



Rosana Elizabeth Luggren^(*) y
Néstor Antonio Oroño^(**)

Imputación penal de las personas jurídicas frente al fenómeno de la criminalidad organizada^(***)

The criminal charges of legal persons against the phenomenon of organized crime

Resumen: Frente al fenómeno de la criminalidad organizada, el sistema de imputación penal para las personas jurídicas se enfrenta con la necesidad de adecuar las construcciones teóricas a fin de brindar respuesta a los desafíos que emergen del alto grado de complejidad y volatilidad que caracteriza a las sociedades contemporáneas. En las legislaciones modernas se han ensayado diversas soluciones, tales como el sistema vicarial “del actuar por otro” o “en lugar de otro”, que permite transferir a la persona jurídica la responsabilidad o culpabilidad de su representante; el reconocimiento de un doble sistema de imputación, entre otros. Creemos que debe avanzarse hacia un sistema específico de imputación para las personas jurídicas que atendiendo a sus particularidades coexista con el sistema propio para las personas físicas.

Palabras clave: Criminalidad organizada - Personas Jurídicas - Empresas - Derecho Penal.

Abstract: Facing the phenomenon of organized crime, the criminal justice system for legal persons is confronted with the need to adapt the theoretical structures in order to provide an answer to the challenges rising from the high degree complexity and volatility, common qualities of the contemporary societies. The modern legislations claim different solutions, such as the vicarious liability “act like someone else” or “be in someone else’s place”, which allows transferring the responsibility or guilt of a person. This, among others, is recognized as a dual justice system. It is believed that a specific justice system for legal persons should be reached and, taking into account its peculiarities, make it coexist with the proper system for physical persons.

-
- (*) Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba. Doctora en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica Argentina. Profesora de Derecho Penal Universidad Católica Argentina. Profesora de Derecho Procesal Penal y Constitucional. Licenciatura de Seguridad Pública de Gendarmería Nacional Argentina. Especialista en Derecho Penal Universidad Nacional del Litoral Abogada con prestación de servicio en la Unidad de Derechos Humanos del Ministerio Público Fiscal de la Nación Argentina. Diversos artículos publicados en revistas de la especialidad. Procuradora.
- (**) Abogado por la Universidad Católica de Santa Fe. Profesor titular Derecho Penal Parte General Universidad Católica de Santa Fe. Profesor titular Derecho Penal Parte General Universidad Católica Argentina. Profesor titular Derecho Penal Parte Especial Universidad Católica Argentina. Especialista en temas penales. Presidente del Instituto de Derecho Penal Colegio de Abogados de Santa Fe.
- (***) Nota del Editor: El presente artículo fue recibido el 15 de setiembre de 2014 y aprobada su publicación el 30 de julio del 2015.

Imputación penal de las personas jurídicas frente al fenómeno de la criminalidad organizada *The criminal charges of legal persons against the phenomenon of organized crime*

Keywords: Organized Crime - Legal Persons - Companies - Criminal Law.

La necesidad de superar viejos dogmas en busca de un Sistema de Imputación Penal para las Personas Jurídicas ante el fenómeno de la Criminalidad Organizada

1. Contexto

La problemática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas- mejor, sistema de imputación penal para las personas jurídicas- se inserta en una realidad caracterizada por la complejidad de las relaciones sociales, la volatilidad y atomicidad del poder real, desfasados de los moldes institucionales diseñados y plasmados en las constituciones políticas nacidas bajo el influjo de la ilustración y en el derecho generado a partir de tal concepción filosófico política.

Al decir de Zigmunt Bauman, un necesario referente a la hora de intentar comprender la compleja realidad de estos tiempos.

“La soberanía está sin ancla y en flotación libre. Los estados-nación se enfrentan a la situación de tener que compartir la compañía conflictiva un número cada vez mayor de competidores por la soberanía; las compañías comerciales, industriales y financieras multinacionales que, constituyen, alrededor de la tercera parte de la producción mundial y los dos tercios del comercio mundial⁽¹⁾.”

La realidad contemporánea o posmoderna, brevemente reseñada, contrasta claramente con el método utilizado para acuñar y dar fuerza positiva al derecho; con las posibilidades y la capacidad de dar respuestas del derecho en general y del derecho penal en particular.

Así, el derecho penal liberal, estructurado a partir de un sólido edificio teórico dogmático, aquilatado por su sostenida evolución durante los últimos dos siglos. En tal contexto, ve disminuida, enervada, o directamente anulada su capacidad de respuesta, ante la vorágine y espontaneidad con que los

fenómenos emergentes de esta nueva realidad se presentan y se suceden.

Ese sólido edificio dogmático, puede entonces, tener efectos peligrosamente paralizantes, generando irritantes e injustas esferas de impunidad con relación a los fenómenos que fluyen en el contexto reseñado.

No se trata en absoluto de renegar o de tirar por la borda la valiosa construcción teórico dogmática sobre el delito y en particular sobre la problemática que nos ocupa. De lo que se trata, es sencillamente, de adecuar tales construcciones para enfrentar de manera satisfactoria y a partir de renovadas ideas los desafíos que emergen del alto grado de complejidad y volatilidad que caracteriza a las sociedades contemporáneas.

Uno de los errores más elocuentes quizás, consista en la forma de visualizar la relación entre los hechos y los moldes normativos. Estos fueron concebidos para atrapar a la generalidad de aquellos; sin embargo, la variedad y riqueza con las que los hechos se exteriorizan, muchas veces sobrepasa las más prolijas y medulosas previsiones normativas.

Es ese el momento en que debe comenzar a pensarse en adecuar las concepciones teóricas -sobre las que luego se asentarán las normas- a los nuevos desafíos; y, no a la inversa, incurrir en la tentación de concebir al edificio teórico-normativo como el cenit de la elaboración humana y especular ingenuamente que operará a modo de dique o contenedor del cual ningún comportamiento podrá quedar fuera.

Avanzando sobre la cuestión concreta de lo que Hirsh denomina “la responsabilidad penal de las asociaciones de personas”, dicho autor señala que:

(1) http://edant.revistaenie.clarin.com/notas/2009/07/18/_-01960446.htm (consultada el 08 de agosto de 2014).



Rossana Elizabeth Luggren y Néstor Antonio Oroño

“La concepción de que sólo el hombre podría ser penalmente capaz en la comprensión del Derecho Penal europeo-continental no es tan obvia como se lo afirma muchas veces. El principio frecuentemente mencionado *societas delinquere non postet* era probablemente acertado en el derecho romano, al que todavía le eran absolutamente extraños el concepto de corporación como tal y el concepto de persona jurídica”⁽²⁾.

Panorama que se modificó sustancialmente a partir de la edad media con el desarrollo de la teoría sobre la persona jurídica y de su capacidad para recibir válidamente una sanción.

2. Trascendiendo la discusión histórica

En relación al sistema de imputación penal para las personas jurídicas, trascendiendo las inevitables menciones históricas a Savigny y su teoría de la ficción, por una parte, y a Gierke con la teoría organicista, por la otra. El debate ha sido retomado con una gran intensidad en las últimas décadas, sin que las posiciones antagónicas exteriorizadas vislumbren una síntesis superadora con el consenso básico como para plasmarse en normas positivas de carácter generalizante que permitan encauzar adecuadamente dicha problemática.

Desde un extremo llegar a predicarse que el principio “*societas delinquere non postet*” es un dogma innegociable del derecho penal liberal; que la acción como categoría dogmática tendiente a establecer el mínimo de elementos que determinan la relevancia de un comportamiento humano para el derecho penal, excluye la posibilidad de incluir en tal categoría aquellas manifestaciones que no provengan de un ser humano individualmente considerado.

En tal entendimiento y bajo la premisa de que el delito es una manifestación individual humana, la conclusión que se sigue es que las personas jurídicas carecen de capacidad de conducta y de culpabilidad. Sin embargo, este aserto según expusieramos a modo de premisa, se ve desbordado en los últimos tiempos por las nuevas y variadas formas delictivas emprendidas

organizadamente, poniendo en crisis dicho apotegma del derecho penal liberal.

Un dato empírico de fácil comprobación, está dado, por la importancia que tienen las corporaciones en el tráfico económico actual. Basta simplemente reparar en la injerencia e incidencia de ellas en la actividad financiera y bursátil; en actividades relacionadas a los servicios públicos básicos, en su mayoría privatizados y prestados por empresas constituidas bajo formas societarias; en actividades con entidad para lesionar o amenazar peligrosamente bienes jurídicos como el medioambiente; actividades altamente generadoras de riesgos como por ejemplo aeronavegación; en industria farmacológica; la salud pública, entre otras.

En segundo lugar, resultaría pueril desconocer que no todas las decisiones adoptadas por este tipo de sujetos fluyen hacia el marco de la licitud. A veces, la complejidad organizacional de las personas jurídicas es utilizada como escudo en miras a diluir u ocultar la responsabilidad de los ideólogos y ejecutores de delitos.

Sobre lo cual Schünemann distingue dos ámbitos con diversas tendencias de proyección en la llamada criminalidad de la empresa. Uno con tendencia centrífuga, referido a la criminalidad que, surgida en el seno de la empresa, se proyecta al exterior afectando intereses y bienes de terceros ajenos a ella. La otra tendencia, en cambio, podría ser calificada como centrípeta, dado que, aun cuando germina en la estructura societaria, sus efectos se despliegan en contra de la empresa o de los miembros de la misma. En otras palabras, la distinción precedente puede reconducirse a la clásica diferenciación formulada por Schünemann: criminalidad desde la empresa y criminalidad dentro de la empresa⁽³⁾.

(2) Hans Joachim Hirsch, *Derecho Penal Obras Completas*, tom. III (Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2001), 111.

(3) Bernd Schunemann, “Cuestiones Básicas de Dogmática Jurídico - penal y de Política Criminal acerca de la criminalidad de empresa,” *Anuario de derecho penal y Ciencias Penales* (1998-II), 531.

Imputación penal de las personas jurídicas frente al fenómeno de la criminalidad organizada

The criminal charges of legal persons against the phenomenon of organized crime

En nuestro entendimiento, corresponde al derecho tomar a su cargo íntegramente las consecuencias que dimanen o emerjan a partir del reconocimiento de las personas de existencia ideal como realidad jurídica. Lo que además se impone por un principio elemental, como que el ordenamiento jurídico es uno e indivisible, más allá de las particularidades y principios propios de cada rama o especialidad del derecho.

Resulta ilustrativo en este sentido recordar la sentencia de von Liszt en cuanto “quien puede celebrar contratos, también puede celebrar contratos fraudulentos y usureros”⁽⁴⁾.

3. Relevancia de la empresa como factor criminógeno

Resulta necesario trazar un punto de partida, la sociedad post-industrial, es una sociedad del riesgo, con otros caracteres individualizadores, de enorme complejidad, en la que se ha logrado un desarrollo de la interacción individual por las necesidades de cooperación y de división funcional.

Los fenómenos de la globalización económica y la integración supranacional, dan paso a la criminalidad organizada, a la criminalidad internacional, es decir, intervienen colectivos de personas estructurados jerárquicamente, en las empresas. La disociación que produce entre ejecución material directa y responsabilidad, determina que el resultado lesivo pueda aparecer significativamente separado, tanto en el espacio como en el tiempo, de la acción de los sujetos más relevantes del plan delictivo.

Como se remarca al comienzo, la crisis del concepto de “soberanías nacionales” es un distintivo de la postmodernidad.

La empresa se presenta en tal contexto, como sujeto central en algunas tipologías delictivas en consideración a la especial relevancia de su estructura organizativa. Esta dimensión de organización se ha tomado como fundamento de la responsabilidad penal de las empresas (culpabilidad por defecto de organización), o de la imposición de consecuencias jurídico-penales a aquellas (organización defectuosa como

estado de cosas peligroso para los bienes jurídicos)⁽⁵⁾.

Los cambios producidos en el contexto internacional sobre todo a partir de los años 90, permiten explicar las características de los fenómenos de integración:

- a) La globalización se consideró como generadora de mayor integración mundial y sus características consistieron en: un sistema fragmentado de producción que aplican las empresas en varios mercados; y, la movilización diaria de capitales a través de las fronteras utilizando el recurso informático y la inmediatez de las comunicaciones que logró el desarrollo electrónico.
- b) La tasa de crecimiento del comercio internacional fue mayor que el aumento de la producción a nivel mundial y hubo disminución de los aranceles.
- c) El modelo europeo se profundizó, primero al consolidar el mercado interior en 1992 con la libre circulación de todos los factores de producción; y, a finales de la década de 1990, al conformar la unión monetaria, con la participación de la mayoría de los Estados miembros.
- d) En el caso de América Latina, hubo dos situaciones que incidieron en los cambios respecto de la integración: (i) los planes de estabilización aplicados en varios de los países produjeron la convergencia en políticas de apertura, con rebaja de los aranceles y un nuevo rol más restringido del Estado en la economía; y, (ii) el fortalecimiento

(4) Santiago Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, B de F (2012), 194, dice lo que Von Liszt, dijo en su obra Von Liszt, Tratado T. II, 300, nota 4.

(5) Jesús María Silva Sánchez, *La Expansión del Derecho Penal, Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, (Madrid: Civitas, 1999), 11-127. Así también, Jesús María Silva Sánchez, *Tiempos de Derecho Penal*, B de F, (Montevideo-Buenos Aires, 2009), 157-187.



Rossana Elizabeth Luggren y Néstor Antonio Oroño

democrático terminó con los gobiernos militares, reacios a la integración.

El economista Wilfred Ethier, profesor de la Universidad de Pennsylvania, indica tres diferencias entre los nuevos acuerdos y los acuerdos de la integración de postguerra. En primer lugar, la liberalización mediante la reducción de tarifas que se ha logrado para el comercio de mercaderías entre los países industrializados es mucho más completa que antes. En segundo lugar, muchos de los países en desarrollo han abandonado sus políticas autárquicas, y están tratando activamente de acceder al mercado mundial y vincularse con el sistema multilateral de comercio.

Las características reseñadas favorecen la criminalidad desde y dentro de la empresa, criminalidad que reconoce motivos y fines diversos a los de cada uno de los sujetos que la integran o representan. La persona jurídica, resulta para muchas formas delictivas la herramienta más adecuada, sea en razón del anonimato que asegura, de los medios y recursos requeridos para afrontar empresas delictivas de cierta envergadura; por su inserción en estructuras económicas o de poder, entre otros factores.

4. Posibles respuestas

Ante tal realidad, desde los diversos estados nacionales, o bien desde un mismo estado, se han ensayado distintas respuestas en miras a dar solución a cuestiones puntuales, que van desde la llamada "huida al derecho administrativo", consistente en negar la posibilidad de responsabilizar penalmente a los entes ideales, derivando la misma a la esfera contravencional.

La utilización, a su respecto, de medidas de seguridad; la denominada "cláusula del actuar por otro; el reconocimiento de un doble sistema de imputación; finalmente modelos teórico-dogmáticos específicos para las particularidades de las personas jurídicas".

Resulta interesante por su utilización en diversos ensayos legislativos, el análisis del sistema "del actuar por otro" o "en lugar de otro". Se trata de un sistema netamente vicarial, que permite transferir a la persona jurídica la responsabilidad o culpabilidad de su representante.

Según este sistema, quien actúa en representación de la persona jurídica será responsable por los delitos que la "*haga cometer*". Las objeciones que se formulan al respecto están dadas para los llamados delitos "especiales", que requieren una calidad o condición especial en el plano de la autoría, los que concurren en la persona jurídica -por ejemplo "obligado" en la esfera del derecho penal tributario- y no en la persona física que actúa.

Esta cuestión puede salvarse satisfactoriamente con la introducción de preceptos específicos equiparando al representante en tal condición. Por ejemplo, el artículo 27 de la Ley Argentina 23737 (Régimen Penal de Estupefacientes) "En todos los casos en que el autor de un delito previsto en esta ley lo cometa como agente de una persona jurídica y la característica requerida para el autor no la presente éste sino la persona jurídica, será reprimido como si el autor presentare esa característica".

Se podría objetar además que, aun cuando en defensa de este sistema de atribución de responsabilidad, se predique la incolumidad del principio de culpabilidad respecto de la persona física, a la inversa, se consagraría un sistema de atribución de responsabilidad penal netamente objetivo para la persona jurídica.

Sobre el sistema de doble vía señala Cesano⁽⁶⁾ citando a Baigún que:

"La característica de esta última propuesta residiría, esencialmente, en reconocer la coexistencia de dos vías de imputación cuando se produce un hecho delictivo protagonizado por el ente colectivo; de una parte, la que se dirige a la persona jurídica, como unidad independiente, y de la otra, la atribución tradicional a las personas físicas que integran la persona jurídica. Como

(6) José Daniel Cesano, "Problemas de responsabilidad penal de la empresa" https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_58.pdf (consultada el 08 de agosto de 2014).

Imputación penal de las personas jurídicas frente al fenómeno de la criminalidad organizada *The criminal charges of legal persons against the phenomenon of organized crime*

lógica consecuencia de esta escisión, la responsabilidad, en los dos casos, se determina obedeciendo a parámetros diferentes: en las personas humanas, mediante la aplicación de la teoría del delito tradicional; en las personas jurídicas, por medio de un nuevo sistema⁽⁷⁾.

A través del sistema de doble imputación, se pretende consagrar en el derecho positivo, una herramienta que contemple una respuesta desde el derecho penal a la persona jurídica, dotando de instrumentos garantizadores para una segura y previsible aplicación de la ley penal al hecho concreto. Bajo el mismo coexisten una imputación penal para la persona jurídica junto al tradicional para las personas físicas.

Este sistema en Francia alcanza a las personas jurídicas de derecho privado y a las de derecho público, excepto al Estado, pudiéndose citar como caracteres distintivos:

- a) Acumulativo; la responsabilidad del ente ideal no excluye la responsabilidad de la persona física que interviene en el hecho. La responsabilidad de la persona jurídica presupone lógicamente una actividad o sustrato humano en condición de órgano de aquella.
- b) Especial; en cuanto la responsabilidad debe estar expresamente prevista en el texto de la ley, para el delito cuya aplicación corresponde, conformando un sistema de *numerus clausus*.
- c) Condicionada; en primer término a que la infracción haya sido cometida por el órgano o representante de la persona jurídica. En segundo lugar, que el acto haya sido realizado en beneficio de ésta.

El sistema brevemente reseñado debe estar dotado de una gama de sanciones compatibles con la naturaleza de la persona jurídica, entre las que destacamos: multa, clausura, prohibición temporal de actuación en determinados ámbitos, retiro de la personería, etcétera.

Se critica al mismo, entre otras cuestiones, por la violación de la garantía o principio *non bis in idem*, al habilitarse una doble persecución penal con motivo del mismo hecho al

sujeto individualmente considerado y como órgano de la persona jurídica. También, en cuanto resultaría violatorio del principio de personalidad de la pena.

Resulta sumamente interesante la posición del profesor David Baigún sobre lo que se denomina “acción institucional”. Esta aparece como el producto de la decisión de los órganos, mediante el juego de los dispositivos estatutarios. La ejecución reconoce etapas anteriores que se explican mediante el funcionamiento de la organización; cada una de estas etapas, a su vez, exhibe diferentes variables (fines reales y racionales, comunicación, poder, conflictos), que acompañan, intervienen y a veces interfieren en la génesis de la resolución final. Pero al mismo tiempo todas las variables en su dominio propio actúan bajo el impacto de un denominador común: el interés económico.

Junto a la regulación estatutaria que rige la ejecución de los objetivos sociales, fluye la “real voluntad” de la corporación o sociedad dando lugar a la “acción institucional”, tanto la que resuelve actividades lícitas como la que decide ilícitas, configurándose en el centro de atribución directa de responsabilidad penal a la persona jurídica.

La reprochabilidad directa a la corporación se sustenta en el apartamiento o desvío de las exigencias establecidas por el derecho. No se trata del reproche por la deficiente formación de la voluntad social de la persona jurídica, sino de la valoración del hecho concreto de apartarse de lo exigible.

Entendemos que no pueden darse mayores controversias en cuanto las personas jurídicas son formas de organización humana que en la realidad social constituyen sujetos autónomos, con independencia de la variación de sus

(7) David Baigun, *Naturaleza de la acción institucional en el sistema de la doble imputación: Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 25-26.



Rossana Elizabeth Luggren y Néstor Antonio Oroño

miembros. A decir de Hirsch este dato es tomado por el Derecho Constitucional alemán, al hacer valer los derechos fundamentales también para las personas jurídicas internas, en tanto les sean aplicables por su naturaleza (artículo 19, párrafo 3)⁽⁸⁾.

Se trata pues, de una forma particular de actuar, a fin de exteriorizar y plasmar las decisiones nacidas en el seno de las mismas, valiéndose para ello de una acción “naturalmente” humana. En tal entendimiento, distinguiendo una y otra forma, las personas jurídicas tienen una particular forma y consiguiente posibilidad de actuar.

Tomando una concepción de la acción como “*conducta perseguible con resultado social objetivamente calculable*”⁽⁹⁾, reconocemos como aspectos relevantes o constitutivos de la misma, el ámbito de deliberación del cual surge la meta o resultado a perseguir. Mal podría acotarse pues, el concepto de acción a la mera realización o expresión material, si la misma no se orienta a un resultado previamente escogido. Concepción que, según surge con evidencia resulta plenamente compatible con los dispositivos de deliberación y ejecución de las decisiones nacidas en los ámbitos pluripersonales.

Pensemos a modo de ejemplo, decisiones y cursos de acción propios del objeto o de la actividad de las personas jurídicas, que -por supuesto- ejecutadas por personas físicas, se entienden sólo en interés de aquella, por cuanto el beneficio personal es inexistente o indiferente para el ejecutor material. Viene al caso lo que podrían denominarse “defraudaciones acumulativas” (afectación ilegítima en escasa cuantía del patrimonio de numerosas personas), montadas por empresas prestadoras de servicios o bienes para la generalidad de las personas, cuyo beneficio es para la empresa en exclusividad, situaciones en la que la acción del ejecutor material solo puede explicarse en razón de su posición dentro de la estructura organizacional.

5. Persona Jurídica su regulación en el marco Europeo, Anglosajón y en el Mercosur

En base a los tópicos analizados precedentemente, a continuación abordaremos la responsabilidad penal de los

entes ideales, tomando como referencia ordenamientos jurídicos específicos. Las legislaciones penales modernas, especialmente en el marco europeo, muestra una profunda preocupación por brindar una respuesta clara y precisa a los nuevos desafíos que se presentan en el amplio espectro de las ciencias modernas. El nuevo enfoque que adoptan los ordenamientos jurídicos hacia ciertos valores o intereses sociales, concentrándose en la tutela de los que presentan un rasgo colectivo.

En este corredor de ideas, la regulación de las personas jurídicas que realiza el Código Penal Francés, se orienta en marco de la Comunidad Europea, cuando las asociaciones, empresas y entidades comerciales trascienden los límites nacionales y se proyectan en el mercado financiero mundial, como una gran maraña de relaciones societarias.

El nuevo *Code Penal* de 1994, incorpora el principio *societas delinquere potest*. Las personas jurídicas, con la exclusión del Estado son responsables penalmente (...) y dentro de los casos previstos por la ley y el reglamento de las infracciones cometidas por cuenta de sus órganos o representantes. La responsabilidad penal de los entes ideales, es una responsabilidad especial; ya que el legislador previó un sistema de *numerus clausus*, mediante el cual es posible responsabilizar a la persona jurídica en ciertos supuestos. Se exige para abrir cauce a la incriminación, que el acto reprochado haya sido llevado a cabo por decisión del órgano social habilitado legalmente para exteriorizar la voluntad del ente colectivo y que la infracción haya sido realizada en nombre y en interés de la persona jurídica. Entonces, se exige dos condiciones, en primer lugar, que el

(8) Hans Joachim Hirsch, *Derecho Penal Obras Completas*, tom. III, (Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2001), 115.

(9) Stratenwerth, *Derecho Penal Parte General. El Hecho Punible*, (Buenos Aires: Hammurabi, 2008), 119, dice lo que sostiene E. Schmid.

Imputación penal de las personas jurídicas frente al fenómeno de la criminalidad organizada *The criminal charges of legal persons against the phenomenon of organized crime*

delito haya sido cometido por el órgano o representante de la asociación. Y en segundo lugar, que cometan la infracción penal en perjuicio de la asociación y en beneficio de los representantes.

El Código Penal Español en el año 2010 introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, acorde a la tendencia internacional, la regulación europea parece haber sido la principal justificación para que el poder ejecutivo español introdujese la reforma. El modelo de imputación que se adoptó está basado en un sistema mixto; parte de la heteroresponsabilidad penal empresarial (responsabilidad por el hecho ajeno) y se incardina hacia la autorresponsabilidad penal empresarial (responsabilidad por el hecho propio). El legislador español, ha adoptado el modelo anglosajón del *alter-ego doctrine*, plasmada en numerosas decisiones marco de la Unión Europea en materia penal⁽¹⁰⁾.

En el marco del Derecho Penal Anglosajón, se estableció la responsabilidad corporativa *-corporate liability-*, por el desarrollo de la doctrina del *alter ego*, que permitió responsabilizar a las empresas por las infracciones no estatutarias, y además, por los non cuasi delitos.

La Comisión de Legislación de Inglaterra y Gales, basándose en la decisión de la Cámara de los Lores, caso "Tesco v. Natrass", estableció la responsabilidad penal de las personas jurídicas por acción u omisión en el control de sus dependientes, por parte del director, *el manager*⁽¹¹⁾.

En el ámbito del Mercosur, si bien existió inicialmente una pretendida armonización de los ordenamientos jurídicos de los países miembros, ello ha quedado en una mera manifestación de iniciativa que muy difícilmente pueda concretarse y menos aún, en la materia de derecho penal, sí podrían llegar a lograrse en el derecho comercial-empresarial en algunos aspectos. Hasta lo que nos ha demostrado la realidad de las pretensiones iniciales del Mercosur, ellas han pasado a la historia.

6. Breves consideraciones sobre el tratamiento del tema en el Derecho Penal de Argentina, en la Constitución y en el Derecho Penal de Brasil

A continuación debemos analizar el ordenamiento jurídico nacional. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no se encuentra regulada de manera general, sino en normas particulares y para delitos específicos. El caso de la Ley 23737 del Régimen penal de Estupefacientes; Ley 24051 de Residuos peligrosos; Ley 26683 de Lavado de dinero; Ley 26733 de Delitos bursátiles; Ley 24769 reformada por la Ley 26735, que plasmó

(10) Una formulación típica en ámbito de los instrumentos legislativos de la Unión Europea es:

1) Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de las infracciones contempladas...cometidas en su provecho por cualquier persona actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ocupe una posición de mando dentro de dicha persona jurídica en virtud de:

a. Un poder de representación de dicha persona jurídica;
b. Una autoridad para adoptar decisiones en nombre de dicha persona jurídica;
c. Una autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica.

2) Además, de los casos previstos en el apartado 1), cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que una persona jurídica pueda ser considerada responsable cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas a las que se refiere el apartado 1) haya hecho posible que cometa una de las infracciones contempladas en los artículos..., en provecho de la persona jurídica, una persona sometida a la autoridad de esta última. Carlos 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-Buenos Aires, 2010), 484.

(11) Gustavo Aboso y Sandro Abrales, *Responsabilidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Penal*, B de F (Montevideo-Buenos Aires, 2000).



Rossana Elizabeth Luggren y Néstor Antonio Oroño

expresamente, en el artículo 14 párrafo 2 la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los hechos cometidos en beneficio, con ayuda, o con la intervención o a través de una persona jurídica, con lo que consagró un sistema de imputación penal para los entes ideales.

El fundamento radica en la adecuación del Estado nacional de su régimen penal a los requerimientos de la realidad actual, dado que la empresa es una fuente que habilita la comisión de delitos y favorece el crimen organizado, enmascarándose en el ente ideal, lo que dificulta la individualización de autoría en el accionar delictual, dado el papel que juega la empresa en la vida económica y social actual.

De la reforma se destaca, la incorporación del criterio, mediante la cual no puede haber sanción penal a una empresa, si no le es reprochable el no haber tomado todas las precauciones exigibles para haber evitado el delito. En cuanto a las sanciones se establece un régimen mixto, por un lado la punibilidad del comportamiento desplegado por las personas físicas que participaron en el hecho y por otro lado, la responsabilidad del ente ideal.

Las sanciones se pueden aplicar de manera conjunta o alternativa, pueden ser penas o medidas de seguridad, sanciones administrativas a saber: multas, suspensión total o parcial de las actividades, suspensión para participar en licitaciones públicas (por un período de 5 años), cancelación de la personería cuando hubiese sido creada la persona jurídica al solo efecto de la comisión del delito o constituyan la principal actividad de la empresa, el efecto es la disolución de la persona jurídica, la pérdida o suspensión de beneficios estatales que tuviere. Asimismo, se prevé una agravante, consistente en la publicación por parte de la empresa de un extracto de la sentencia condenatoria a su costa.

Por último, también se establecen pautas generales para la graduación y determinación de la pena como: el incumplimiento

de reglas y procedimientos internos por parte de la persona jurídica, 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, la naturaleza y capacidad económica de la persona jurídica⁽¹²⁾.

La punibilidad de las personas jurídicas en el derecho brasileiro, hasta el 05 de octubre del año 1988 en que se reformó la Constitución de la República Federativa de Brasil, la responsabilidad penal estuvo limitada a personas físicas, desde las Ordenanzas del Rey Alfonso IV de Portugal, de 1446. La Constitución vigente regula expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en ella se plasman los cambios sociales de las últimas décadas, introdujo la responsabilidad penal basada en la necesidad de protección del medioambiente.

El artículo 173 de la Constitución de la República Federativa del Brasil establece: Exceptuados los casos previstos en esta Constitución, la explotación directa de actividades económicas por el estado solo será permitida cuando sea necesario por imperativos de seguridad nacional o de interés colectivo relevante, conforme a la definición de la ley (...) 5° La ley, sin perjuicio de la responsabilidad individual de los directivos de la persona jurídica, establecerá la responsabilidad de esta, sujetándola a sanciones compatibles con su naturaleza, en los actos practicados contra el orden económico y financiero y contra la economía popular⁽¹³⁾. En el artículo 225 se establece que

(12) El 13 de febrero de 2014 el Poder Ejecutivo recibió el Anteproyecto de Reforma del Código Penal. El texto -elaborado por la Comisión presidida por el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni e integrada por Pinedo, Gil Lavedra, Arslanián y Barbagelatta-, consta de 289 artículos y, entre otras importantes cuestiones, introduce sanciones a las personas jurídicas en el Título IX, artículos 59-62. Anteproyecto de Código Penal de la Nación Decreto PEN 678/12.

(13) Texto original: Artículo 173 *Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (...) 5° - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica,*

Imputación penal de las personas jurídicas frente al fenómeno de la criminalidad organizada *The criminal charges of legal persons against the phenomenon of organized crime*

todos tienen derecho a un medioambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida, imponiéndose al poder público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para generaciones futuras⁽¹⁴⁾. Asimismo, las conductas y actividades consideradas lesivas del medio ambiente, sujetan a los infractores personas físicas o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar el daño causado.

Como se puede advertir en la Constitución de Brasil, también se consagra la subsistencia de la responsabilidad penal individual de los administradores del ente ideal, *paralelamente* a la responsabilidad de la persona jurídica.

Existen en Brasil dos leyes que prevén la responsabilidad penal de la persona jurídica la Ley 8213 (24 de julio de 1981), de Seguridad Social en su artículo 19 párrafo 2 establece: La empresa es responsable por la adopción y el uso de medidas colectivas e individuales de seguridad y protección de la salud de los trabajadores. Esta norma podría ser tachada de inconstitucional ya que Constitución de Brasil sólo establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia de afectación al medioambiente.

Otra ley es la 9605 (12 de febrero de 1998), en la que se establece expresamente las sanciones en materia ambiental; las personas jurídicas tendrán responsabilidad administrativa, civil y penal, en los casos en que la infracción sea practicada por decisión de su representante legal o contractual o de su órgano colegiado, en el interés o beneficio de la persona jurídica. La responsabilidad del ente ideal no excluye la responsabilidad de la persona física, autoras, coautoras o partícipes en el mismo hecho.

Las sanciones aplicables son las que a continuación se enuncian:

- a) Multa, restricción de derechos, prestación de servicios a la comunidad⁽¹⁵⁾.
- b) Suspensión total o parcial de las actividades.
- c) Interdicción temporal de obra o actividad de una determinada oficina.
- d) Prohibición de contratar con el gobierno.

establecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a as punicoes compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra ordem econômica e financeira e contra economia popular. Constitución de la República Federativa del Brasil (Brasilia, 1988).

(14) Con la reforma constitucional de 1994, Argentina consagró expresamente la protección del medio ambiente. En efecto, el de la Constitución Nacional artículo 41 establece que "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.", Constitución de la Nación Argentina (Santa Fe - Paraná, 1994).

Asimismo, el artículo 43 de la Constitución Nacional dispone que la acción de amparo podrá ser ejercida en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, por tres categorías de sujetos: los particulares afectados, el defensor del pueblo y las asociaciones constituidas para la defensa de aquellos derechos, siempre que su organización y registro se adecuen a la legislación reglamentaria. No obstante la claridad de la prescripción del citado artículo 41 de la Constitución Nacional, la minería en Argentina se promueve mediante la creación de *empresas mineras estatales provinciales*, lo que según calificada doctrina es inconstitucional, por violar principios básicos del integral sistema establecido por el Código de Minería argentino para la concesión minera.

(15) Artículo 23 establece que la prestación de servicios comunitarios consistirá en: (i) Financiación de proyectos y de programas de protección del medioambiente; (ii) Ejecución de obras de recuperación de áreas dañadas; (iii) Mantenimiento de espacios públicos; (iv) Contribución con entidades protectoras del medioambiente o culturales de carácter público.



Rossana Elizabeth Luggren y Néstor Antonio Oroño

Se consagra un verdadero modelo de responsabilidad criminal introducida en Europa por varios Estados, también conocida en Australia, en América del Norte, en Japón con la necesidad evidente de no desatender en derecho las diferencias de hecho que existen entre autor físico y persona jurídica⁽¹⁶⁾.

Este sistema ha generado reacción por parte de los juristas brasileros, las críticas surgen en dos sentidos: desde los principios constitucionales y desde la teoría del delito. Por un lado la violación del principio constitucional de subsidiariedad, de acuerdo con el cual el derecho penal debe ser la última ratio, o sea la última medida tomada por el estado para la pacificación social. La segunda crítica se planteo desde la violación al principio de responsabilidad penal personal o de intrascendencia de la sanción penal. Ya que se castiga a las personas jurídicas por conductas practicadas por sus administradores no por ellas. Además, los socios minoritarios también serían perjudicados si se sanciona a la persona jurídica por conductas que no dependen de ellos. Otro argumento, es la violación al principio de culpabilidad, por inaplicabilidad de la categoría de la teoría del delito, denominada culpabilidad a las personas jurídicas, porque estas no poseen conocimiento de la ilicitud, libre albedrío e imputabilidad.

En cuanto a jurisprudencia, los tribunales estaduais y federales, que son el Supremo Tribunal Federal y el Superior Tribunal de Justicia. Éste último rechazó por completo la aplicabilidad de sanciones a las personas jurídicas por las siguientes razones: La imputación penal como la culpabilidad de las personas jurídicas es inviable, en virtud de que es imposible que practiquen injustos penales⁽¹⁷⁾.

Se admite que la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos ambientales siempre que exista la imputación simultánea de la persona jurídica y la persona que actúa en su nombre o en su beneficio, ya que no se puede comprender la responsabilidad de la persona jurídica no vinculada a la actuación de una persona física, que actúa con

elemento subjetivo propio⁽¹⁸⁾. (Resp.564960/SC 5ª Turma, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJ 13/06/2005 Precedentes- Recurso Especial estimado).

7. Conclusiones

Indudablemente que imputar y punir a los entes ideales surge de necesidades empíricamente comprobables, como es su importancia en el tráfico comercial actual y la incidencia para incursionar en actividades lesivas de bienes jurídicos. La consagración de un régimen específico en la materia, aparece pues, como un instrumento necesario del derecho penal para afrontar los desafíos emergentes de la criminalidad organizada. En tal sentido el artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

En las exigencias de la realidad internacional, producto de la globalización y expansión de las empresas no reconociendo límites de actuación territorial en un Estado determinado, por ello, los Estados deben orientar la política criminal hacia la prevención y lucha del crimen organizado; la empresa puede ser una fuente de criminalidad que preocupa a los Estados, resultando muchas veces imposible individualizar a un autor determinado, frente a eso surge la responsabilidad de las personas jurídicas.

Como señala Silva Sánchez, surge de ello un derecho penal global más represivo. Los fenómenos de globalización económica y la integración supranacional, dan paso a la criminalidad organizada, a la criminalidad

(16) Klaus Tiedeman, "Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Empresas en el Derecho Comparado", en Revista *dos Tribunais*, (Sao Paulo, 1999), 28.

(17) STJ-Resp. 622.724/SC, Ponente Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, Juzgado (18 de noviembre de 2004), DJ (17 de diciembre de 2004), 592.

(18) STJ-Resp. 889.528 SC, Ponente Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, Juzgado (17 de abril de 2007), DJ (18 de junio de 2007).

Imputación penal de las personas jurídicas frente al fenómeno de la criminalidad organizada *The criminal charges of legal persons against the phenomenon of organized crime*


internacional, es decir, intervienen colectivos de personas estructurados jerárquicamente, en las empresas, la disociación que produce entre ejecución material directa y responsabilidad, determina que el resultado lesivo pueda aparecer significativamente separado, tanto en el espacio como en el tiempo, de la acción de los sujetos más relevantes del plan delictivo. En los delitos de empresa se le atribuye especial relevancia a la estructura organizativa inherente a tal entidad. Esta dimensión de organización se ha tomado como fundamento de la responsabilidad penal de las empresas (culpabilidad por defecto de organización), o de la imposición de consecuencias jurídico-penales a aquellas (organización defectuosa como estado de cosas peligroso para los bienes jurídicos)⁽¹⁹⁾.

Las políticas criminales de los Estados deben pues, apuntar a implementar mecanismos que atiendan la compleja diversidad de situaciones que vinculan a las organizaciones de existencia ficta con la comisión de delitos. Así, las regulaciones están forzadas a contemplar tanto a supuestos que involucran a grandes corporaciones transnacionales, contando con filiales en distintos puntos geográficos, a través de las cuales se actúa ilegalmente o incluso de empresas constituidas al sólo efecto de desarrollar actividades ilícitas.

Frente a la dimensión del fenómeno y los medios con el que cuentan los aparatos criminales que operan en diversos ámbitos territoriales, es casi un imperativo para los Estados Nacionales aunar políticas y

esfuerzos en miras a contrarrestar los efectos deletéreos y devastadores que las actividades delictivas de escala irrogan en las economías, en el plano social en general y en la esfera política de cada uno de aquellos.

Consideramos que si bien se ha sorteado la discusión respecto de la posibilidad de delinquir de las personas jurídicas, lejos quedó el dogma *societas delinquere non potest*, como lo demuestran las tendencias legislativas actuales resumidas en los párrafos que preceden, así se incardinan en responsabilizar a los entes ideales paralelamente a la responsabilidad de las personas físicas que lo componen, lo que se ha dado en llamar sistema mixto, esta solución ha generado resistencia y dado lugar a críticas desde una mirada de la teoría del delito, incapacidad de culpabilidad y del derecho constitucional, violación al principio de responsabilidad penal personal. Por ello, postulamos dos vías de imputación, por un lado la dirigida a la persona jurídica, independiente y la otra dirigida a la persona física en los supuestos que correspondiere la atribución tradicional de responsabilidad penal para las personas físicas, y un sistema de imputación más flexible para los entes ideales. Lo que Baigun, a denominado “la acción institucional”, en el sentido, que las personas jurídicas pueden programar la concreción de actividades lícitas como ilícitas, configurándose en el centro de atribución directa de responsabilidad penal a la persona jurídica.

Se le debe atribuir relevancia a la estructura organizativa de la empresa, en esta dimensión de organización, reposa la responsabilidad con fundamento en el mayor incremento del riesgo para el bien jurídico. La persona jurídica capaz de acción y de culpabilidad, es responsable de su propio accionar, justamente en el “defecto de la organización” radica el injusto, y en la no creación de una cultura empresarial de cumplimiento del Derecho, su culpabilidad⁽²⁰⁾. 

(19) Jesús María Silva Sánchez, *La Expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, 111-127 y en Jesús María Silva Sánchez, *Tiempos de Derecho penal*, 157-187.

(20) Pablo González Sierra, “La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas” (Tesis doctoral, Granada: Universidad de Granada, 2012), 506.