veces del valor del beneficio indebido pretendido u obtenido. Esta disposición también será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, aclarando que lo será con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales.

En igual forma, sustituye el Art. 266 y establece que será reprimido con prisión de 1 a 4 años e inhabilitación especial de 1 a 5 años, el funcionario público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere, o hiciere pagar o entregar indebidamente, por si o por persona interpuesta, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que les corresponden. También, se aplicara multa de 2 a 5 veces del monto de la exacción.

Sustituye el Art. 268, y prevé que será reprimido con prisión de 2 a 6 años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores. Aplicándose multa de 2 a 5 veces del monto de la exacción.

Con una redacción legislativa poco frecuente, incorpora como segundo párrafo del Art. 268 (1) del código de fondo, expresando que se aplicara multa de 2 a 5 veces del lucro obtenido.

Asimismo, modifica el primer párrafo del Art. 268 (2) y ahora prevé que será reprimido con prisión de 2 a 6 años, multa de 2 a 5 veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta 2 años después de haber cesado en su desempeño.

Incorpora el Art. 300 bis estableciendo que cuando los hechos delictivos previstos en el inciso 2 del Art. 300 hubieren sido realizados con el fin de ocultar la comisión de los delitos previstos en los artículos 258 y 258 bis, se impondrá pena de prisión de 1 a 4 años y multa de 2 a 5 veces el valor falseado en los documentos y actos a los que se refiere en inciso de referencia.

En igual forma, sustituye el Art. 33 del C.P.P.N. (Ley 23.984) relativo a la competencia del juez federal, agregando en el inciso e) los delitos previstos por los artículos 41 quinquies, 142 bis, 142 ter, 145 bis, 145 ter, 149 ter, 170, 189 bis (1), (3) y (5), 212, 213 bis, **258 bis** y 306 del C.P.

Anteproyecto del Nuevo Código Penal.

El anteproyecto del nuevo Código Penal elevado recientemente al Congreso de la Nación, prevé en el Título VII, el capítulo relativo a la “Responsabilidad de las Personas Jurídicas”. Fundamentando la misma en la creciente criminalidad económica y organizada que da lugar a nuevos sujetos activos en el derecho penal: las personas jurídicas (privadas).

A los fines de la incorporación de la responsabilidad de las personas jurídicas, se adoptan los criterios de responsabilidad establecidos en la Ley de Responsabilidad Empresaria que se comenta (Ley 27.401), adoptando el criterio de *culpa in vigilando*, sumado a la exención de pena cuando se hubiesen adoptado y cumplido los procedimientos de control y supervisión internos, idóneos para prevenir el delito de que se trate (normas de *compliance*). (Cfr. Presentación realizada por el Dr. Mariano Borinsky – Juez de la C.F.C.P.).

Así, en el Art. 38, establece que las personas jurídicas privadas de cualquier clase (sociedades, asociaciones civiles, fundaciones, etc.), serán responsables, en los casos expresamente previstos en éste Código, por los delitos cometidos por los sujetos indicados en el artículo 37 que hubieren sido realizados, directa o indirectamente en su nombre, interés o beneficio.

También prevé que serán responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuera un tercero que careciera de atribuciones para obrar en representación de ella siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuese de manera tácita. En similares términos a lo previsto en la Ley 27.401.

En igual forma, establece que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona física que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquélla.

En los casos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria, la responsabilidad de la persona jurídica será transmitida a la persona jurídica resultante o absorbente. Es decir, que se mantiene la figura de la responsabilidad sucesiva que contempla la Ley 24.071.

También, establece que la responsabilidad de la persona jurídica subsistirá si, de manera encubierta o meramente aparente, continuare su actividad económica y se mantuviere la identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

Otra de las cuestiones previstas en la Ley 27.401 y que se contempla también en el anteproyecto del nuevo código sustantivo, es que prevé que la persona jurídica podrá ser condenada aun si no fuera posible identificar o juzgar a la persona que hubiese intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitiesen establecer que el delito no hubiere podido cometerse sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica. (Independencia de las Acciones).

Además, claramente establece que las personas jurídicas podrán ser responsables por los delitos previstos en el artículo 145 y los Títulos XI, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XXII, XXIII, XXIV, XXV y XXVII del Libro Segundo de este Código.

En el Art. 39 del anteproyecto del nuevo digesto sustantivo, consagra lo relativo a las penas que podrán imponerse a las personas jurídicas, en forma alternativa o conjunta, que básicamente serán las que consagra el Art. 7 de la Ley 24.071 (multas, suspensiones, etc.).

De esta manera, el anteproyecto del nuevo código penal en caso de aprobarse, contempla una serie de cuestiones y supuestos que ya prevé la nueva ley que se comenta, y distinguirá claramente las penas (o sanciones jurídicas) que le corresponderán a las personas jurídicas privadas (Art. 39), y las penas que le corresponderán a las personas físicas (prisión, multa e inhabilitación. Cfr. Art. 5).

Alcance Provincial.

Repárese que la Ley 27.401, invita a las provincias y a la CABA a adecuar sus legislaciones a los lineamientos de la presente ley. (Cfr. Art. 28, segundo párrafo).

En consecuencia, considero que los legisladores provinciales deberán adecuar en primer término la legislación procesal penal local, ya que toda nuestra legislación tanto nacional como provincial siempre estuvo estructurada en torno a la conducta de la persona humana, y con esta nueva ley se incorpora un nuevo sujeto activo en el derecho penal, lo que obliga a adecuar la misma a la legislación nacional (Vgr. Lo relativo a la representación procesal de la persona jurídica).

En segundo término, también deberán adecuar la ley de administración financiera y de contrataciones del Estado, así como su reglamentación respectiva, ya que deberán ajustar lo relativo a los requisitos que las empresas contratistas deberán cumplimentar al momento de presentarse a cada concurso o licitaciones públicas, debiendo establecerse como condición para participar en los mismos, la implementación de los programas de integridad.

Ya que si bien se trata de una legislación a nivel nacional que modifica el Código Penal, es indudable que el Estado Provincial no puede permanecer estático y ajeno a la nueva legislación, sino que por el contrario, debe adecuar su normativa local a la legislación nacional. Ello, a los fines de una normativa uniforme en todo el territorio de nuestro país, a efectos de coadyuvar en la prevención, sanción y juzgamiento de los delitos en los que puedan estar involucradas las empresas contratistas con el Estado Provincial.

Conclusión.

En mi opinión, considero que resulta determinante la aprobación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas en la Republica Argentina, mas allá de los diversos reparos doctrinarios, legislativos y constitucionales que se esbozaron en su momento, ya que constituye un paso importante en la lucha contra ese mal endémico que afecta a nuestro país: la corrupción.

Toda vez que, esa peste que es la corrupción, no solo alcanza a los funcionarios y empleados públicos que ocupan los diversos estamentos del Estado, sino también, a los diversos grupos económicos que forman parte de ese eslabon importante de la cadena en la comisión de los delitos de corrupción contra la administración pública, que hasta el momento solo se beneficiaban económicamente y no sufrían ningún tipo de represalia.

Por lo que a partir de ahora, las empresas (en su gran mayoría) deberán asumir un sentido de responsabilidad y compromiso social en la colaboración en la lucha contra hechos de corrupción y su colaboración en la prevención, investigación y sanción de ese tipo de hechos ilícitos.

La sanción y vigencia de la Ley 27.401 (mas alla de las criticas que se puedan realizar), implica sin duda alguna, adaptar el sistema penal argentino en materia de delitos de corrupción contra la Administración Pública y el soborno transnacional a los estándares internacionales, a los cuales la Republica Argentina se ha obligado al adherir a la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales.

En definitiva, dicha ley, constituye una evolución legislativa del sistema jurídico argentino y una adaptación al resto de las legislaciones de otros países que ya consagraron este tipo de regímenes, ya que hasta el momento, era una deuda pendiente en nuestro país, toda vez que solo se preveían sanciones penales por delitos contra la administración pública únicamente para las personas físicas, sin perjuicio de aquellas leyes especiales que en forma gradual han ido incorporando la responsabilidad de las personas jurídicas implicadas (Vgr. Evasion fiscal, aduaneros, lavado de activos, etc.).

De esta manera, se consagro por primera vez en la historia legislativa de nuestro país la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas por hechos de corrupción, por lo que se suprimió el histórico principio "*societas delinquere non potest*", se consagro un nuevo sujeto activo en el derecho penal, que reformulo sin duda alguna la teoría del delito que siempre estuvo estructurado en torno a la conducta humana, y separo este nuevo modelo punitivo a la persona

jurídica de las personas físicas. Consagrando de esta manera que son sujetos de derecho completamente diferentes.