

Tema III: Proyecto Integral de Reforma al Código Penal.

Título: Fundamentación del castigo a las personas corporativas

AutorA: Nora A. Cherñavsky.

Universidad: Nacional de Buenos Aires.

Contacto: noracher@hotmail.com. Teléfono: 1540484833.-

Paraná 326 Piso 1 4 Capital Federal.

Fundamentación del castigo a las personas corporativas.

Nora A. Cheriavsky*

I.-

Introducción.

El objetivo de la presente ponencia es abordar la justificación de la aplicación de sanciones jurídico penales a las personas jurídicas.

Para ello referiré a los modelos de atribución y a las sanciones -incluso penales- propuestas para este sujeto corporativo a la luz de las consecuencias jurídicas vigentes en ordenamientos positivos del ámbito del derecho anglo sajón y europeo continental, analizando y dando cuenta especialmente de la incorporación a la Parte General del Código del Título XIII sobre Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas (RPPJ, arts. 67, 68 del Anteproyecto de Reforma al Código Penal) (1).

Por último describiré el estado de la cuestión en el ámbito de los compromisos internacionales suscriptos por la República Argentina, las recomendaciones de organismos internacionales, convenciones, convenios, lineamientos y compromisos adoptados en el marco regional y europeo.

II.-

1.- Justificación del castigo.

El ordenamiento jurídico en general y el penal en particular, puede fundamentarse desde dos perspectivas (desde la de las consecuencias de la regulación –la pena- y desde las de su objeto de regulación –el injusto-) (2).

* La Dra. Nora A. Cheriavsky es Profesora Adjunta Regular de la materia de CPO de la Facultad de Derecho de la U.B.A. “Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Delito Económico”. En el presente trabajo colaboró como integrante de dicha Unidad Académica, la Auxiliar Graduada María Paula Peix. Se agradece también el aporte del Abogado Julián Rubinska.

La fundamentación funcional de Jakobs (3), parte de las consecuencias de la regulación considerando que la pena sirve como “modelo de orientación para el contacto social”. Como el derecho penal protege la vigencia de las normas (aquellas gravemente perturbadoras del orden social), lo necesario para su mantenimiento se determina de acuerdo con las necesidades funcionales de la sociedad debiéndose orientar la pena a esas necesidades.

La teoría de la "*prevención general positiva*" o prevención general integradora, surge como una nueva manera de fundamentar el sistema penal. Este enfoque utiliza la concepción de Luhmann del derecho como instrumento de estabilización social, de orientación de las acciones y de institucionalización de las expectativas (4).

La institucionalización de las expectativas de comportamiento, producida por el derecho, tiene, entonces, la función de garantizar el modo de confianza que es posible obtener en los sistemas sociales complejos (5). Si el derecho garantiza un grado indispensable de orientación de la acción y de estabilización de las expectativas, su función resulta, sin embargo, independiente del contenido específico de las normas (6). La abstracción de la validez formal del derecho respecto de los contenidos valorativos y los preceptos en la norma particular, que es un principio fundamental del positivismo jurídico, en la teoría sistémica es llevada a su extrema consecuencia.

En línea con aquélla, la teoría expresiva de la pena (Expressive Theory), sostiene que las normas sociales posibilitan el comportamiento racional mediante la definición de cómo deben comportarse las personas (o las comunidades de personas) que valoran unos bienes concretos –ya sea el bienestar de otras personas, su propio honor o dignidad, o la belleza del medioambiente.

Las acciones que confirman o deniegan estas normas expresan la actitud de la persona (o la comunidad) hacia estos bienes. La responsabilidad penal, por tanto, expresa la condena de la conducta del malhechor por parte de la sociedad mediante la reafirmación de los estándares de comportamiento adecuado –esto es, los estándares por los que las personas y los bienes deberían ser adecuadamente valorados.

Lawrence Friedmann se ha pronunciado a favor de la responsabilidad penal corporativa sobre la base de la teoría expresiva de la pena. Conforme a ésta, es sujeto del derecho penal aquel

individuo en la comunidad que, a través de su conducta, puede expresar actitudes con respecto a determinadas personas o bienes, actitudes ya sean de conformidad con; o en oposición a las valoraciones adecuadas de estas personas, tal y como se establecen en el Derecho (7). Por lo tanto, puede considerarse que una corporación está situada en la misma posición que un individuo a efectos de la fundamentación expresiva, si tiene una identidad discreta dentro de una sociedad con un potencial expresivo (8). En opinión de Friedmann, la corporación moderna posee al menos dos atributos que verifican su identidad independiente dentro de la sociedad, mediante una distinción sustancial de sus dueños, managers y empleados: **una persona identificable y una capacidad para expresar juicios morales en el discurso del foro público. Con base en ello, afirma este autor la conveniencia de mantener la responsabilidad penal corporativa (9).**

La capacidad real de determinación espontánea del sujeto en la dirección establecida por la norma, esto es, la capacidad de haber actuado diversamente a como lo ha hecho, no aparece más en la base del juicio de culpabilidad, sino que este lugar es ocupado por el hecho de que la actuación del sujeto y su circunstancia se adecuan a un tipo normativo de sujeto actuante y de situación, en presencia de lo cual la conciencia social y el ordenamiento no están más dispuestos a reaccionar sólo cognoscitivamente ante las violaciones de expectativas legales, sino que reaccionan normativamente contraponiendo la pena, entendida, como hecho simbólico contrario al significado del comportamiento delictivo(10).

De esa forma, los dos baluartes erigidos por el pensamiento penal liberal para limitar la actividad punitiva del Estado frente al individuo: el principio del delito como lesión de bienes jurídicos y el principio de culpabilidad, parecen desplomarse definitivamente y son sustituidos por elementos de una teoría sistémica, en la cual el individuo deja de ser el centro y el fin de la sociedad y del derecho, para convertirse en un "subsistema físico-psíquico", al que el derecho valora en la medida en que desempeñe un papel funcional en relación con la totalidad del sistema social.

Desde el punto de vista del sujeto de derecho penal y siguiendo a Bacigalupo (11) no es necesario normativamente, que el sujeto tenga que estar siempre compuesto por psique y cuerpo. En el caso de las personas jurídicas como sistema de imputación, puede estar determinado por el estatuto y los órganos del ente.

La consecuencia que esa doble transformación genera en el ámbito de la teoría de la pena, es la sustitución del principio positivo de la prevención especial (reeducación) y del negativo de la prevención general (disuasión), por el principio positivo de la prevención general: la reafirmación del valor de la norma, a costa de un competente.

En cuánto a la fundamentación ontológica del ilícito, y en opinión de Lampe, qué es el injusto y cuál es su estructura real, es algo previamente dado a toda valoración, incluida la penal” (12).

Pero –agrega- el Derecho Penal no puede fundamentarse ni normativo funcionalmente ni ontológico realmente, proponiendo, entonces, una fundamentación “ontológico social” en lugar de la “ontológica real” encontrando que de este modo no existe una contradicción con la fundamentación funcional, sino que se produce una complementariedad con ella.

Para Lampe todo proceso social que altere el funcionamiento de la vida en común puede ser valorado por la ley como “injusto”.

Éste debe ser el punto de partida para considerar la posibilidad de que también los sujetos colectivos o corporativos puedan crear procesos sociales que puedan ser valorados por el legislador como injustos penales (13). Se trata de una capacidad de organización, que puede no realizarla o realizarla defectuosamente, al decir de Lampe.

2.- Algunas responsabilidades colectivas –no corporativas- en el Código Penal.

Nuestro derecho reconoce como productoras de injusto sólo a personas naturales (14), y en algunos casos a las comunidades de personas, ya sea independientemente consideradas (reglas de autoría y participación, arts. 45 y sgtes. C. Penal). como asociadas (asociaciones de personas para delinquir: asociación ilícita (15), (art. 210 C. P), las que deben ser distinguidas de las personas corporativas. En aquéllas un individuo se somete a la voluntad del grupo y lleva pena por el sólo hecho de integrar la asociación o banda. Tanto en la coautoría como en la asociación de personas prevalece la decisión individual, en cambio en la persona corporativa la actuación del sujeto individual deja de ser preponderante, para cobrar relevancia el rol de la corporación y su estructura organizativa.

Como ejemplo de especie de responsabilidad colectiva en la parte especial del Código Penal, encontramos el caso del homicidio o de las lesiones en riña en las que tomaren parte dos o más personas (art. 95 C. P.) “sin que constaren quienes las causaron” conforme al texto legal “se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido”. El legislador parece haber abandonado el principio de la responsabilidad culpable de cada uno de los individuos participantes, ya que precisamente no puede determinarse en el caso la responsabilidad individual en el hecho punible.

Esto resulta una clara muestra de que el legislador ha previsto –por razones de política criminal- supuestos de responsabilidad colectiva. en la parte especial del Código Penal, y en algunas leyes especiales (16).

A pesar de la tradicional negativa de la jurisprudencia y de parte de la doctrina para reconocer a las personas jurídicas como sujetos pasibles de sanciones penales, hay una vasta corriente de opinión doctrinaria, legislativa y también jurisprudencial, que considera que las mismas no sólo están en disposición de cometer infracciones (la persona jurídica en cuanto autor tiene capacidad infractora), sino que también pueden ser procesadas y sancionadas en el ámbito penal. Así pues, en Europa (primero en Holanda, luego en Francia) se ha abandonado definitivamente la idea según la cual la persona jurídica no sería más que una ficción y que por consiguiente, únicamente sus órganos y las personas físicas podrían ser interpeladas en el ámbito penal (*"No soul to damn, no body to kick"*). En palabras de John Vervaele: “...Se ha optado -entonces- por la realidad social en una sociedad industrial y post-industrial moderna, que parte del principio de que las personas jurídicas ocupan, en el seno de los cambios socio-económicos, un lugar absolutamente fundamental; en esta condición, tienen derechos y deberes que incluyen una responsabilidad penal (y la protección jurídica vinculada a ella) (17).

III

1.- Análisis del Anteproyecto.

Sobre la base de las antedichas consideraciones, habrá de hacerse un análisis del anteproyecto de reforma integral al Código Penal que –de convertirse en ley- habrá de consagrar el carácter de sujeto de derecho penal de la persona jurídica, su capacidad infractora y de destinataria de sanciones en el ámbito jurídico penal.

Se realizará un somero análisis del articulado del Libro I, Título XIII, arts. 67 y 68 y sólo la mención de la incorporación en el art. 43 del Libro I, Título VI el supuesto de “actuación en lugar de otro”, con lo que –entendemos- se resolverán importantes lagunas de impunidad vinculadas a la autoría en los delitos especiales propios del actuante en lugar de otro, sean los representados personas físicas o jurídicas.

Nos detendremos en el análisis del sistema de responsabilidad penal adoptado, del modelo de atribución receptado y de las principales sanciones impuestas.

1.1.-El modelo de atribución.

Siguiendo el esquema de Silva Sánchez (18), los modos de atribución de consecuencias jurídico penales a las personas ideales, morales o jurídicas, pueden clasificarse desde el punto de vista dogmático en modelos de atribución “transferida” o “por el hecho propio”, según la conducta del ente se impute a la acción desplegada por el núcleo de sus representantes o agentes de hecho o de derecho y se atribuya directamente a la empresa (teoría orgánica o de la responsabilidad real) (19) ,o por una deficiente organización en el seno de la empresa, que-en la mayoría de los casos- no permite individualizar a la persona física responsable del ilícito cometido, llevando a la imputación por “defecto de organización” (20).

Desde un punto de vista político criminal, tanto la responsabilidad transferida como la del hecho propio de la organización, pueden imputarse en forma acumulativa (responsabilidad de la persona física interviniente y de la jurídica) o subsidiaria (responsabilidad del ente, sólo en caso de no identificarse al responsable.)

Teniendo en cuenta las clasificaciones dadas por la doctrina resulta que la Comisión Redactora del Anteproyecto ha adoptado un modelo “accesorio” o de responsabilidad transferida y acumulativo, por cuanto junto a la responsabilidad de la persona física surge también la del ente corporativo.

1.2.-El texto legal.

Artículo 67.- Condiciones. Cuando alguno de los intervinientes en un delito hubiere actuado en nombre, en representación, en interés o en beneficio, de una persona jurídica de carácter privado, podrán imponerse a esta última, sin perjuicio de las que correspondan a los autores y partícipes, las sanciones que se enumeran en el artículo siguiente. Cuando quien hubiera actuado careciera de atribuciones para obrar en nombre o representación de la persona jurídica, bastará que su gestión haya sido ratificada aunque fuera de manera tácita....

En primer lugar el texto adhiere al modelo francés en el sentido de que las sanciones sólo podrán imponerse a personas jurídicas de “carácter privado”, con lo que abre la discusión en relación a la posibilidad de imputar también a las personas de derecho público.

En cuanto al “interés o beneficio” de la persona jurídica como punto de conexión entre el hecho del representante y el de la empresa, dicha circunstancia ya había sido consagrada en el ámbito interno en leyes especiales como la de control de cambios Nro.19359 art. 2 f) y en el ámbito externo en el art. 14 del corpus juris de normas para la protección financiera de la Unión, que en su versión de 1997, exige que la conducta del representante se realice en el marco de la actividad de la empresa, en nombre de la entidad y con el objeto de beneficiarla (21).

Por otra parte, el Anteproyecto, adscribe al modelo anglosajón –aunque no estricto- de responsabilidad transferida, en el sentido de que el que interviene en representación de la empresa, no puede ser cualquier integrante de la misma, debe estar funcionalmente ligada a ella o contar con la ratificación –aunque sea tácita- del órgano de representación.

Con la adopción de este modelo de atribución de responsabilidad “transferida”, se elude habilidosamente los problemas que surgen en torno a las discutidas capacidades de acción y culpabilidad de los entes ideales (22).

La responsabilidad acumulativa de la persona física a la jurídica surge, en primer lugar para no caer en lo que Silva Sánchez llama insuficiencia preventiva, ya que al no poder el derecho penal prescindir de la pena a la persona natural, se responsabiliza únicamente al llamado “director de banquillo” (23) y queda impune la organización corporativa. Es así que progresivamente se va imponiendo el modelo acumulativo de responsabilidad penal a personas jurídicas en detrimento de los modelos alternativos.

Este modelo fracasa cuando no puede determinarse al o los autores individuales del hecho, ya que en ese caso no habrá transmisión de responsabilidad, por lo cual muchos delitos devendrán impunes (lo que en doctrina se conoce como “irresponsabilidad organizada”). Ya de por sí las modalidades de trabajo en cualquier organización son complejas. Esta complejidad esta dada por la división de tareas tanto vertical como horizontalmente y por la dispersión de la responsabilidad entre los que detentan la información, los que toman las decisiones (que inclusive a veces es adoptada fuera del territorio) y el nivel de ejecución.

El anteproyecto resuelve esta dificultad, como así también la de la inexistencia de condena efectiva a persona física alguna, requiriendo únicamente la **comprobación de la existencia material** del delito para habilitar la responsabilidad penal de la empresa: “...*Las sanciones a personas jurídicas podrán aplicarse aún en caso en que quienes hubieran actuado en su nombre, representación, interés o beneficio, no resultaran condenados, siempre que el delito se haya comprobado...*”

Tampoco descuida el Anteproyecto las garantías procesales de la entidad colectiva: “...*En todos los casos será condición para la imposición de sanciones a personas de existencia ideal que la entidad haya tenido oportunidad de ejercitar su derecho de defensa en el transcurso del proceso...*”

Esta solución ya había sido consagrada en leyes especiales que le daban carácter de parte a la P.J, a efectos de su defensa (24).

Siguiendo a doctrina y jurisprudencia especializada la Comisión optó por exigir sólo la “materialidad del hecho, aún cuando la imputación a persona física fracasara” (25).

Con el texto adoptado, la Comisión soluciona los tres problemas apuntados por Silva Sánchez: el caso en que el actuante sea una persona de rango inferior a representante (mediante la ratificación del órgano), el caso en que no pueda identificarse a la persona física interviniente para atribuir su conducta a la persona jurídica o que la misma resulte inculpable (sólo se requiere comprobación material del delito) y el ejercicio del derecho de defensa de la empresa, mediante su citación a juicio.

Respecto de sanciones a P.J. que hagan oferta pública de sus acciones como así también de aquellas que se encuentren concursadas, es acertado el proyecto en cuanto a que no las “inmuniza”

frente a la responsabilidad jurídico penal, pero la somete a restricciones (consulta a la sindicatura) a fin de resguardar derechos de terceros frente a posibles sanciones penales. Compartimos con la Comisión redactora que ni la declaración de quiebra, ni las características de la tenencia accionaria pueden resultar óbice para afirmar la capacidad social de recibir sanción (26).

1.3-Sanciones.

El Anteproyecto ha previsto un catálogo de sanciones las que según sus autores son consecuencias accesorias del delito, lo que expresan en los fundamentos, del siguiente modo: *“En el Título XIII (arts. 67 y 68), y como consecuencia accesoria del delito, se regula el sistema de sanciones a la persona jurídica, tendiente también a procurar una mayor eficacia represiva en el ámbito de los delitos económicos y de los negocios. Un sistema de respuesta para las personas jurídicas que posibilite neutralizar y, en algunos casos, reparar las lesiones colectivas que producen gravísimos daños económicos y sociales. Se regula así un catálogo de consecuencias que apuntan básicamente a la prevención y reparación de los daños causados”*.

Entendemos que la controversia acerca de si las consecuencias jurídicas reguladas para la Persona Jurídica son verdaderas penas, medidas de seguridad o meras consecuencias accesorias impuestas en proceso penal, sigue en pie, del mismo modo que lo fue frente a la regulación de las consecuencias accesorias para personas jurídicas del art. 129 del Código Penal Español de 1995 (27).

Para autores como Otto y Stratenwerth, las sanciones son consecuencias administrativas sin culpabilidad. Para no alterar el sistema de imputación penal individual, estos autores establecen un sistema de responsabilidad colectiva, de consecuencias accesorias o de sanciones orientadas a la prevención más que a la represión, adecuadas a la responsabilidad patrimonial y la gravedad del delito, impuestas en proceso penal (también Schünemann) (28). Éste último parece ser – sólo en parte- el criterio establecido por la Comisión, puesto que alguna de las sanciones impuestas revisten carácter de verdaderas penas.

El art.68 del Anteproyecto, enumera las distintas sanciones:

Multa: Su importe será fijado conforme la magnitud del daño causado y el patrimonio social, hasta un máximo equivalente al 33% del patrimonio neto de la entidad, de conformidad con las

normas de contabilidad aplicables. En este sentido se cumple con el requerimiento doctrinario de que la magnitud de la sanción debe estar acorde con la capacidad patrimonial del ente, a fin de que no sea desproporcionado el ilícito cometido y la sanción, si la misma sólo recae en personas físicas, agentes de la persona jurídica.

Esta pena es generalmente admitida para las P:J: e inclusive en países como Alemania se distingue la multa administrativa y contravencional, aplicable a personas jurídicas. Está prevista en códigos como el de Noruega de 1991 en su parte general, en donde se establece de manera facultativa el castigo con multa a la persona jurídica cuando el delito es cometido por quien hubiera obrado en su nombre. También en Holanda, el tema es abordado tanto por el actual código penal como por el Art. 15 de la Wed (Wet op de Economische Delicten). Esta última es una ley marco creada en 1950 conformada por más de 100 leyes, en materia de agricultura, pesca, productos alimenticios, medio ambiente, y orientada a la sanción de los delitos económicos a través de la pena de prisión y/o de multa.

En Holanda al regir el principio “societas delinquere et punire potest” se parte del principio que todas las infracciones pueden ser cometidas por las personas jurídicas. Con lo cual, combinando el código y la Wed, a la persona jurídica además de la pena de multa, pueden aplicársele las siguientes sanciones en caso de comisión de delitos económicos: multa, embargo, publicación de la condena, comiso, indemnización, inmovilización parcial o total de las actividades de la empresa (el Derecho Civil prevé también la liquidación de la empresa), la orden de cesar/ejecutar el acto ilícito/la omisión (29).

En el Código Francés está prevista la multa como una pena criminal, correccional y contravencional, y debe perseguir un fin disuasorio, su monto debe apreciarse sobre un criterio de reparación social y otros a valorar por el Juez penal, teniendo en cuenta diferentes criterios .adaptados al hecho, a su autor y al tipo de empresa infractora. Esta individualización judicial de esta pena dineraria, es indispensable para evitar que se pueda llegar en forma indirecta a la disolución de la agrupación. El pago de la multa puede ser fraccionado cuando concorra algún motivo grave de orden social o profesional. El juez puede establecer la multa dejando en suspenso su ejecución, y puede aún atenuarla puesto que no se ha establecido un monto mínimo. En caso de reincidencia, puede ser pasible de duplicarse y en caso de concurso de delitos puede ser acumulada.

Para resolver el problema de la disparidad de penas producto de la amplia discrecionalidad judicial para la imposición de sanciones a empresas, la Comisión de Estados Unidos creada en el ámbito del Departamento de Justicia, unificó criterios y dio lineamientos para el dictado de sentencias, según características organizacionales y directrices a utilizar por el juzgador para determinar el tipo y cuantía de la sanción. .

Los lineamientos contienen normas que contemplan la imposición de multas por delitos que son fácilmente cuantificables (por ejemplo, la estafa, el hurto y los delitos impositivos) y fórmulas específicas para los delitos que no resultan tan cuantificables tales como el cohecho, las violaciones a las leyes antimonopólicas y el lavado de dinero. No está prevista la pena de multa, sin embargo, para la mayor parte de los delitos ambientales, los delitos relacionados con sustancias alimenticias y drogas ni para las violaciones a las leyes que controlan las exportaciones. Los lineamientos proporcionan un esquema para la determinación de la multa. Esta pena estará fundada en la gravedad del delito y en el grado de culpa de la entidad.

Cancelación de la personería jurídica: no se trata en rigor de una sanción penal sino que es impuesta generalmente por la autoridad administrativa, que es la que a su vez la concede. No obstante es posible afirmar que por sus consecuencias, equivale a una verdadera pena de muerte para la persona jurídica. Por ello debe ser considerada como de “última ratio” e imponerse luego de varias clausuras o suspensión de actividades.

Suspensión, total o parcial de actividades: en ningún caso podrá exceder de tres años. Esta medida es tomada del código Francés que establece como sanción la prohibición de ejercer por un plazo determinado la actividad económica en la que se materializó el ilícito penal (art.131-39, 2º). El inconveniente de tal sanción es que si su duración es muy prolongada, ello podría desembocar indirectamente en la disolución de la entidad comercial, a consecuencia de la imposibilidad de afrontar económicamente la suspensión de actividades. También está prevista en el Código Penal Peruano en su art.105, como así también, en los códigos de Noruega, Holanda y España. En Brasil la ley penal ambiental N° 9605, de 1998, prevé en su art. 8 la suspensión parcial o total de actividades.

Clausura total o parcial del establecimiento: en ningún caso podrá exceder de tres años. Esta medida también resulta de carácter preventivo y se asemeja a una medida de aseguramiento o cautelar a tomar también durante el proceso. En Francia, por ejemplo, el establecimiento cerrado no

puede ser vendido. Se trata de una medida de seguridad que ya había sido recomendada para las personas morales en el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal celebrado en Bucarest en 1929.

También es tomada por el art.105 del código penal peruano, como por el art.129 de Código Español.

Pérdida o suspensión de beneficios estatales: No resulta novedosa la incorporación ya que estaba prevista en la ley de Abastecimiento, N° 25680.

Publicación de la sentencia condenatoria a su costa: En el código Francés esta sanción aparece como la más eficaz y relevante, puesto que los efectos pueden ser más perjudiciales que la aplicación de una multa.

En el derecho americano y desde los lineamientos organizacionales, esta sanción es sólo una condición para imponer la probation a las personas jurídicas.

Prestaciones obligatorias vinculadas con el daño producido: Son medidas reparatorias muy utilizadas en el derecho anglosajón. El carácter de las mismas está desarrollado en las directrices que -tanto para el dictado de sentencias, como para la acusación por parte de los fiscales se han desarrollado en los Estados Unidos y que contemplan: la obligación de resarcir el daño causado por la infracción, siendo sus formas básicas la restitución, resarcimiento de la víctima, las medidas de remediación y el servicio a la comunidad. Se trata de sanciones civiles de carácter reparatorio impuestas en el proceso penal.

Comiso: En rigor no se trata de una sanción, sino más bien de un modo de recuperación de bienes o de eliminación de elementos peligrosos, aplicable tanto a personas físicas como jurídicas, en forma conjunta con alguna de las otras previstas. El código Español se refiere al decomiso en sus arts.127 y 128. En Francia, se enumera como una posible pena a la confiscación de la cosa que ha servido o estado destinada a cometer la infracción o de la ganancia (art.131-39). Del mismo modo en Holanda, y sólo para el caso de la comisión de delitos económicos, se prevé al comiso como una posible sanción.

Suspensión del uso de patentes y marcas: por un plazo de hasta tres años. Sanción vinculada a la privación de derechos en forma temporal, y como tal con características penales.

Suspensión de hasta tres años en los registros de proveedores del Estado: esta sanción es similar a la contemplada en el Código Aduanero, en relación a la exclusión del Registro y a su vez también contemplada en otros ordenamientos, tales como el español que en el art. 262 prevé la inhabilitación especial para contratar con las administraciones públicas. En Francia, el art.131-34 establece como sanción la exclusión de la asociación del mercado público y dicha medida se exterioriza en la imposibilidad de participar de todo negocio concluido por el Estado y sus establecimientos públicos e incluso con aquellas empresas concedidas o controladas por el Estado.

Se habían previsto también medidas de auditoría y de intervención judicial (ambas de carácter externo) las que fueron eliminadas luego de la consulta pública del Proyecto, llevada a cabo por la Comisión de Reforma, en atención a que las mismas son impuestas por en procesos civiles y/o comerciales.

Dentro de las sanciones adoptadas, no sólo se han incluido las llamadas “medidas mixtas” de carácter penal, administrativo o civil, tales como las de cancelación de personería, suspensión de actividades, y pérdida o suspensión de beneficios estatales, sino que junto a ella se han consagrado también medidas de carácter penal, tal como las consistentes en una disminución de derechos patrimoniales y multas (30).

IV.-

1.- Recomendaciones, Convenciones y otros compromisos internacionales

En el marco europeo, se tiene como punto de partida la Recomendación Nro. 88 del Comité de Ministros del Consejo de Europa en la que se aconseja a los Estados miembros la imposición de consecuencias jurídico penales para las personas jurídicas, sin perjuicio de las administrativas y civiles que eventualmente pudieran aplicarse. Esta recomendación se concreta en materia sancionatoria por el art. 14 del Corpus iuris de normas para la actividad financiera de la unión europea, como así también en el marco de los derechos internos de los países que la forman, sea bajo la forma de sanciones civiles, de derecho administrativo sancionador, de medidas de seguridad y/o consecuencias accesorias como así también penales.

En el marco regional, la Convención Interamericana contra la Corrupción (aprobada por ley 24759) recomienda la adopción de medidas para establecer la responsabilidad penal de personas jurídicas por el cohecho a funcionarios extranjeros. La llamada “Convención Anticorrupción” firmada en París y aprobado por nuestro país por Ley N° 25.319 , vigente desde 2001 recomienda adoptar disposiciones para penalizar tanto a las personas físicas como a las jurídicas que en sus transacciones comerciales sobornan a funcionarios extranjeros o de organización pública internacional, con el fin de obtener beneficios en sus negocios. Asimismo recomienda que dichas medidas deben resultar coherentes, disuasorias y eficaces (en los términos del art. 3 de la Convención Anticorrupción).

Del mismo modo lo prevé la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción adoptada en Nueva York en 2003 y aprobada en el ámbito interno por ley 26.097.

La Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, la prevé en su artículo 10, responsabilidad que lo será sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos.

Pero no sólo en materia de corrupción económica , lavado de activos y otros fraudes se recomienda la adopción de tales medidas sino que también lo recomienda el Convenio de Budapest (2001) sobre ciber crimen del Consejo de Europa, que en su artículo 12 recomienda la adopción de medidas legislativas y de otro tipo necesarias para que pueda exigirse responsabilidad a las personas jurídicas por los delitos referidos a dicho convenio, ello sin perjuicio de la sanción penal acumulativa a las personas físicas que hubiesen intervenido. Cabe señalar que la norma cobra relevancia para nuestro derecho interno en razón de la cláusula de adhesión prevista en el art. 37 de dicho Convenio.

V.-

Conclusión.

De convertirse en ley el Título XIII del Anteproyecto, se habrá abandonado el principio “societas delinquere non potest” (31).

A pesar de ciertos reparos expresados por parte de la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera (32), podemos admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en razón de que dichos entes pueden crear procesos sociales que puedan ser valorados por el legislador como injustos penales. Esta valoración puede estar fundada en una responsabilidad por el “hecho propio” en razón de una defectuosa organización, o bien por transferencia de la responsabilidad de los representantes u otros agentes especialmente vinculados al ente, hacia la persona jurídica.

Todo proceso social que altere el funcionamiento de la vida en común puede ser valorado por la ley como “injusto”.

Éste debe ser el punto de partida para considerar la posibilidad de que también los sujetos corporativos puedan crear procesos sociales que puedan ser valorados por el legislador como injustos penales.

Son razones de tipo “ontológico sociales” las que nos permiten afirmar la posibilidad de aplicar sanciones en el ámbito penal a “personas” que no sean “hombres” o “mujeres”, siempre que su conducta sea comunicativamente relevante desde el punto de vista de la reafirmación de las normas.

Las sanciones introducidas en el Anteproyecto, podrán ser discutidas en cuánto a su naturaleza, en tanto algunas responden a características del derecho administrativo sancionador, otras al civil reparador y otras intrínsecamente penales o de medidas de seguridad.

La admisión de la capacidad infractora de las personas jurídicas así como su responsabilidad en el ámbito del derecho administrativo, de faltas y contravencional, art.13 Ley 1.472 (Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), implica necesariamente la admisión de la responsabilidad penal en tanto existe identidad normativa, siendo su diferencia únicamente una cuestión de grado o intensidad (33), cuya adscripción normativa decide el legislador.

Por otra parte el quiebre del “societas punire nequit” ya había sucedido previamente con la incorporación de la responsabilidad penal de personas jurídicas a la legislación especial, fundamentalmente en el ámbito del derecho penal económico. (34)

Otros modelos incorporan junto a las sanciones a personas físicas, las correspondientes a las P.J. en una cláusula en la parte general del Código Penal, (Código Penal Holandés) (35).

Atento a que no puede aportarse una prueba científica sobre la libertad o falta de libertad de la voluntad individual para obrar de otra manera en una circunstancia determinada (36), peligra la distinción entre la pena en su sentido tradicional y el aseguramiento en el sentido del Derecho de las medidas, y se afirma la posibilidad de aplicar tanto sanciones “mixtas” como verdaderas penas a las personas jurídicas en el marco de un proceso penal.

NOTAS.

- (1) Anteproyecto de reforma y actualización integral del Código Penal (Resoluciones M.J. y D.D.H.H. N° 303/04 y N° 736/06).
- (2) Lampe, Ernst Joachim, “Sobre la estructura ontológica del injusto punible”, Revista de Estudios Criminis, Año IV, 2004, N° 16.
- (3) Jakobs, Gunter, Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación, 2ª edición, corregida Marcial Pons, Madrid 1997, pag8/1
- (4) Baratta, Alessandro, «Integración-Prevención: Una Nueva Fundamentación de la Pena dentro de la Teoría Sistémica», en Revista Doctrina Penal, año 8, n° 29, 1985, pág. 9-26, citando a Luhmann, Niklas, *Funktionen und Folgen formaler Organisationen*, Duncker und Humblot, Berlin, 1964, pág. 54 ss; *Ausdifferenzierung des Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt/Main, 1981; *Rechtssoziologie*, 2ª ed., Westdeutscher Verlag, Opladen, 1983.
- (5) Idem. Luhmann, Niklas, *Rechtssoziologie*, 2ª ed., Westdeutscher Verlag, Opladen, 1983, pág. 84 y 97; *Ausdifferenzierung des Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt/Main, 1981, pág. 118; *Rechtssoziologie*, 2ª ed., Westdeutscher Verlag, Opladen, 1983, pág. 207 y ss.
- (6) Idem. Luhmann, Niklas, *Ausdifferenzierung des Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt/Main, 1981, pág. 113 y ss.
- (7) Friedmann, “In Defense of Corporate Criminal Liability”, en: Harvard Journal of Law the Public Policy 23 (2000), pág. 845 y ss.
- (8) Gómez-Jara Díez, Carlos, Corporate Criminal Liability: Algunas cuestiones sobre la responsabilidad penal corporativa en los E.E.U.U. Publicado en La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes. García Cavero, Percy (coordinador), Lima: ARA Editores, 2002, pág. 290 y s.
- (9) Friedmann, “In Defense of Corporate Criminal Liability”, en: Harvard Journal of Law the Public Policy 23 (2000), pág. 845 y ss.
- (10) Jakobs, Günther, Schuld und Prävention, Mohr, Tübingen, 1976, pág. 8 y ss; Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Gruridlagen und die Zurechnungslehre, De Gruyter, Berlin, New York, 1983, pág. 396 y ss.
- (11) Bacigalupo, Silvina, La responsabilidad de las personas jurídicas: un estudio sobre el sujeto del derecho penal, Capítulo III “La normativización de los conceptos dogmáticos en el marco de la teoría funcionalista de los sistemas y el concepto de sujeto del Derecho penal”, Ed. Hammurabi, 2001, pág. 153.

- (12) Lampe, Ernst Joachim, op cit. pág. 32, reconociendo a Hirsch como su principal representante.
- (13) Bacigalupo, Silvina, La responsabilidad de las personas jurídicas: un estudio sobre el sujeto del derecho penal. Publicado en La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes. García Cavero, Percy (coordinador), Lima: ARA Editores, 2002, pág. 129 y ss.
- (14) Nuñez, Ricardo, La culpabilidad en el Código Penal, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1946, pág. 24 y ss.
- (15) Ziffer, Patricia, “Acerca de los delitos cometidos por los miembros de una asociación ilícita como reflejo del cuerpo del delito”, J.A. 2003/IV fascículo N°3, pág. 28 y ss.
- (16) Así, en el art. 14 Ley 24769 (Penal Tributaria), art. 57 Ley 24051 (Residuos Peligrosos), art.144 Ley 24241 (Jubilaciones y Pensiones), art.32 inc. 5 Ley 24557 (Riesgos del Trabajo), art.46/47/48 Ley 25156 (Defensa de la Competencia), art.2 inc.f y art 12 Ley 19359 (Régimen Cambiario), art. 8 Ley 20680 (Ley de Abastecimiento, art.11 Ley 24192 (Prevención y represión de violencia en espectáculos deportivos), art. 23 inc.1 y capítulo V Ley 25246 (Lavado de activos de origen delictivo); art.43 Código Civil; arts. 876-888 (delitos) y 903/4 y 909/10 (infracciones) del Código Aduanero; art.36 Ley 23.554 (Defensa Nacional); art.13/14, 21 y ss. Ley 1.472 (Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), entre otras.
- (17) Vaervale, John, Societas/universitas delinquere ed puniri potest; la experiencia holandesa como modelo para España. Versión elaborada y actualizada, Ubijus, México, 2006, pág. 1.
- (18) Silva Sánchez, Jesús María, “La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y las Consecuencias Accesorias del art. 129 del Código Penal Español”. Publicado en La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes. García Cavero, Percy (coordinador), Lima: ARA Editores, 2002, pág. 160 y ss.
- (19) Gierke, O., citado por Bacigalupo, Silvina, La responsabilidad de las personas jurídicas: un estudio sobre el sujeto del derecho penal. Publicado en La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes. García Cavero, Percy (coordinador), Lima: ARA Editores, 2002, pág. 111 y ss.
- (20) Heine, Günter, “La responsabilidad penal de las empresas: Evolución internacional y consecuencias nacionales” (<http://www.unifr.ch>), pág. 4 y 5. Tiedemann, Klaus, Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (<http://criminet.ugr.es>), pág. 10 y ss. García Martín, L., La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas, AP 1993, pág. 601. Dannecker, Gerhard “Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en Revista Penal, pág. 47 y ss.
- (21) Ley 19.359 (Régimen Penal Cambiario) art.2 inc. f. establece: “Cuando el hecho hubiese sido ejecutado por los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia de una persona de existencia ideal, con los medios o recursos facilitados por la misma u obtenidos de ella con tal fin, de manera que el hecho resulte cumplido en nombre, con la ayuda o en beneficio de la misma, la persona de existencia ideal también será sancionada de conformidad con las disposiciones de los incisos a) y e).-
- Por su parte el art.14 del “Corpus Juris de las reglas penales para la protección de los intereses financieros en el marco de la Unión Europea” establece: 1) Los delitos definidos en los artículos 1 al 8 (Fraude al presupuesto comunitario, fraude en concursos y subastas públicas, corrupción, ejercicio abusivo del cargo, malversación, blanqueo y receptación y asociación ilícita) pueden ser también cometidos por personas jurídicas, que según la ley puedan ser sujetos jurídicos y titulares de sus propios bienes patrimoniales, cuando el hecho punible se cometa a favor de la persona jurídica por parte de uno de sus órganos, representantes o cualquier otra persona que actúe en nombre de la persona jurídica o que ostente un poder de

decisión legal o fáctica. 2) La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la penalidad de las personas físicas como autores, inductores o cómplices del mismo hecho.

(22) Bacigalupo, Silvina, La responsabilidad de las personas jurídicas: un estudio sobre el sujeto del derecho penal. Publicado en La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes. García Cavero, Percy (coordinador), Lima: ARA Editores, 2002, pág. 227.

(23) Seelmann, Kurt, Punibilidad de la Empresa: Causas, Paradojas y Consecuencias. Publicado en La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes. García Cavero, Percy (coordinador), Lima: ARA Editores, 2002, pág. 44.

(24) Ley de Abastecimiento: “Cuando las infracciones que se penan en esta ley hubieren sido cometidas en beneficio de una persona jurídica, asociación o sociedad, se le dará carácter de parte, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los autores...”

(25) Fallo Loussinian Eduardo y otra, CNPE Sala I, 06/09/1987.

(26) Orce, Guillermo, “Disolución de la persona jurídica y muerte de la persona física: dos causas análogas de extinción de la acción penal” publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, julio 2005, Ed. Lexis Nexis, pág. 972. Baigún David, en la “Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas”, pag.274, se ocupa del problema del derecho de defensa en juicio de las Personas Jurídicas. Cfr. Mir Puig, Santiago, “Una Tercera Vía en materia de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, (<http://criminet.ugr.es>), pág.16 y 17.

(27) Bacigalupo, Silvina, La responsabilidad de las personas jurídicas: un estudio sobre el sujeto del derecho penal, Capítulo III “La normativización de los conceptos dogmáticos en el marco de la teoría funcionalista de los sistemas y el concepto de sujeto del Derecho penal”, Ed. Hammurabi, 2001, pág. 159 y ss.

(28) Vervaele, John A. E. “La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica”. Versión elaborada y actualizada, Ubijus, México, 2006, pág. 5 y ss.

(29) Tiedemann, Klaus, Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (<http://criminet.ugr.es>), pág. 3 y ss.

(30) Bacigalupo, Silvina, La responsabilidad de las personas jurídicas: un estudio sobre el sujeto del derecho penal, Capítulo III “La normativización de los conceptos dogmáticos en el marco de la teoría funcionalista de los sistemas y el concepto de sujeto del Derecho penal”, Ed. Hammurabi, 2001, pág.144.

(31) De otro opinión Cesano José Daniel “Estudios sobre la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica”, pag. 155 Ediar, Buenos Aires, 2006

(32) Voto en disidencia del Dr. Zaffaroni, en Fly Machine S.R.L. s/recurso extraordinario, F.572. XL. 30/05/2006 y Aguirre Obarrio en “Apuntes sobre la Responsabilidad penal de las personas de existencia ideal, Suplemento La Ley Penal y Procesal Penal, agosto 2007, pág. 22 y ss.

(33) Aftalión, Enrique “El Derecho Penal Administrativo como derecho especial. Notas de polémica y de política criminal”, La Ley t. 75 año 1954, pág. 8.

(34) Ley 19.539 (Régimen Cambiario) art.2 inc. f. Ley 1.472 Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires art. 13 establece: “Cuando una contravención se comete en ocasión del desarrollo de actividades realizadas en nombre, al amparo o beneficio de una persona de existencia ideal, esta es pasible de las sanciones que establece este Código cuya aplicación fuera procedente, sin perjuicio de la responsabilidad de los autores/as materiales”.

(35) Vervaele, John A. E., “La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica”. Versión elaborada y actualizada, Ubijus, México, 2006, pág. 6 y ss.

(36) Engisch Karl La Teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho Penal, Editorial Bde F, 2006, pág. 99.

Bibliografía.

- Aftalión, Enrique “El Derecho Penal Administrativo como derecho especial. Notas de polémica y de política criminal”, La Ley t. 75 año 1954.
- Bacigalupo, Silvina, La responsabilidad de las personas jurídicas: un estudio sobre el sujeto del derecho penal, Capítulo III “La normativización de los conceptos dogmáticos en el marco de la teoría funcionalista de los sistemas y el concepto de sujeto del Derecho penal”, Ed. Hammurabi, 2001.
- Baigún David, “La Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas”, Ed. Depalma, Bs. As., año 2000.
- Cesano José Daniel “Estudios sobre la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica”, pag. 155 Ediar, Buenos Aires, 2006.
- Engisch Karl La Teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho Penal, Editorial Bde F, 2006, pág. 99.
- Dannecker, Gerhard “Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en Revista Penal, pág. 47 y ss.
- Fallo Loussinian Eduardo y otra, CNPE Sala I, 06/09/1987.
- Friedmann, “In Defense of Corporate Criminal Liability”, en: Harvard Journal of Law the Public Policy 23. 2000.
- Gómez-Jara Díez, Carlos, Corporate Criminal Liability: Algunas cuestiones sobre la responsabilidad penal corporativa en los E.E.U.U. Publicado en La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes. García Cavero, Percy (coordinador), Lima: ARA Editores, 2002.
- Heine, Günter, “La responsabilidad penal de las empresas: Evolución internacional y consecuencias nacionales” (<http://www.unifr.ch>), pág. 4 y 5. Tiedemann, Klaus, Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (<http://criminet.ugr.es>), pág. 10 y ss. García Martín, L., La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas, AP 1993
- Jakobs, Günther, Schuld und Prävention, Mohr, Tübingen, 1976, pág. 8 y ss; Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Gruridlagen und die Zurechnungslehre, De Gruyter, Berlin, New York, 1983
- Lampe, Ernst Joachim, op cit. pág. 32, reconociendo a Hirsch como su principal representante.
- Ley 19.359 (Régimen Penal Cambiario)
- Luhmann, Niklas, *Rechtssoziologie*, 2ª ed., Westdeutscher Verlag, Opladen, 1983, pág. 84 y 97; *Ausdifferenzierung des Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt/Main, 1981, pág. 118; *Rechtssoziologie*, 2ª ed., Westdeutscher Verlag, Opladen, 1983
- Nuñez, Ricardo, La culpabilidad en el Código Penal, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1946
- Orce, Guillermo, “Disolución de la persona jurídica y muerte de la persona física: dos causas análogas de extinción de la acción penal” publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, julio 2005, Ed. Lexis Nexos.
- Seelmann, Kurt, Punibilidad de la Empresa: Causas, Paradojas y Consecuencias. Publicado en La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes. García Cavero, Percy (coordinador), Lima: ARA Editores, 2002.
- Silva Sánchez, Jesús María, “La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y las Consecuencias Accesorias del art. 129 del Código Penal Español”. Publicado en La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes. García Cavero, Percy (coordinador), Lima: ARA Editores, 2002.
- Tiedemann, Klaus, Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (<http://criminet.ugr.es>).
- Vervaele, John A. E. “La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica”. Versión elaborada y actualizada, Ubijus, México, 2006, pág. 5 y ss.

-Ziffer, Patricia, “Acerca de los delitos cometidos por los miembros de una asociación ilícita como reflejo del cuerpo del delito”, J.A. 2003/IV fascículo N°3.