

La Ley de Responsabilidad Penal Empresaria de la República Argentina (27.401) y la Responsabilidad de la Persona Jurídica

JOSÉ DANIEL CESANO (1)

I. ALGUNAS APRECIACIONES POLÍTICO-CRIMINALES

Se ha señalado que la tarea parlamentaria, ponderada desde una dimensión diacrónica y en comparación con la labor del Poder Ejecutivo, aparece como el producto del tiempo largo, que marca su identidad y, por consiguiente, la manera en que desempeña sus funciones y las actividades que se relacionan con éstas (2).

Este tiempo largo es constitutivo de una identidad institucional, a partir de la cual se desarrollan las funciones del parlamento (3). Por el contrario, la actividad del poder ejecutivo suele distinguirse, más bien, con las necesidades del instante. En palabras de Basile Ridard «Le rythme politique semble ainsi varier dans de proportions importantes selon qu'il s'inscrit dans le cadre de Parlement ou au-delà» (4).

(1) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor de Posgrado en la Carrera de Especialización de Derecho Penal (U.N. de Córdoba) y en la Maestría en Derecho Penal (U. Austral). Vicedirector del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires.

(2) CARTIER, Emmanuel, «Le Parlement et la durée», en AA. VV., *Le Parlement et le temps. Approche Comparée*. Sous la direction scientifique de Giles Toulemonde et Emmanuel Cartier, Institut Universitaire Varenne, Collection Colloques & Essais, 2017, p. 41.

(3) CARTIER, «Le Parlement et la durée», *op. cit.*, p. 42.

(4) *cf.*: «L'activité parlementaire et l'instant», en, *Le Parlement et le temps...*, *op. cit.*, p. 77.

Esta descripción, sin embargo, exige, actualmente, una precisión: estos ritmos jurídicos diversos, hoy, suelen desdibujarse; de manera tal que aquella tarea reposada de los tiempos parlamentarios se ven jaqueadas con estos ritmos del ejecutivo; que se caracterizan por priorizar el instante. Matarella lo ha dicho con una prosa elegante: «I parlamentari sono continuamente impegnati a convertire rapidamente decreti legge governativi scritti frettolosamente, e la settimana parlamentare é sempre piú breve. Le manovre economiche vengono approvate a scatola chiusa, magari sulla base di maxi emendamenti presentati alla fine della discussione parlamentare. Perfino i lobbyisti trascurano i parlamentari e preferiscono concentrare le loro attenzioni sui ministri e sui loro collaboratori» (5).

¿Por qué hacemos estas referencias?

Simplemente porque, en estas páginas nos proponemos describir aspectos de la reciente ley 27.401, que introdujo en Argentina, la responsabilidad penal de la persona jurídica; descripción que, en algunas cuestiones, lamentablemente, permite apreciar los efectos desfavorables que puede producir una sanción apresurada de un producto normativo; premura que no parece tener un justificativo racional, sino, más bien, ser el resultado de la presión de grupos económicos internacionales –en este caso la OCDE– que no sólo marcan la agenda legislativa sino que, además, catalizan sus productos normativos con notas de preponderancia.

II. NATURALEZA Y CARACTERES DE LA RESPONSABILIDAD

A diferencia de lo sucedido con las reformas al Código Penal argentino por las leyes n.º 26.683 y 26.733, la Ley de Responsabilidad Penal Empresarial, n.º 27.401, introdujo un verdadero sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas. Actualmente, aquellas discusiones que se produjeron en relación a los artículos 304 y 313 del Código, en orden a la naturaleza de la responsabilidad que dichos textos establecían, han perdido su razón de ser (6).

(5) MATTARELLA, Bernardo Giorgio, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Il Mulino. Studi e Ricerche, Bologna, 2011, Capitolo Secondo, Versión kindle, posición 497.

(6) Sobre esta discusión, *cfr.* CESANO, José Daniel, «Las sanciones a las personas jurídicas en las leyes 26.683, 26.733 y 26.734», *Revista de Derecho Penal. Dere-*

En efecto, la conjunción de argumentos lingüísticos, sistemáticos y genéticos, nos permiten afirmar que la ley 27.401 implicó un abandono del viejo principio *Societas delinquere non potest*.

Lingüísticamente porque los artículos 1.º, 2.º y 7.º de la citada ley, utilizan expresiones idiomáticas que se identifican con esta forma de responsabilidad (penal); especialmente en orden a las consecuencias jurídicas establecidas; las que, a diferencia del mencionado artículo 304 del Código penal, ya no hablan de *sanciones* sino, directamente, de *penas*.

Desde una perspectiva sistemática, también parece claro que la nueva ley alude a una forma de responsabilidad penal en la medida que, al modificar el artículo 1.º del Código penal, amplió el ámbito de la aplicación espacial de la ley penal para el caso del delito previsto en el artículo 258 bis, del mismo cuerpo legal, cometido en el extranjero, por *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. La previsión, reconoce así, que la figura delictiva del Cohecho y tráfico de influencias transnacional puede tener como agente a una corporación, lo que ratifica la naturaleza penal de la responsabilidad que se establece.

Finalmente, el análisis de los antecedentes parlamentarios –más allá de la notable precariedad que los caracterizan– también ofrece argumentos en esta dirección. Por ejemplo, en la primera intervención de la Cámara de Diputados, hay un pasaje de la alocución de la legisladora María Gabriela Burgos que es esclarecedora de este aspecto; en tanto, su argumentación se encarga de contrastar la realidad normativa vigente al tiempo de la propuesta con lo que el proyecto presentado representaba: «En la República Argentina» –dijo la diputada– «no existía una pena para los delitos contra la administración pública, destinada a las personas jurídicas; solamente se aplica a las personas humanas, a las personas físicas» (7); reconociendo, además, que esta iniciativa «tampoco es una novedad a nivel internacional porque son muchos los países que hoy en día han dado cumplimiento a la normativa internacional»; en referencia a las recomendaciones de la OCDE.

Ahora bien, el sistema de responsabilidad penal que establece la ley Argentina es de carácter especial; entendiendo por tal a aquellos

cho Penal Económico. Delitos contra el orden económico y financiero (Título XIII del Código Penal) – I, Rubinzal – Culzoni Editores, 2015– 1, Santa Fe, pp. 41/67.

(7) Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Período 135.º, 11.ª Reunión, 7.ª Sesión, Sesión Ordinaria (Especial), 28 de junio de 2017, p. 24.

sistemas en los cuales la posibilidad de imputar a las corporaciones queda legalmente limitada a un determinado *numerus clausus* de delitos; rechazando algunas experiencias legislativas extranjeras, como es el caso, por ejemplo, de Holanda, que adoptó un modelo diverso al aceptar la responsabilidad de las personas jurídicas por cualquiera de las infracciones previstas en su legislación penal. En el caso de la ley argentina, el artículo 1.º circunscribe este régimen a los siguientes delitos: a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, previstos por los artículos 258 y 258 bis del Código Penal; b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previstas por el artículo 265 del Código Penal; c) Concusión, prevista por el artículo 268 del Código Penal; d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previsto por los artículos 268 (1) y (2) del Código Penal y e) Balances e informes falsos agravados, previsto por el artículo 300 bis del Código Penal.

Una cuestión de interés se vincula con las entidades penalmente responsables. Nieto Martín y García Moreno, han señalado que el Derecho comparado muestra que este concepto está sometido «a un buen número de modificaciones, restricciones y ampliaciones a la hora de diseñar el ámbito subjetivo de la responsabilidad» (8); verificándose aspectos divergentes que reflejan importantes problemas de política criminal y técnicos.

La ley sancionada concreta las entidades penalmente responsables en las «personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal».

Tres cuestiones parece conveniente precisar en relación a este aspecto:

Por una parte, que quedan excluidas –como de hecho sucede, por regla, en el derecho extranjero– las personas jurídicas públicas, de acuerdo a la clasificación y enumeración taxativa que surge de los artículos 145 y 146 del Código Civil y Comercial de la república Argentina.

En segundo lugar, dentro del concepto de persona jurídica privada, la ley argentina no excluye a ninguna entidad y tampoco diferencia los sujetos en atención a las dimensiones del ente ideal. Este último dato es relevante; especialmente si tenemos en cuenta lo que sucediera con el despacho de la mayoría, aprobado por la Comisión

(8) NIETO MARTÍN, Adán – GARCÍA MORENO, Beatriz, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una visión desde el derecho comparado y europeo», en Marcelo A. RIQUERT (Director), *Insolvencias punibles y delitos contra el orden económico y financiero*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2017, pp. 456/457.

de Legislación Penal y de Legislación General, de la Cámara de Diputados de la Nación, que excepcionaba, de entre las entidades responsables, a las pequeñas y medianas empresas (en adelante PyMEs) (9); texto que mereció una crítica, en la reunión de comisión de la Cámara de Senadores, por parte de la Licenciada Laura Alonso, titular de la Secretaría de ética Pública, Transparencia y Lucha contra la Corrupción del gobierno nacional, quien había tenido una intervención protagónica en el anteproyecto que remitiera el Poder Ejecutivo Nacional (10).

Esta omisión es muy delicada (11) porque, por regla, las PyMEs se caracterizan por manejarse con cierta informalidad y sus capacidades de administración se encuentran limitadas. Laura Lavia ha señalado que «la implantación y desarrollo de una cultura de cumplimiento es mucho más difícil para las PyMEs que para las grandes empresas, dado que no tienen personal capacitado y cuentan con fondos limitados para contratar especialistas o profesionales que los asistan en estos procesos. Por otra parte, las normas que establecen el cumplimiento de requisitos u obligaciones son de compleja interpretación y, adicionalmente, muchos reguladores imponen exigencias formales que encarecen y hacen engorroso el cumplimiento» (12). En tal sentido, no puede perderse de vista que las PyMEs son empresas pequeñas, con características económicas propias, objetivos diferenciados de corto y mediano plazo y organización burocrática simple (13). Esto, necesariamente, debió ser atendido por el legislador; sobre todo

(9) Decía el artículo 2.º, *in fine*, del texto contenido en dicho despacho: «Esta última disposición no será aplicable a aquellas personas jurídicas establecidas en los términos de la ley 25.300, de fomento para la micro, pequeña y mediana empresa, o aquella que la reemplace». *Cfr.* Cámara de Diputados de la Nación, Sesiones Ordinarias 2017, Orden del Día N.º 1367, 15 de junio de 2017, p. 1.

(10) ALONSO, expresamente, señaló: «Las pymes no tienen por qué ser excluidas» (*cfr.* *Cfr.* Versión Taquigráfica, 1.º de agosto de 2017, Publicación de la Dirección General de Taquígrafos, p. 16).

(11) Personalmente destacamos esta cuestión, frente al texto que aprobara el Senado de la Nación. Al respecto, *cfr.* CESANO, José Daniel, «De paseo por las Cámaras... (Observaciones al sistema de penas en el proyecto de ley de responsabilidad penal empresaria aprobado por la Cámara de Senadores de la Nación)», *Revista de Derecho Penal. Derecho Penal Económico. Delitos contra el orden económico y financiero (Título XIII del Código Penal) – VI*, Rubinzal-Culzoni Editores, 2017– 2, Santa Fe, pp. 58 y 60.

(12) LAVIA, Laura, «Desafíos en materia de compliance: Diseño e implementación de un programa de compliance eficaz», en Francisco CASTEX (Director) – Andrés M. DUBINSKI – Sebastián MARTÍNEZ (Coordinadores), *Responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance*, Ed. Ad – Hoc, Bs. As., 2018, p. 180.

(13) *Cfr.* RASPALL, Miguel Ángel – RASPALL, María Laura – RUBIOLO, Miguel Rubén, *Transferencia de empresas*, Ed. Astrea, Bs. As., 2017, p. 26.

frente a las altas exigencias que representan los programas de cumplimiento que diseña la propia ley que analizamos.

Finalmente, un problema que también merece atención es el de las transformaciones que pudiese experimentar la persona jurídica como consecuencia de su reorganización.

Trasladando la cuestión al ámbito del Derecho societario, el concepto de reorganización alude «al conjunto de operaciones que, de manera alternativa o acumulativa, permiten reconfigurar la estructura jurídica de las sociedades comerciales, uniendo o desuniendo organizaciones jurídicas y económicas, en pos de alcanzar diversos objetivos empresariales» (14). La reorganización se origina en la permanente evolución y modificación de las circunstancias por las cuales atraviesan las sociedades. La fusión y la escisión «se insertan en los denominados procesos de reorganización societaria que regulan una mejor asignación de recursos económicos y funcionales de dos o más empresas» (15).

Estos fenómenos han merecido en la ley argentina una solución concreta; distinguiendo las transformaciones que derivan de algún instituto jurídico de reorganización regulado por el derecho societario de aquéllas que no se vinculan directamente con estos mecanismos.

En relación a la primera situación, el artículo 3.º, 1.º párrafo, de la ley 27.401, resuelve la cuestión en los siguientes términos: «En los casos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria, la responsabilidad de la persona jurídica es transmitida a la persona jurídica resultante o absorbente».

Hay transformación cuando una determinada sociedad, definida según alguno de los tipos establecidos, adopta otro de los tipos previstos por el Capítulo II de la ley 19.550. En tal caso, según la previsión del artículo 74 de la Ley General de Sociedades, en ente que se transforma no se disuelve ni se alteran sus derechos y obligaciones.

La fusión comprende dos situaciones: a) cuando dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse, para constituir una nueva y b) cuando una ya existente incorpora a una u otras, que sin liquidarse son disueltas.

En tales casos, la nueva sociedad o la incorporante «adquiere la titularidad de los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas,

(14) Cfr. GEBHARDT, Marcelo (Director) – ROMERO, Miguel Álvaro (Coordinador), *Sociedades. Según la reforma de la ley 26.994*, Ed. Astrea, Bs. As., 2016, p. 173.

(15) RASPALL, Miguel Ángel – RASPALL, María Laura – RUBIOLLO, Miguel Rubén, *Transferencia de empresas, op. cit.*, p. 404.

produciéndose la transferencia total de sus respectivos patrimonios al inscribirse en el Registro Público de Comercio el acuerdo definitivo de la fusión y el contrato o estatuto de la nueva sociedad, o el aumento de capital que hubiere tenido que efectuar la incorporante» (artículo 82, 2.º párrafo, ley 19.550).

Por su parte, la escisión, según el artículo 88 de la ley 19.550 se verifica cuando: a) una sociedad, sin disolverse, destina parte de su patrimonio para fusionarse con sociedades existentes o para participar con ellas en la creación de una nueva sociedad; b) una sociedad, sin disolverse, destina parte de su patrimonio para constituir una o varias sociedades nuevas; o c) una sociedad se disuelve sin liquidarse para constituir con la totalidad de su patrimonio nuevas sociedades.

La ley 27.401 ha receptado aquí una suerte de *responsabilidad sucesiva*; solución normativa que las fuentes utilizadas por el legislador argentino han receptado claramente. En efecto, en el caso del Código penal español, su artículo 130.2.1.º párrafo, así lo hizo al preceptuar que: «La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión»; facultando al órgano jurisdiccional que, para estos supuestos, «podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella».

Lo mismo sucede en el derecho norteamericano para el caso de los *mergers*. Con tal expresión, el derecho societario estadounidense entiende la fusión de dos *corporations* entre sí; integrándose en una sola entidad. En la actualidad, según señala Villegas García, en la mayor parte de las jurisdicciones estatales «las entidades resultantes de estos procesos asumirán las obligaciones y las responsabilidades de las entidades que se disuelvan como consecuencia de los mismos» (16).

La solución adoptada por la ley argentina, para tales casos, ha sido juzgada como razonable al «darle eficacia a la norma y evitar cualquier evasión del cumplimiento de las penas» (17); afirmación con la que coincidimos por cuanto, como lo ha sostenido el Tribunal de Jus-

(16) VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*, Thomson Reuters – Aranzadi, Navarra, 2016, p. 266.

(17) CASTEX, Francisco – DUBINSKI, Andrés M., «La nueva ley 27.401 y la responsabilidad penal empresarial», en CASTEX (Director) – DUBINSKI – MARTÍNEZ

ticia de la Unión Europea, en relación al derecho sancionador de la competencia, «[s]i se excluyera la trasmisión de dicha responsabilidad, una fusión constituiría un medio para que una sociedad escapara de las consecuencias de las infracciones que hubiera cometido (...)» (18).

Finalmente, el párrafo 2.º, del citado artículo 3.º de la ley 27.401, clausura las cuestiones referidas a este aspecto de la temática analizada, regulando aquellas situaciones que, sin importar un estricto caso de reorganización jurídica expresamente previsto por la ley mercantil, se relacionen con alguna forma posible de mutación, como podría ser una sustitución del nombre de la corporación (19), previendo que, para dichas hipótesis, subsista 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».

III. LOS MODELOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

Determinada la naturaleza y algunos caracteres de la responsabilidad que ha establecido la ley argentina, debemos ahora indagar cual es el modelo al que responde el sistema legal previsto en ella.

La doctrina científica viene individualizando tres grandes modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas (20).

El primero, al que denominaremos de *responsabilidad derivada*, también conocido como de *transferencia* o *vicarial*, se caracteriza porque «hace recaer sobre la persona jurídica la responsabilidad penal

(Coordinadores), *Responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance*, *op. cit.*, p. 26.

(18) TJUE, Sala Quinta, Asunto C-343/13; citado por NIETO MARTÍN – GARCÍA MORENO, «La responsabilidad (...)», *op. cit.*, p. 461.

(19) Señala MUGUILLO, Roberto Alfredo, *Derecho societario*, Ed. Thomson Reuters – La Ley, Bs. As., 2017, p. 54: «El nombre (razón o denominación social) es el atributo identificatorio por excelencia de la sociedad como persona y como tal interesa no sólo a ésta y a los socios, sino también al orden jurídico en general. Por ello no es posible considerar el nombre comercial pura y exclusivamente como un derecho subjetivo de las personas jurídicas, sino también como un instituto de policía civil, regulado en función de los intereses jurídicamente protegidos, cuales son la seguridad y la estabilidad de las relaciones contractuales».

(20) NIETO MARTÍN – GARCÍA MORENO, «La responsabilidad penal...», en RIQUERT, (Dirección), *Insolvencias punibles...*, *op. cit.*, p. 465.

de una persona natural, en virtud de algún criterio de conexión entre una y otra, generalmente la circunstancia de ser la persona natural órgano o al menos subordinado del ente moral» (21). En este sistema suele ubicarse, por ejemplo, al código penal francés; tal cual consagra originariamente (22) a la responsabilidad penal de las personas morales (art. 121-2, al. 1).

Un segundo modelo es el de *responsabilidad autónoma u originaria*, en virtud del cual «la responsabilidad surge directamente de una conexión entre el hecho prohibido y una característica de (o un cierto estado de cosas en) la entidad, siendo irrelevante la eventual responsabilidad de una persona natural» (23). Según Pradel, este modelo ha sido consagrado en la legislación holandesa, belga y suiza (24), entre otros. Asimismo, se considera que, en 1998, *Tiedemann incorporó* aspectos de esta concepción en la discusión alemana a partir de la «culpa organizativa como base de la multa al ente colectivo», a partir de la lesión de deberes prevista por el parágrafo 30 de la Ordenanza Federal de Infracciones al Orden. «Esta prescripción establecía la vinculación entre la conducta del directivo y la imposición de una multa a la persona jurídica basada en una auténtica violación del deber de organización de la propia corporación (...)» (25).

(21) HERNÁNDEZ, Héctor, «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile», *Polít. crim.* Vol. 5, N.º 9 (Julio 2010), Art. 5, p. 216. Disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf. Accedido: 05/05/2018.

(22) Hacemos esta aclaración porque la ley del 12 de julio de 2000 ha modificado los artículos 121-2 y 121-3, dando lugar a la introducción de un caso posible de responsabilidad de la persona jurídica basado en el defecto de la organización. Al respecto, *cfr.*, PRADEL, Jean, *Droit Pénal Comparé*, 4e edition, Dalloz, Paris, 2016, p. 190.

(23) HERNÁNDEZ, «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile», *op. cit.*, p. 216. Parte de las aportaciones que nutren a este modelo provienen de posiciones teóricas que adoptan una concepción respecto de las corporaciones tributaria de los sistemas sociales autopoieticos. En efecto, como lo señala GÓMEZ-JARA DÍEZ «la concepción de la empresa como sistema autopoietico, esto es, como sistema autónomo que se autoconduce, proporciona importantes elementos para afirmar la responsabilidad de la propia empresa por dicha autoconducción» (*Cfr.* GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, B de F, Montevideo – Bs. As., 2010, p. 119). También, en la doctrina española, realiza interesantes aportes vinculados con la idea de autoregulación de la empresa, Bernardo FEJOO SÁNCHEZ, *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Ed. B de F, Montevideo – Bs. As., 2009, pp. 49 y ss.).

(24) PRADEL, *Droit Pénal Comparé*, *op. cit.*, pp. 194/195.

(25) ZYSMAN QUIRÓS, Diego, «Compliance, responsabilidad y castigo a las personas jurídicas. Breve genealogía de las reformas a partir de las US Sentencing

Finalmente se describe un *modelo mixto* que incluye elementos propios de ambos sistemas. Tal modelo suele partir del esquema vicarial de responsabilidad empresaria «pero, a su vez, dado el caso (la existencia de una declaración o veredicto de culpabilidad por el hecho) toman en consideración la culpabilidad de la propia persona jurídica o corporación para agravar o atenuar el castigo a imponer en el proceso de determinación de la pena. En estos casos la medición punitiva se vuelve central por sobre los criterios de atribución corporativa» (26).

Podríamos adscribir a este último modelo, entre otros sistemas jurídicos, al norteamericano.

El sistema de imputación en la jurisdicción federal en Estados Unidos «descansa en un modelo de responsabilidad por el hecho de otro, «donde lo que existe es una transferencia de responsabilidad desde el representante o empleado de la persona jurídica que comete el delito, a esta misma; que es culpable del hecho porque lo es aquél» (27). Esta transferencia –expresa Villegas García– «no implica la extinción de la responsabilidad del propio directivo o empleado; como tampoco, y a la inversa, la condena penal de la persona jurídica exigirá la de la persona física, pues será posible la condena de unas de estas entidades sin que a su vez se condene a la persona física en cuestión, sin la que ni siquiera se tendrá que haber formulado acusación. De hecho, porque esta es la idea esencial que subyace en el modelo, uno de los problemas fundamentales que se plantea es cómo trasladar el *state of mind* exigido por el delito de la persona física a la jurídica» (28).

Sin embargo, se describiría insuficientemente este modelo si nos quedásemos con el aspecto recién explicitado. En efecto, el sistema norteamericano federal tampoco es ajeno a cuál ha sido el propio comportamiento de la persona jurídica. «La culpabilidad de la organización aparece como elemento a valorar a la hora de individualizar la pena, convirtiéndose así en la medida de la sanción. Así lo disponen las *sentencing guidelines* para organizaciones, donde esta culpabilidad se graduará en función de factores como la colaboración con las autoridades o el hecho de que la entidad se hubiera dotado o no de algún programa de cumplimiento o *compliance program*» (29).

Guidelines para corporaciones», *Ius Puniendi. Sistema penal integral*, Año I, N.º 6, ene.-feb. 2018, ISSN: 2410-5759, p. 318.

(26) ZYSMAN QUIRÓS, «Compliance, responsabilidad y castigo a las personas jurídicas. Breve genealogía de las reformas a partir de las US Sentencing Guidelines para corporaciones», *op. cit.*, p. 318.

(27) VILLEGAS GARCÍA, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 292.

(28) VILLEGAS GARCÍA, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 292.

(29) VILLEGAS GARCÍA, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 292-293.

Las *United States Sentencing Guidelines (U.S.S.G.)* de los EE. UU, vigente desde 1991 y modificada en diversas ocasiones, se constituye en un punto de inflexión para cualquier estudio sobre la genealogía reciente de la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues se entiende que, entre otros aspectos, marcó las exigencias de la OCDE de *Good Practice Guidance* y constituyó, además, no obstante sus diferencias, una fuente de inspiración de las legislaciones italiana y austríaca (30).

¿Es posible adscribir la ley argentina a algunos de los modelos descritos?

Consideramos que el texto aprobado optó por un modelo mixto. Esta opinión es compartida, aún cuando con matices argumentativos, por parte de un significativo sector de la doctrina argentina; cual sucede con Francisco Castex y Andrés M. Dubinski (31), Guillermo J. Yacobucci (32),

(30) ZYSMAN QUIRÓS, «Compliance, responsabilidad y castigo a las personas jurídicas. Breve genealogía de las reformas a partir de las US Sentencing Guidelines para corporaciones», *op. cit.*, p. 318.

(31) CASTEX, Francisco – DUBINSKI, Andrés M., «La nueva ley 27.401 y la responsabilidad penal empresarial», en Francisco CASTEX (Director) – Andrés M. DUBINSKI – Sebastián MARTÍNEZ (Coordinadores), *Responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance*, Ed. Ad – Hoc, Bs. As., 2018, p. 25. Estos autores, si bien a partir del artículo 6 de la ley, argumentan que dicha previsión introduce «el elemento de autonomía de la responsabilidad penal de las personas jurídicas»; aclaran que «no la podemos entender en sentido estricto, es decir, no es responsabilidad directa».

(32) YACOBUCCI, Guillermo J., «La empresa como sujeto de imputación penal», *Diario La Ley*, 27/11/2017, p. 1 y ss. Dice el autor: «El enunciado de la nueva ley busca salvar uno de los primeros escollos que se suscitan, al menos en la tradición continental, cuando se analiza esta imputación de cara al principio de culpabilidad penal. Dentro de las exigencias básicas de este principio, se incluye la necesidad de que los sujetos respondan por aquello que está dentro de su propia competencia, no la de otros. Si respondiera por hechos ajenos, en verdad, estaría asumiendo una función vicarial, pues se terminaría haciendo cargo de lo que corresponde a terceros. Por eso, en el texto legislado, se indica que la persona jurídica será responsable por aquellos delitos que se han previsto taxativamente –no por el entero catálogo de la Parte Especial– cuando se hubieren realizado, directa o indirectamente, “con su intervención”, “en su nombre”, “interés” o “beneficio”. Sin embargo, también se integran los casos donde aquel que hubiere actuado en “beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita”».

Diego Zysman Quirós (33), Rodolfo G. Papa (34) y Alejandro Carrió y Maximiliano Reussi (35).

¿En base a qué sostenemos esta adscripción?

Por de pronto es posible individualizar en la ley un fuerte componente a favor de un sistema de responsabilidad autónoma. Esto surge del propio artículo 6.º en tanto establece la independencia de las acciones al disponer que «La persona jurídica podrá ser condenada aún 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».

Es cierto que, el obstáculo señalado, es de carácter procesal. Sin embargo, el artículo 2.º, en su primer párrafo, contiene otro elemento que se identifica con la responsabilidad autónoma al prever que: «Las personas jurídicas son responsables por los delitos previstos en el artículo precedente que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio». Precisamente, a partir de este precepto, Yacobucci señala que con «la inclusión del término “intervención” se pretende señalar que ha sido

(33) ZYSMAN QUIRÓS, «Compliance, responsabilidad y castigo a las personas jurídicas. Breve genealogía de las reformas a partir de las US Sentencing Guidelines para corporaciones», *op. cit.*, p. 319. Este autor, luego de señalar la ascendencia del modelo mixto al momento de legislar sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica expresa: «A pesar de las grandes diferencias que existen entre estos textos y (no pueden ser evaluadas aquí) en estos términos también ha comenzado a entenderse la Ley 20.393 de 2009 (Chile), la reciente reforma legal de Perú en materia de la llamada «responsabilidad administrativa» del ente en materia de corrupción (Ley 30.424 de 2016) (...016) y también la responsabilidad claramente penal de Argentina (Ley 24.701, del 2017) en materia de delitos de soborno nacional y transnacional que otorga una gravitación central a la responsabilidad autónoma para la determinación de la pena».

(34) PAPA, Rodolfo G., «Los pilares y elementos estructurales de la ley 24.701», en Nicolás DURRIEU y Raúl R. SACCANI (Directores), *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria*, Thomson Reuters – La Ley, Bs. As., 2018, p. 19: «En lo que respecta al sistema de atribución de responsabilidad penal adoptado, la ley 24.701 ha asumido una situación especial, no es ni propiamente autónoma respecto de aquella del sujeto real, ni exclusivamente vicarial (se haría cargo de cualquier actuación de esos individuos)».

(35) CARRIÓ, Alejandro – REUSSI, Maximiliano, «La responsabilidad penal de la persona jurídica. Una norma fundamental que deja más dudas que certezas», en *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria, op. cit.*, p. 40: «El sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica establecido en nuestra ley 24.701 no es plenamente autónomo ni vicarial. Se trata de un modelo mixto que presenta sus particularidades y problemáticas».

la propia entidad jurídica la que ha “obrado”. Es decir, remite a una responsabilidad por el hecho propio. Intervenir debe entenderse en términos normativos como “tomar parte o hacer suyo” el hecho» (36).

A favor de esta interpretación concurre un argumento de carácter comparativo; cual es la fórmula empleada en dos de los textos que, según los propios trabajos parlamentarios de la ley analizada, fueron tenidos como fuente; concretamente las legislaciones española y chilena (37).

En efecto, por una parte, el artículo 31 bis del Código penal español, texto según Ley Orgánica n.º 1, del 30 de marzo de 2015, expresamente exige un hecho de conexión con la persona humana al expresar que la responsabilidad de la corporación se evidencia en los delitos «cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma» (art. 31 bis, 1, a) (38).

Algo similar sucede con la legislación chilena (Ley 20.393, del año 2009) que conforme a su art. 3.º, y en la interpretación realizada por calificada doctrina, establece como uno de los requisitos de la responsabilidad penal al siguiente: «Que el delito haya sido cometido por personas pertenecientes a un determinado círculo que la propia ley define, a saber, los dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes de la empresa o quienes realicen actividades de administración y supervisión en ella, o bien por otras personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de dichos sujetos» (39).

Ahora bien, de lo dicho hasta aquí no puede concluirse que, en todos los casos, el sistema de imputación diseñado por la nueva ley argentina pueda desvincularse del soporte humano de un *hecho de conexión*. En

(36) YACCOBUCCI, Guillermo J., «La empresa como sujeto de imputación penal», *op. cit.*, p. 2.

(37) Así lo expresó Mora Kantor en la reunión de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales de la Cámara de Senadores de la Nación. *Cfr.* Versión Taquigráfica, 1.º de agosto de 2017, Publicación de la Dirección General de Taquígrafos, p. 18.

(38) Semánticamente la diferencia entre el texto argentino y el español aparece clara: en tanto que la ley española, sin perjuicio de algunas críticas de *lege ferenda*, requiere la ineludible exigencia «de un hecho de conexión en la medida en que lógicamente sin este no hay hecho tampoco de la persona jurídica misma» (cfme. GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Thomson Reuters – Aranzadi, Navarra, 2.ª edición, Navarra, 2015, p. 79); la previsión argentina no incluye aquella prescripción literal.

(39) HERNÁNDEZ, «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile», *op. cit.*, p. 218.

efecto, el 2.º párrafo del artículo 2.º, consagra una hipótesis en donde requiere este punto de contacto al indicar que las corporaciones son responsables cuando «quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita». La forma idiomática con que se inicia el párrafo («También», dice la norma) permite saturar el argumento sistemático con el lingüístico; en el sentido que el empleo del adverbio está indicando un caso de responsabilidad que se relaciona *con otro* (el del 1.º párrafo) aunque de una naturaleza distinta, al ya nombrado.

Por otra parte, igualmente puede observarse un caso de responsabilidad transferida o vicarial en la hipótesis de transformación jurídica de una corporación. En efecto, hemos visto que, según la Ley General de Sociedades Comerciales, la fusión se verifica cuando dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse, para constituir una nueva o cuando una ya existente incorpora a una u otras, que sin liquidarse son disueltas. En ambos casos, cuando se exige responsabilidad respecto a una entidad nueva, resultante de un proceso de fusión, se trata de una responsabilidad imputable a entidades distintas a aquellas disueltas como consecuencia del proceso. De manera que la responsabilidad de estas últimas (las sociedades disueltas), se traslada a la nueva entidad resultante de la fusión, que la asume como propia (40).

Ahora bien, que la legislación argentina adopte un modelo mixto, no quiere decir que esto sea el producto de una reposada actividad legislativa que haya arribado, tras meditado estudio, a una adopción consiente de lo que, finalmente, se sancionó.

A nuestro ver, esta reforma aparece como el producto de acuerdos parlamentarios, con fuerte incidencia del Poder Ejecutivo y, en donde, se ha llegado a un texto que presenta, al momento del diseño del modelo de imputación al que adscribe, ciertas inconsecuencias.

Ya en la reunión de Comisión que tuvo lugar en el Senado, el 1.º de agosto de 2017 –único espacio en donde se dio una relativa intervención a algunos expertos–, el Director Nacional de Política Criminal, Carlos González Guerra, señaló que la definición de este aspecto podía tener únicamente dos alternativas; que se concretaban en la responsabilidad vicarial o la responsabilidad por defecto de organización. En su exposición, González Guerra advirtió que el anteproyecto del Poder Ejecutivo se basaba en una responsabilidad por defecto de organización; en tanto

(40) En la jurisprudencia norteamericana esta situación fue analizada en el precedente «Melrose Distiller v. United States» (359, U.S. 271[1959]). Según Villegas García, *La responsabilidad criminal...*, *op. cit.*, p.287, éste es un caso de responsabilidad vicarial.

que el que obtuvo media sanción en Diputados, se perfilaba más como un sistema vicarial (41). Pues bien, de acuerdo a lo que venimos exponiendo hasta aquí, el texto finalmente sancionado representa la asunción de un modelo mixto; pero un modelo mixto muy particular; porque parte de déficit de organización y luego pretende atemperar uno de sus componentes –la culpabilidad propia de la empresa– con algunos casos que exigen un punto de conexión con el soporte humano. Normalmente, los sistemas mixtos que hemos descrito parten un razonamiento inverso: primero, la conexión personal y, luego, para graduar la pena, le asignan un importante rol a los programas de cumplimiento. Y esto tiene una trascendencia práctica importante, especialmente a partir de la exención de pena que prevé el artículo 9 de la ley; norma que enfatiza, especialmente a través de sus dos primeros incisos, la gravitación que tiene el cumplimiento de programas, así como la actitud de la empresa en orden a facilitar la investigación penal a su interior. Al ser esto así, pasaría a un segundo plano ese punto de conexión personal que caracteriza a un sistema vicarial y esto, a su vez, contribuiría, al menos fácticamente, a cierta cuota de impunidad de quienes dirigen las empresas.

IV. LAS PENAS

El artículo 7.º de la ley que analizamos establece las penas que pueden ser aplicadas a las personas jurídicas. Según el texto promulgado éstas son las siguientes:

- 1) Multa de dos (2) a cinco (5) veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener;
- 2) Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años;
- 3) Suspensión para participar en concursos 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 personería 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; y

(41) *Cf.*: Versión Taquigráfica, 1.º de agosto de 2017, Publicación de la Dirección General de Taquígrafos, p. 9.

5) Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

Existen distintas cuestiones que parece necesario analizar en relación a estas penas; algunas, de carácter general y vinculadas con la forma de conminación, y otras particulares a cada una de las sanciones.

Por un parte queda claro que, por el principio de legalidad penal (art. 18 C.N.), éstas son las únicas penas que los jueces podrán aplicar a las personas jurídicas. Se trata de un elenco cerrado, entre las cuáles se deberá escoger jurisdiccionalmente la más apropiada desde la perspectiva de la función político criminal que debe cumplir.

Por el contrario, no se visualiza la misma claridad cuando se trata de precisar sí, los jueces deben seleccionar sólo una o, por el contrario, están autorizados a una aplicación conjunta de varias de las sanciones que se establecen. Pareciera que es posible aplicar más de una pena; excepto en el caso en que el magistrado decidiera imponer la pena de disolución y liquidación de la corporación, la cual, por el efecto jurídico que produce, resulta incompatible con la imposición de otra pena.

Sostenemos esta interpretación partir de dos argumentos: uno, de carácter genético y, el otro, de naturaleza comparativa.

En efecto, si observamos el tratamiento parlamentario de esta cuestión, podremos observar que, cuando la ley obtuvo media sanción en la Cámara de Diputados, se previó un sistema combinado; esto es: una pena obligatoria (la multa) y las otras facultativas y/o complementarias. Este sistema fue abandonado en el Senado; estableciéndose el sistema que actualmente nos rige.

Desde la perspectiva del Derecho comparado, el texto de Diputados se aproximaba al modelo español, en donde la «ley la ley distingue claramente entre la multa –de imposición obligatoria en los supuestos del art. 31 bis– y el resto de las sanciones –de imposición potestativa–» (42). Esta distinción, lingüísticamente no se ha formulado; con lo cual, debe entenderse que el magistrado posee una cuota de discrecionalidad en esta materia; pudiendo aplicar, de acuerdo a las pautas de graduación de la pena, una única sanción o varias combinadas.

Pese a lo recién expresado, consideramos que hubiese sido de buena técnica legislativa, aclarar expresamente esta posibilidad.

Detengámonos ahora en las penas en particular.

(42) Cfr: GOENA VIVES, Beatriz, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 94.

a) La primera sanción prevista es la multa. El inciso 1.º del texto sancionado se aparta del sistema de cuantificación de multa global (43); determinando el *quantum* sancionatorio, con un sistema que se asemeja al que estableciera el artículo 304 del Código penal vigente. El precepto en cuestión, refiere que la multa oscilará entre dos (2) a cinco (5) veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener.

La utilización de esta pauta tiene la ventaja de no requerir la actualización permanente de los montos de la sanción pecuniaria; actualización que resulta inexorable cuando aquéllos se establecen a través de sumas de dinero (multa global), sujetas a las variaciones de los valores monetarios, provocadas por los procesos inflacionarios (44).

En orden a su individualización judicial, más allá de los criterios generales establecidos por el 1.º párrafo del artículo 8.º (sobre el cual, luego, nos detendremos), el párrafo 4.º del mismo precepto contiene una previsión especial según la cual: «El juez podrá disponer el pago de la multa en forma fraccionada durante un período 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». Se trata de un resguardo necesario frente a uno de los problemas que puede plantear esta sanción. Concretamente los posibles daños colaterales, respecto de los empleados y su fuente de trabajo, que puede llegar a provocar (45). En tal sentido, la imposición de una multa muy elevada puede poner en riesgo – por los desequilibrios económicos que provoque en una empresa pequeña – su existencia misma; de allí que, esta previsión atempera aquellos efectos no deseables. Quizá, en este sentido, hubiese sido más prudente establecer una cláusula como la propuesta por el Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal (2006); documento que preveía un límite por encima del cual, el *quantum* concreto no podría elevarse: el treinta y tres por ciento del patrimonio neto de la entidad.

Otro aspecto que es necesario mencionar se vincula con la posible extinción de la acción penal en los casos de pago voluntario de la multa; situación que veda expresamente el párrafo final del artículo 8.º

(43) Apartamiento que no resulta objetable si tenemos presente que, de acuerdo a nuestra opinión, no se trata de una pena pecuniaria (en los términos del artículo 5.º del Código penal) sino de una sanción administrativa.

(44) Al respecto, *mutatis mutandis*, cfr: CESANO, José Daniel, *La pena de multa en el Código penal argentino: un análisis dogmático. Su interpretación doctrinaria y jurisprudencial. Perspectiva iuscomparada*, Fabián J. Di Plácido Editor, Bs. As., 2010, p. 88.

(45) Cfr: NIETO MARTÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Ed. Iustel, Madrid, 2008, p. 279.

de la ley, al disponer: «No será aplicable a las personas jurídicas lo dispuesto en el artículo 64 del Código Penal». Esta regla, en rigor, se vincula con la punibilidad. Su previsión resulta importante por cuanto, indudablemente la sanción pecuniaria constituye un instrumento político criminal de relevancia para estas formas de criminalidad; con lo cual, si se tiene en cuenta que la propia ley 27401 se autodefine como complementaria del Código penal, según lo prevé en su artículo 27, la posibilidad de aplicar el artículo 64 del digesto punitivo podría neutralizar las funciones preventivas que se buscan con la sanción de la ley, a través del extintivo de la población.

b) El inciso 2.º prevé, a título sancionatorio, la «suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años». Se trata –como surge de la propia limitación de la norma– de una sanción temporal; ya que, de ser definitiva entrañaría prácticamente la disolución de la persona jurídica (46).

c) El inciso 3.º establece como sanción la suspensión para participar en concursos 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. Se trata de una sanción interdictiva temporal, con innegables aptitudes preventivas (47); y que tiene reconocimiento en experiencias jurídicas comparadas (48).

Desde el punto de vista político criminal responde a un dato innegable: el maridaje entre lo público y lo privado en casos de corrupción (49). En este sentido, es importante recordar que la corrupción supone una utilización desviada, desleal o perversa de potestades públicas para satisfacer intereses privados o particulares; en ocasiones, del titular de esas potestades (funcionario público), pero muchas veces, también, de terceros (que no ocupan un rol funcional en la administración) relacionados con contrataciones estatales, prestatarias

(46) Así, BACIGALUPO, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Casa editorial S.A., Barcelona, 1998, p. 303.

(47) Cfr. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad (...)*, *op. cit.*, nota 27, p. 299.

(48) En efecto la interdicción de participar en subastas y concursos públicos o de contratar con la administración es establecida –a título de pena– en el Código penal francés (art. 131-39,5) y en Italia a través del decreto legislativo 231, del 8/6/2001 (art. 9.2.c).

(49) Al respecto, señala QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., «La corrupción en los negocios: algunas cuestiones penales», en Santiago MIR PUIG – Mirentxu CORCOY BIDASOLO (Directores), *Política criminal y reforma penal*, Coedición Edisofer – B de F, Madrid – Bs. As. – Montevideo, 2007, p. 401, que: «De un tiempo a esta parte (...) vienen saltando a la palestra casos tanto de consunción entre lo público y lo privado como casos de claras malas prácticas en el seno de sociedades mercantiles de todos los ámbitos y tamaños».

de servicios tercerizados, que pueden provocar estas malas prácticas (50).

En rigor –y como bien puede advertirse en el inciso l) del artículo 68 del Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal de 2006– la medida en cuestión guarda relación con la exigencia de la inscripción registral de oferentes en las licitaciones y otras contrataciones administrativas. Tal inscripción no constituye un simple requisito formal, sino que es un acto de gran significación desde que «otorga garantías de real cumplimiento, de conocimiento de la materia, de las modalidades de la contratación y de antigüedad en el servicio» (51). Como consecuencia de la suspensión corresponderá la inadmisión del oferente por falta de capacidad del contratista (52).

d) No obstante el orden de su ubicación, sin duda, la sanción más grave es la prevista por el inciso 4.º: disolución y liquidación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad. De hecho, esta sanción importa la denominada «muerte civil» del ente ideal (53).

Indudablemente, la primera situación que prevé la norma (persona jurídica creada *ex profeso* para cometer delitos) constituirá, más bien, un caso de gabinete (54).

En este sentido, en la medida en que la persona jurídica haya asumido la forma de alguno de los tipos societarios del derecho mercantil, el caso puede subsumirse (desde lo sancionatorio), directamente, en la nulidad absoluta de la sociedad, por ser el objeto social contrario al orden público, moral o buenas costumbres, o prohibido por el sistema jurídico (artículo 18, 1.ª disposición de la ley 19.550). Esta nulidad genera efecto *ex tunc* «en relación al formal contrato constituido de la tipología societaria o sea que afecta al tipo societario y no a la existencia de la relación societaria, pues la sociedad subsiste como persona jurídica» (55).

(50) Sobre estos aspectos, *cfr.* SÁEZ CAPEL, José, «Corrupción en el sector privado», en David BAIGÚN – Nicolás GARCÍA RIVAS, *Delincuencia económica y corrupción*, Ed. Ediar, Bs. As., 2006, pp. 73/74.

(51) *Cfr.* DROMI, José Roberto, *Derecho administrativo*, T.º 1, Ed. Astrea, Bs. As., 1992, p. 371.

(52) Así, DROMI, *Derecho administrativo, op. cit.*, pp. 322, 371 y 373.

(53) Así, BACIGALUPO, *La responsabilidad (...), op. cit.*, p. 262.

(54) Así lo reconoce RICHARD, Efraín Hugo, «Sociedad con actividad no autorizada y actividad ilícita», en AA.VV., *Anomalías societarias*, 1.ª reimpresión corregida de la 1.ª edición, Ed. Advocatus, Córdoba, 1996, p. 177, quien caracteriza la hipótesis como un supuesto «casi de biblioteca».

(55) RICHARD, «Sociedad ...», *op. cit.*, p. 177.

Obviamente es la otra situación captada por la disposición legal, la que tendrá una mayor gravitación práctica. En este sentido, dentro de la catalogación jurídica de ilegalidades que pueden tener lugar en la persona jurídica, lo más frecuente será que, en el ámbito de una sociedad con objeto lícito, se realicen o desarrollen algunas actividades ilícitas.

Nuevamente aquí, consideramos que, en el Derecho mercantil encontramos ya la respuesta a esta situación. Concretamente, en el artículo 19 de la ley 19.550. Dicha previsión, expresa: «Cuando la sociedad de objeto lícito realizare actividades ilícitas, se procederá a su disolución y liquidación a pedido de parte o de oficio, aplicándose las normas dispuestas en el artículo 18».

Por tales razones, existiendo ya en nuestro derecho esta sanción específica, no parece conveniente introducirla en el menú de penas establecidas por el artículo 7.º (56).

Sin perjuicio de estas observaciones, estimamos que el diseño de esta sanción denota una tremenda vaguedad lingüística. En efecto ¿cuándo la comisión de los delitos que prevé este inciso constituirá «la principal actividad de la entidad»?

Desde luego que esta situación no quedará reflejada –tratándose de figuras societarias– en la fijación del objeto; el cual, en virtud del artículo 11, inciso 3.º, de la ley 19.550, debe estar designado en forma precisa y determinada (57). Por tal razón, en esta hipótesis, no será fácil precisar en qué casos, la realización de aquellas figuras delictivas, acarrearán tan grave consecuencia para el ente ideal. Una pauta interpretativa puede extraerse de la redacción del inciso, al utilizar la expresión «esos actos». El plural empleado permite sostener que la comisión de un acto aislado no es suficiente para que se imponga esta sanción. Es por eso que interpretamos que la disolución de la persona jurídica podrá tener lugar en la medida en que se verifique cierta habitualidad de estas situaciones en el giro de la corporación. Lo expresado hasta aquí hace necesario recomendar una extrema prudencia de parte de la autoridad jurisdiccional al momento de aplicar esta consecuencia; prudencia que no necesariamente va, en estos casos, en men-

(56) *Cfr.* RICHARD, Efraín Hugo, «Proyectos de responsabilidad penal de las sociedades y de extinción de dominio: ¿Y el art. 19 de la Ley de Sociedades vigente desde 1972?». Disponible en: <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/Responsabilidadpenalpersonasjuridicas.pdf>. Accedido: 7/10/2017.

(57) Con lo cual, si al determinar el objeto se precisan actividades ilícitas, la situación quedaría captada en la primera hipótesis a la que nos referimos más arriba (persona jurídica creada *ex profeso* para cometer delitos).

gua de la efectividad, dadas las otras sanciones (pecuniarias, interdictivas, etcétera) que se prevén en el texto que nos ocupa.

e) El inciso 5.º consagra la sanción de «pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere». Desde una perspectiva política criminal juzgamos relevante esta sanción por cuanto, en el contexto económico actual, «la actividad empresarial, para su desarrollo, recurre permanentemente a los subsidios, beneficios tributarios, créditos, licitaciones y otros medios operativos. Es natural que el aprovechamiento distorsionado de tales mecanismos acarree su contrapartida; es decir, la decisión del Estado de recomponer el proceso normal del sistema económico y de las prácticas comerciales, neutralizando, al mismo tiempo, sus disfunciones» (58).

f) Finalmente, el inciso 6.º establece la sanción consistente en la publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

Se trata, también aquí, de un instrumento importante desde que, en el ámbito del mercado, la publicidad de la condena genera efectos significativos, no sólo por la ejemplaridad de la sanción en sí misma, «sino porque también importa una descalificación del agrupamiento societario» (59). En este sentido, se ha señalado el profundo impacto que genera esta suerte de estigmatización de las corporaciones en las preferencias de los consumidores y en sus decisiones de compra (60).

La imposición de sanciones a las personas jurídicas presenta siempre una gran dificultad. Nos referimos a la *extensión de los efectos de la pena* respecto a personas que cumplen actividades laborales en las corporaciones. En efecto, mientras más graves sean las consecuencias jurídico-penales, éste riesgo pone en jaque la estabilidad laboral de estos sujetos en la medida que, la pena concreta pueda afectar la continuidad de la explotación de la empresa. Justamente para menguar este impacto, y como una pauta individualizadora especial, el artículo 8.º, en su párrafo 3.º, dispone que: «Cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, o de una obra, o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por los incisos 2) y 4) del artículo 7.º de la presente ley».

(58) Cfr. BAIGÚN, David, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Ed. Depalma, Bs. As., 2000, p. 268.

(59) Cfr. BAIGÚN, *La responsabilidad (...)*, op. cit., p. 268.

(60) Cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos modernos (...)*, op. cit., p. 505; especialmente, nota n.º 59.

V. GRADUACIÓN DE LAS PENAS Y PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

La ley prevé, en su artículo 8.º, 1.º párrafo, pautas para la selección y graduación de la sanción. Si bien, una interpretación literal podría hacer pensar que dichas pautas sólo se emplean para determinar el *quantum* sancionatorio concreto, en el caso de penas temporales o divisibles, no observamos dificultades para que, en atención al sistema de conminación adoptado por la ley, y salvo el caso de la pena de disolución y liquidación del ente ideal, que ya fija un presupuesto concreto para su selección (creación *ex profeso* para la comisión de delitos o que la realización de delictivos constituyan la principal actividad de la entidad), las circunstancias que enuncia este precepto puedan también utilizarse para escoger la especie de pena a imponer a la corporación.

Quizá sea en este artículo en donde más se perciba la incidencia el componente de los modelos mixtos vinculado con las consecuencias que acarrea el déficit en la organización de la persona jurídica.

La norma en cuestión establece que: « Para graduar las penas previstas en el artículo 7.º de la presente ley, los jueces tendrán 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 la 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».

En primer término, el artículo 8.º no prefija el valor de las distintas circunstancias que enuncia; con lo cual – y salvo el caso de la reincidencia (61) que, por regla, operará como agravante – los demás criterios, según el caso, funcionarán en uno u otro sentido.

Si bien, en atención al tenor del texto recién transcrito, existen diversos criterios para la determinación de la pena (extensión del daño, reincidencia, capacidad económica, conducta posterior al delito, cantidad y jerarquía de los funcionarios, empleados y colaboradores

(61) Según el artículo 8.º, párrafo 2.º, de la ley, habrá reincidencia «cuando la persona jurídica sea sancionada por un delito cometido dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha en que quedará firme una sentencia condenatoria anterior».

involucrados), indudablemente son las circunstancias vinculadas con la autorregulación de la persona jurídica las que representan la mayor aproximación con los sistemas de responsabilidad autónomos (culpabilidad de la persona jurídica). Para perfilar este criterio, el legislador ha empleado tres pautas concretas; a saber: a) incumplimiento de las reglas y procedimientos internos, b) omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y colaboradores y c) la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna.

Justamente, con la utilización de estos criterios se busca, como finalidad, motivar que las empresas «incrementen su nivel de autoregulación y establezcan los mecanismos necesarios de gestión, organización y control para evitar la comisión de hechos delictivos, coadyuvando con la administración de justicia en su descubrimiento» (62).

En este cometido resultan claves dos de las pautas que recién mencionáramos y que el artículo analizado emplea como criterios de graduación de las penas: la implementación de los *compliance programs* o modelos de organización, que se traducen a través de la instrumentación de los programas de cumplimiento y los sistemas de denuncia en la empresa, conocidos como *whistleblowing*.

Se designa con el nombre de *compliance* a las medidas mediante las cuales «las empresas pretenden asegurarse de que sean cumplidas las reglas vigentes para ellas y su personal, que las infracciones se descubran y que eventualmente se sancionen» (63).

El artículo 22 de la ley caracteriza a estos programas como facultativos, conceptualizándolos como 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 por esta ley». Dicha norma específica, además, que el Programa de Integridad «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».

De esta manera, podemos inferir que, si la persona jurídica no implementa ninguno de estos programas, tal omisión, en principio, no sería en sí misma punible (dado el aludido carácter facultativo) (64);

(62) Cfr. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Ed. Iustel, Madrid, 2008, p. 215.

(63) Cfr. BALCARCE, Fabián I. –BERRUEZO, Rafael, *Criminal compliance y personas jurídicas*, Ed. B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2016, p. 140.

(64) En la opinión de GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes...*, *op. cit.*, pp. 362/363, la situación española sería similar a la que recién describimos. En

con la sola excepción de aquellas empresas que contraten con el Estado Nacional, en donde sí es una condición necesaria para celebrar este acto jurídico la existencia de un programa de integridad adecuado, en los términos del artículo 24, 1.º párrafo (65). De otro costado, y para cualquier caso, implementado el programa, será necesario que éste se adecúe a los estándares exigidos por la autoridad de aplicación (66).

Lingüísticamente el término *compliance* significa «cumplimiento», «observancia», «conformidad con determinados mandatos», «y hace alusión en este contexto a procedimientos para la “transposición de prescripciones legales”, con la pretensión de evitar la criminalidad empresarial. En este sentido, puede decirse que la finalidad de los programas es aplicar normas jurídicas u otras directivas definidas para la empresa y, a través de ello, evitar la reclamación de responsabilidad y otros perjuicios para la empresa, sus órganos y empleados. De este modo, se cumple con el Derecho vigente y, particularmente, con el Derecho penal» (67). De allí que se entienda que los *compliance programs*, «naturalmente orientados al *control interno*, poseen un *específico contenido de prevención*: la influencia directa sobre la dirección de la empresa es desde un punto de vista de técnicas de organización el medio más eficaz para influir en la política de la empresa y compensar, así, los efectos criminógenos característicos de las organizaciones empresariales» (68).

efecto, según la autora, «la adopción de programas de cumplimiento por parte de la persona jurídica no está jurídicamente impuesta a través de un deber de cumplimiento categórico. Por ello tiene sentido plantear la atenuante del *compliance* como una *Obliegenheit*, es decir, como una incumbencia del órgano de administración de la persona jurídica, de evitar y detectar delitos. El no tender a esta incumbencia no recibe sanción alguna. Dotarse de un programa de cumplimiento redundaría en el propio interés de la persona jurídica, que podrá prevenir los delitos y, sobre todo, preparar su defensa frente a un posible proceso penal. Pero de no hacerlo, el ordenamiento no la castiga».

(65) Así, YACOBUCCI, «La empresa como sujeto de imputación penal», *op. cit.*, p. 2, quien señala: «Avanzando sobre el particular, la ley, aun sin hacer obligatoria para toda persona jurídica la existencia de un programa de integridad, lo exige para aquellas empresas que interactúan económicamente con la estructura estatal».

(66) Los artículos 22 y 23 de la ley han sido reglamentados por el Decreto N.º 277/2018, cuyo artículo 1.º preceptúa: «La Oficina anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos establecerá los lineamientos y guías que resulten necesarios para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la Ley N.º 27.401».

(67) Cfr. BERMEJO, Mateo G. –PALERMO, Omar, «La intervención delictiva del *compliance officer*», en Lothar KUHLEN – Juan Pablo MONTIEL – Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 176.

(68) Cfr. BERMEJO – PALERMO, «La intervención delictiva (...)», *op. cit.*, p. 176.

Ahora bien, la existencia de estos programas –y su eficacia– no se identifica con la inexistencia de delitos. Pueden implementarse estos programas y, no obstante, producirse ilícitos dentro de la corporación. El dato es relevante porque, nada impide, que se eluda fraudulentamente estos mecanismos de control. De allí que, parece atinado, emplear, como criterio de graduación de la pena, la existencia o no de estos programas; en la medida que, más allá que, quizá, no puedan impedir, en todo caso, la comisión de delitos, la existencia de los mismos puede actuar como un factor que torne más difícil su comisión; disminuyendo las posibilidades criminógenas de la empresa.

En estas hipótesis, el diseño de estos programas vinculados con todas las actividades de la empresa no puede tratarse como una cuestión neutra, sino que, indudablemente, debe operar como una circunstancia atenuante de la pena a imponer; así como, a la inversa, la no previsión de estos mecanismos operará como factor de agravación.

Sin embargo, debe tenerse cuidado con el diseño de estos programas. No se trata de sesgar la responsabilidad, a través de criterios de autorregulación que se dirijan a los mandos medios o los eslabones jerárquicos más débiles. Por el contrario, para que la implementación del *compliance* sea considerado como atenuante es necesario evaluar muy cuidadosamente su estructura para observar si *efectivamente*, se ha gestado con el propósito de garantizar «que todos los miembros de una empresa, desde el presidente del consejo de administración hasta el último empleado, cumplan con los mandatos y las prohibiciones jurídico-penales, y a que, en caso de infracción, sea posible su pronto descubrimiento y adecuada sanción. Ello es así porque tales programas tienen «la pretensión sistemática de adoptar reglas y procesos *intraempresariales* que logren que el cumplimiento del derecho vigente no responda a la casualidad, al compromiso individual o a los intereses parciales de un departamento, sino a una arquitectura de cumplimiento vinculada con todas las actividades empresariales» (69).

La ley comentada, en su artículo 23, señala el contenido de lo que denomina programas de integridad; los cuales deben contar, por lo menos, con los siguientes elementos: «a) [u]n 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 contemplados en esta ley; b) [r]eglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y

(69) Cfr. GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, op. cit., p. 213.

procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público; [y] c) [l]a realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados». Asimismo, podrá contener otros elementos tales como: «I. [e]l análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad; II. [e]l apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia; III. [l]os canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos; IV. [u]na política de protección de denunciantes contra represalias; V. [u]n sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados e imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética o conducta; VI. [p]rocedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios, incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios, al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial; VII. [l]a debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones, para la verificación de irregularidades, de hechos ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas; VIII. [e]l monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa de integridad; IX. [u]n responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del Programa de Integridad; [y] X. [e]l cumplimiento de las exigencias reglamentarias que sobre estos programas dicten las respectivas autoridades del poder de policía nacional, provincial, municipal o comunal que rija la actividad de la persona jurídica».

Las elevadas exigencias que se desprenden del contenido de estos programas de cumplimiento exigirán, dadas las consecuencias jurídicas que implica su adopción, del empleo de auxiliares periciales que ilustren a la judicatura en relación a la eficacia, calidad y demás circunstancias que permitan precisar si los mismos, de acuerdo al tipo de empresa de que se trate, resultaban adecuados.

También es necesario realizar alguna precisión en relación al *whistleblowing* interno. Para que la denuncia interna sea considerada un factor de atenuación, será necesario que cumpla con determinadas condiciones; concretamente (70): a) el procedimiento de denuncia debe darse a conocer entre todos los posibles usuarios, garantizando su fácil accesibilidad, características y consecuencias de su aplicación; considerando como usuarios no sólo a los miembros de la empresa (empleados, directivos) sino también, a sus clientes o provee-

(70) Seguimos aquí a RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *Whistleblowing. Una aproximación desde el derecho penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 145-146.

dores; b) se deberá garantizar al informante la máxima confidencialidad; siempre que se cuide, en caso de que a partir de la denuncia se inicie un proceso judicial, asegurar el derecho de defensa sobre quien pese la imputación; c) hay que facilitar, al máximo posible, los canales de la denuncia; debiendo conservar, en todos los casos, constancia documental de la misma y de las demás actuaciones derivadas; d) el receptor de la denuncia debe ser un sujeto con conocimientos jurídicos (puede tratarse, incluso, de una sección de la empresa, con esa finalidad), a la que se asegure una cierta independencia para desarrollar la investigación interna y con acceso a los órganos directivos y de control de la compañía; e) en el diseño de este procedimiento, la empresa debe manifestar su compromiso de que, en caso de confirmar la veracidad de la denuncia, además de adoptar las correspondientes medidas disciplinarias internas, pondrá los hechos y las pruebas obtenidas en conocimiento de las autoridades y contactará con los potenciales perjudicados para reparar los posibles daños sufridos y f) cuando se detecte que el delito pudo igualmente cometerse por un procedimiento deficitario del procedimiento de la denuncia, la empresa debe comprometerse a reformar tal procedimiento en aquellos aspectos en que se haya relevado insuficiente.

VI. EXENCIÓN DE PENA

El artículo 9.º de la ley prevé la posibilidad de eximir de pena a la persona jurídica «cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias: a) Espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; b) Hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito [y] c) Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido».

El texto transcrito exige realizar algunas precisiones.

En primer lugar, se trata de una excusa absolutoria. Por tal entendemos a aquellas pautas de operatividad de las consecuencias del delito de carácter penal sustantivo, «que fundadas en razones político-criminales de diversa naturaleza –distintas de aquellas que informan la infracción de la norma primaria–, actúan como causas personales

de exclusión o de levantamiento de la pena merecida por un hecho típico, antijurídico y culpable» (71).

En este caso, aquellas razones que legitiman la exención de pena de la corporación se vinculan con la previa adopción de medidas preventivas, por parte del ente ideal, destinadas a evitar el delito, con sus actitudes tendentes a favorecer la persecución penal y con su comportamiento, posterior al ilícito, concretizado en la neutralización del daño causado a través de la devolución de los beneficios indebidos. Es claro, sin embargo, que la infracción delictual se tiene que haber cometido y que, la eximición de pena a la persona jurídica que lo produjo obedece a aquellos esfuerzos que, aunque no fueron eficaces para evitarlo, son alzaprimados por el legislador en tanto, aquellas conductas de la empresa se juzgan más valiosas que el castigo.

En segundo término, una interpretación lingüística de la norma nos lleva a concluir que su operatividad depende de la constatación conjunta de las tres circunstancias que enuncia; con lo cual, si concurren en forma total, la exención de pena no se verifica.

VII. CONCLUSIONES

El texto legal que hemos analizado se suma, lamentablemente, a una tendencia que nos parece criticable; cual es: continuar legislando, en materia penal, fuera del Código.

Hoy este aspecto resulta aún más censurable porque, la actual administración, a través del decreto 103/2017, nombró una Comisión para la Reforma del Código Penal de la Nación, con la finalidad de elevar al Poder Ejecutivo Nacional un Anteproyecto de ley de reforma y actualización integral del Código Penal de la Nación. Tal Comisión se encuentra finalizando su cometido y en su agenda incluye la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Entonces, nos preguntamos: ¿se justifica haber sancionada la ley 27.401 cuando aquella Comisión regulará integralmente la cuestión en el texto del futuro proyecto y, quizá (si los tiempos políticos lo acompañan), del nuevo Código Penal?

La respuesta negativa se impone. No hay razón para que, con tanta premura, se haya aprobado esta ley, cuando existe la posibilidad de

(71) BUTELER, Enrique R., «Excusas absolutorias», en Carlos Julio LASCANO (Director), *Derecho penal. Parte general. Libro de Estudio*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2002, p. 642.

articularla en un proceso de reforma integral; actitud que permitiría una mayor sistematicidad en la regulación de la materia; evitando la mala praxis consistente en continuar dictando normas penales por fuera del Código.

Si se repara en las orientaciones político-criminales de los últimos Anteproyectos de Reforma Integral del Código Penal, del año 2006 y 2014, se advertirá que una de las ideas fuerza de aquellas propuestas ha sido, justamente, *recodificar el Derecho Penal*. Y la Comisión designada (y el producto elaborado), indudablemente, se orienta en esa dirección.

Por otra parte, y más allá de la reflexión anterior, es innegable que, en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, estamos transitando por una etapa de transición progresiva, pero firme, en orden a afirmarla. Justamente por eso, las buenas prácticas parlamentarias, hubieran exigido una redacción de algunos aspectos de esta norma (v.gr., el artículo 2), con una precisión y rigurosidad de la que carece. Si bien no es de buena técnica legislativa definir conceptos, tratándose de una materia novedosa, el legislador debiera haberse explayado mucho más que lo que generalmente se hace en terrenos con un desarrollo más asentado. «No faltarán las opiniones que basadas en teorías doctrinarias foráneas intentarán rescatar la validez y la vigencia plena del basal artículo comentado. Lógicamente hay que considerar seriamente esas doctrinas extranjeras que son la fuente de nuestra “nueva” legislación, pero no puede obviarse que aquéllas existen en complemento de un bloque normativo –en la mayoría de los casos mucho más avanzados– desarrollado de un modo distinto al nuestro» (72). Al respecto es útil recordar las sabias enseñanzas de Somma: «No hace falta decir que la imitación de la ley extranjera, si no toma en cuenta el contexto en el que sus principios y reglas han madurado, o si lo hace de manera superficial, está destinada a resultar en una falla o al menos está condenada a producir resultados muy distantes de aquellos prefigurados por los imitadores» (73).

Las urgencias, no son buenas consejeras en materia penal «y darán lugar, seguramente, a más problemas que soluciones concretas en perjuicio de la seguridad jurídica que se busca en la materia para promover un favorable clima de negocios en nuestro país» (74).

(72) CARRIÓ-REUSSI, «La responsabilidad penal de la persona jurídica. Una norma fundamental (...)», *op. cit.*, p. 52.

(73) SOMMA, Alessandro, *Introduzione al Diritto comparato*, Editori Laterza, Roma, 2014, p. 54.

(74) CARRIÓ-REUSSI, «La responsabilidad penal de la persona jurídica. Una norma fundamental (...)», *op. cit.*, p. 52. Y los autores, enseguida, agregan: «Preferi-

Indudablemente la ley sancionada es un producto precipitado. Y ello se evidencia, al menos (para ser indulgentes), en dos aspectos que resultan muy preocupantes:

En primer término, que no haya una previsión de excepción para las PyMEs. Los contenidos de los programas de integridad que surgen del artículo 23 resultan de difícil viabilidad para este tipo de empresas. Y la cuestión no es baladí porque, según la propia información que brinda la OCDE las pequeñas y medianas empresas cumplen un importante papel en la economía de todos los países; especialmente en relación a la capacidad de empleo. Los países incluidos en la OCDE «suelen tener entre el 70% y el 90% de los empleados en este grupo de empresas» (75).

En segundo término, el diseño del sistema de imputación parece priorizar el modelo de responsabilidad por defecto de organización; un modelo que suele ser pensado en las experiencias iuscomparadas, como una válvula utilizable al momento de la determinación judicial de la pena. Como contrapartida de ello, este énfasis puede proyectarse en la configuración de bolsones de impunidad para los cuadros directivos de la persona jurídica.

Permítasenos finalizar con una referencia a la política criminal europea. Más allá que, en los propios países de origen de aquel espacio cultural, se alcanzan voces críticas en relación a los productos normativos que se elaboran, no puede negarse la actual preocupación que existe en aquella región, en relación a cómo debe diseñarse una ley penal. Hay un concepto central que es el de la evaluación de la racionalidad de las leyes penales, que está generando, en estos últimos años, una significativa literatura científica; marcando, además, la agenda académica (76). Nos atrevemos a señalar que la ley argentina,

mos no calificar las expresiones de uno de nuestros congresales al sancionar la ley y referirse concretamente a la inmadurez del régimen penal societario sancionado, cuando señaló lo siguiente: “Nosotros creemos que el Código Penal, que ya está consolidado, debemos dejarlo como está. Estos son regímenes especiales complementarios a dicho cuerpo normativo, y como dijo el señor diputado (...), es un régimen que no está maduro y que no lo estará, aunque tengamos una ley. En el caso del lavado de dinero, se requirieron cuatro o cinco leyes para llegar a cierta madurez (...) Este proyecto tiene por objeto establecer un nuevo régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas, porque es muy malo que no exista”. Como dice el viejo adagio “a confesión de parte, relevo de prueba”».

(75) RASPALL, Miguel Ángel – RASPALL, María Laura – RUBIOLO, Miguel Rubén, *Transferencia de empresas*, op. cit., p. 26.

(76) Cfr., entre otros, los trabajos de NIETO MARTÍN, Adán – MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta – BECERRA MUÑOZ, José (dirs.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016 y Rodríguez Ferrández, Samuel, *La evaluación de las normas penales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016.

algunos de cuyos aspectos acabamos de reseñar, se ha confeccionado sin apelar a aquellas sugerencias que provienen de esa literatura. Creemos que, como en muchos casos, se trató nuevamente de una ley *exprés*; la cual ha sido elaborada a partir de instancias perentorias que jamás deben operar; generando un producto poco maduro y que, en definitiva, quizá, sea, como ocurre con esa ingente masa de textos que se vienen sancionando en estos últimos años, una manifestación más de un derecho penal puramente simbólico.