

## Naturaleza jurídica y sentido económico de la responsabilidad “penal” de las personas jurídicas en Argentina. Reflexiones en relación a la Ley N° 27.401

Legal nature and economic sense of the “criminal” liability of legal persons in Argentina. Reflections in relation to Law No. 27.401

Diego Hernán GOLDMAN\*

**RESUMEN:** La Ley N° 27.401 representa el intento más completo y exhaustivo de introducir en la legislación argentina la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A lo largo de este trabajo, analizaremos si la responsabilidad penal de las personas jurídicas es compatible con los principios constitucionales que rigen nuestro Derecho Penal o si, por el contrario, resulta conveniente mantener la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos en su nombre o en su beneficio dentro de la órbita del Derecho Administrativo. Asimismo, estudiaremos cómo éstas cuestiones se vinculan con la generación de incentivos para que las empresas adopten programas de compliance, y con la promoción de una mayor eficiencia del sistema penal en su conjunto.

**PALABRAS CLAVE:** Responsabilidad penal de las personas jurídicas; sanciones administrativas; programas de compliance; análisis económico del derecho penal; Ley N° 27.401.

\* Abogado (UBA). Magíster en Economía y Ciencias Políticas (ESEA-DE). Ex docente de la asignatura “Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal” de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesor de la asignatura “Aspectos penales de la empresa” de la Maestría en Derecho Empresarial de la Universidad de Palermo. Contacto: <goldman.diego@gmail.com>. Fecha de recepción: 29-07-2018. Fecha de aprobación: 29-10-2018.

**ABSTRACT:** Law No. 27,401 represents the most complete and exhaustive attempt to introduce in Argentine legislation the criminal liability of corporations. Throughout this work, we'll analyze whether the criminal liability of corporations is compatible with the constitutional principles that govern our Criminal Law or if, on the contrary, it's convenient to maintain the liability of corporations derived from crimes committed in their name, or in its benefit, within the scope of Administrative Law. We'll also study how these issues are linked to the generation of incentives for companies to adopt compliance programs, and to the promotion of greater efficiency of the criminal system as a whole.

**KEYWORDS:** criminal liability of corporations; Administrative sanctions; Compliance programs; economic analysis of criminal law; Law No. 27.401.

## I. INTRODUCCIÓN

Vivimos, hace ya algunas décadas, en tiempos difíciles para los principios y garantías clásicos del Derecho Penal. A una creciente demanda social de inmediatez para la solución de las problemáticas más variadas -que ha puesto al Derecho Penal en situación de tener que brindar respuestas a fenómenos para los que no ha sido pensado y para los que generalmente se revela impotente- se ha sumado un ya incontenible proceso de internacionalización normativa que lleva a la amalgama de tradiciones jurídicas a priori incompatibles, exigiendo la consecuente elaboración de teorías de complejidad creciente destinadas a intentar su improbable síntesis. Esta situación nos ha llevado a sistemas penales hipertrofiados y amorfos, a los que se exige una eficacia que no están en condiciones de brindar, y en los que las garantías de los individuos aparecen siempre como la variable de ajuste a sacrificar en pos de esos esquivos resultados.

Es en este contexto que se consolida entre nosotros la tendencia a incorporar a las personas de existencia ideal como sujeto de las normas penales abjurando, al menos en lo discursivo, del tradicional principio *societas delinquere non potest*.

Como dijimos, este proceso está sumamente influido por la proliferación de normas de Derecho Internacional que buscan combatir delitos tales como el narcotráfico, el lavado de dinero, la corrupción o la trata de personas, que suelen prever la obligación de adoptar regímenes sancionatorios que alcancen a las personas jurídicas. Ejemplos de este tipo de instrumentos internacionales son, entre otros, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) del año 2000, la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE del año 1997 o el Con-

venio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de la ONU del año 1999.

Sin embargo –y aún cuando la doctrina especializada tiende a pasar este hecho por alto– puede observarse que la normativa internacional, por lo general, no exige que las sanciones a las personas jurídicas sean de naturaleza penal, sino que pueden revestir también carácter administrativo o civil –de conformidad con los principios de los sistemas jurídicos de cada Estado signatario– en la medida en que sean oportunas y eficaces<sup>1</sup>.

Esta cuestión, que algunos juzgan bizantina, atinente a la naturaleza jurídica –penal o administrativa, básicamente– de las sanciones que recaen sobre las personas de existencia ideal, reviste sin embargo suma importancia en la medida en que los intentos

---

<sup>1</sup> Así, el artículo 10° de la Convención de Palermo dispone que: “2. *Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa. [...] Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo*”. Del mismo modo, el artículo 3° de la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE prevé: “...2. *En caso de que, según el ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas, la Parte dará garantías para que las mismas sean sometidas a sanciones eficaces, coherentes y disuasorias de carácter no penal, incluidas sanciones monetarias por el cohecho de funcionarios públicos extranjeros*”. Finalmente, el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de la ONU contempla en su artículo 5°: “1. *Cada Estado Parte, de conformidad con sus principios jurídicos internos, adoptará las medidas necesarias para que pueda establecerse la responsabilidad de una entidad jurídica ubicada en su territorio o constituida con arreglo a su legislación, cuando una persona responsable de su dirección o control cometa, en esa calidad, un delito enunciado en el artículo 2. Esa responsabilidad podrá ser penal, civil o administrativa. [...] 3. Cada Estado Parte velará en particular por que las entidades jurídicas responsables de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 estén sujetas a sanciones penales, civiles o administrativas eficaces, proporcionadas y disuasorias. Tales sanciones podrán incluir sanciones de carácter monetario*”.

por adaptar las categorías tradicionales del Derecho Penal a los entes ideales están teniendo una influencia, en mi opinión negativa, sobre los principios penales aplicables a los individuos.

En este sentido, no podemos soslayar que la tendencia a incorporar a las personas jurídicas como sujeto de las normas penales, que obliga a verdaderas piruetas dogmáticas para adaptar los conceptos tradicionales del Derecho Penal –acción, imputación, culpabilidad– a un objeto que les resulta extraño, se inscribe en un proceso de inflación penal en el que, con la excusa de la dificultad que la intervención de estructuras societarias complejas impone a la identificación y sanción de los individuos que participan de la delincuencia económica, se cuestionan y denuncian también las tradicionales garantías que amparan a estos últimos.

Como bien señalan Virgolini y Silvestroni, la forma usual de abordar estos casos en los que la existencia de una alambicada estructura organizativa –generalmente caracterizada por la división de tareas, la división del conocimiento y la dispersión y automatización de la toma de decisiones– deriva en un alto ratio de impunidad para los autores y partícipes de delitos económicos, consiste en “(...) relajar los recaudos de garantía, objetivar la imputación, soslayar el principio *in dubio pro reo*, establecer, de hecho, una especie de responsabilidad penal solidaria entre todos los intervinientes. Es el modo «funcional» de abordar las «nuevas formas de criminalidad». En contraste, el respeto de los principios constitucionales aparece como un modo de frustrar la pretensión punitiva, un obstáculo obsoleto”<sup>2</sup>

Obsérvese cómo el esfuerzo por adaptar las categorías del Derecho Penal a los efectos de su aplicación a las personas jurídicas y las teorías que buscan evitar la impunidad de los individuos que actúan a través de estructuras societarias complejas comparten puntos en común: objetivación de la imputación, abuso de la idea de la “posición de garante”, aplicación de criterios funcionalistas. Es decir, la amenaza de que el “derecho penal de las personas ju-

---

<sup>2</sup> Virgolini, Julio - Silvestroni, Mariano; *Derecho penal tributario*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p. 289.

rídicas” contribuya a socavar y deslegitimar las garantías constitucionales de los individuos sometidos a un proceso penal no es una hipótesis exagerada y alarmista, sino una realidad que ya está instalada en los ámbitos académicos y en los tribunales. A ello debemos agregar que el Derecho Penal Económico es un terreno fértil para la proliferación de oscuras teorías y el relajamiento de las tradicionales garantías, con potencial expansivo hacia el resto del Derecho Penal. Por un lado, por las ya apuntadas complicaciones que imponen las enmarañadas estructuras empresarias, la división internacional del trabajo y la velocidad de los flujos comerciales y financieros, pero principalmente porque ofrece el estereotipo de “enemigos” –inescrupulosos, corruptos, codiciosos– a los que parece hasta justo negarles el amparo del Derecho<sup>3</sup>. Al análisis de la naturaleza jurídica de las sanciones a las personas jurídicas y a la posibilidad de que sean reconducidas al Derecho Administrativo como medio para apuntalar los principios y categorías tradicionales del Derecho Penal consagraré, entonces, la primer parte de este trabajo, con especial referencia a la más reciente legislación argentina en la materia: la Ley N° 27.401 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación a los delitos de corrupción.

Una segunda cuestión de interés vinculada a introducción de sistemas de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas

---

<sup>3</sup> Como ejemplo del modo en que el debate sobre la criminalidad económica y la responsabilidad de las personas jurídicas suele estar impregnado de un discurso refractario al capitalismo y en el que la empresa constituye *per se* una categoría sospechosa, podemos ver el siguiente párrafo: “...la teoría de los «riesgos especiales», de acuerdo con la cual las actividades empresariales se adecuan a esta categoría, dadas sus particulares organizativas que implican una bien definida distribución del trabajo y de roles; así como sus objetivos concretos de obtención de lucro, para lo cual deben acudir a estrategias de mercado que les permitan ampliar su presencia y eliminar competidores, todo lo cual genera una suerte de ambiente criminógeno propicio para la gestación, aprendizaje y reproducción de actividades ilícitas”. Raza Castañeda, Stalin, “Funciones y problemas del compliance en la teoría de la imputación penal de las personas jurídicas”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, Buenos Aires, 2016 (febrero), p. 209.

por los delitos cometidos con su intervención o en su provecho, radica en el hecho de que esta normativa, por lo general, suele simultáneamente promover, implícita o explícitamente, la adopción, por parte de las empresas, de sistemas de prevención interna del delito –los llamados programas de compliance–.

Esta inducción a la adopción de programas de compliance por parte de las personas jurídicas como efecto directo, o quizás incluso como fundamento, de la atribución de responsabilidad por los delitos vinculados a su actividad tiene, en mi opinión, cierto valor explicativo en relación al problema de la naturaleza jurídica de este tipo de sanciones. Pero además –y ello es a lo que intentaré abocarme en el segundo tramo de este estudio– tiene una explicación de naturaleza económica vinculada a la distribución de los costos que acarrea a la sociedad la disuasión de determinadas conductas consideradas ilícitas.

Aquí, el interrogante a dilucidar será si la distribución de costos implícita en la generalización, como elemento estructurante del sistema, de los programas de compliance, es esencialmente justa o, para hablar con mayor precisión, socialmente conveniente.

Para abordar estas cuestiones, estimo conveniente comenzar con un somero repaso de la reciente legislación argentina en la materia, la cual servirá de ejemplo para analizar el modo en que se ha instrumentado legalmente la responsabilidad de las personas jurídicas y la lógica, tanto jurídica como económica, en que se asienta esa normativa.

## II. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN ARGENTINA: LA LEY N° 27.401

La imposición de sanciones a personas jurídicas en el marco de normas penales no es un tópico novedoso en la legislación argentina, encontrándose prevista desde antaño en diversas leyes

como el Código Aduanero<sup>4</sup>, el Régimen Penal Tributario<sup>5</sup>, la Ley de Abastecimiento<sup>6</sup> o el capítulo del Código Penal dedicado a los delitos contra el “orden económico y financiero”<sup>7</sup>, pudiéndose incluso detectar de modo incipiente en un antecedente tan lejano como las ordenanzas de aduanas aprobadas por la Ley 810 del año 1876<sup>8</sup>. Sin embargo, la Ley N° 27.401, publicada el 1/12/2017, es probablemente el primer intento autóctono de abordar la problemática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas de modo completo y sistemático.

En el sistema de la Ley N° 27.401, las personas jurídicas son responsables por determinados delitos<sup>9</sup> cometidos por personas físicas con su intervención o en su nombre, interés o beneficio. Asimismo, responden por el accionar de terceros que hubieran obrado en su interés o beneficio, incluso careciendo de atribuciones para representar al ente ideal, cuándo éste hubiera ratificado la gestión, aún en forma tácita<sup>10</sup>.

Resulta también de interés señalar que “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” y que dicha

---

<sup>4</sup> Ley N° 22.415, publicada el 23/3/1981, artículos 887 y 888.

<sup>5</sup> Aprobado por el artículo 279 de la Ley N° 27.430, publicada el 29/12/2017, artículo 13. Anteriormente, artículo 14 de la Ley N° 24.769, según reforma incorporada por Ley N° 26.735, publicada el 28/12/2011.

<sup>6</sup> Ley N° 20.680, publicada el 25/6/1974, artículo 8°.

<sup>7</sup> Incorporado por Ley N° 26.683, publicada el 21/6/2011, artículo 304.

<sup>8</sup> Cfr. Del Sel, Juan María; “Societas delinquere, ¿potest o non potest?”, en Yacobucci, Guillermo (dir.), *Derecho penal empresario*, B de F, Buenos Aires, 2010, p. 91.

<sup>9</sup> Según el artículo 1° de la Ley N° 27.401, la responsabilidad de las personas jurídicas se circunscribe a los delitos de cohecho y tráfico de influencias (artículos 258 y 258 bis del Código Penal), negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (artículo 265 del Código Penal), concusión (artículo 268 del Código Penal), enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos (artículos 268-1 y 268-2 del Código Penal) y balances e informes falsos agravados (artículo 300 bis del Código Penal).

<sup>10</sup> Cfr. Ley N° 27.401, artículo 2°.

responsabilidad subsiste “(...) 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”<sup>11</sup>.

Por su parte, si bien la comisión de un delito por parte de una persona física es presupuesto de la sanción a la persona jurídica, las acciones contra una y otra son autónomas. Así, la extinción de la acción penal respecto de las personas físicas autoras o partícipes del delito no extingue ni afecta la continuidad de la acción contra la persona jurídica<sup>12</sup>. Del mismo modo, “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”<sup>13</sup>.

Finalmente, el aspecto quizás más relevante a los efectos del presente trabajo son las reglas establecidas para graduar o eximir las sanciones<sup>14</sup> previstas en la norma. Al respecto, es dable mencionar que, a tal fin,

(...) 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 omi-

---

<sup>11</sup> Cfr. Ley N° 27.401, artículo 3°.

<sup>12</sup> Cfr. Ley N° 27.401, artículo 4°.

<sup>13</sup> Cfr. Ley N° 27.401, artículo 6°.

<sup>14</sup> Las sanciones aplicables a las personas jurídicas en el sistema de la Ley N° 27.401, según su artículo 7°, son las siguientes: 1) Multa de dos a cinco 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 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 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; 6) Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

sión 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.<sup>15</sup>

En cuanto a las posibilidades de evitar la imposición de sanciones, se prevén básicamente dos supuestos. El primero de ellos, se vincula a la imposibilidad de vincular causal o finalmente a la persona jurídica con el ilícito, toda vez que quedará exenta de pena "...si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella"<sup>16</sup>.

El segundo supuesto en que se eximen las sanciones a la persona jurídica se vincula, en cambio, con la adopción de programas de compliance y con el compromiso del ente con el cumplimiento de las normas y la reparación de los daños causados por el delito. Concretamente,

quedará eximida de pena y responsabilidad administrativa 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

---

<sup>15</sup> Cfr. Ley N° 27.401, artículo 8°.

<sup>16</sup> Cfr. Ley N° 27.401, artículo 2°, tercer párrafo.

*Naturaleza jurídica y sentido económico de la responsabilidad ...*

Diego Hernán GOLDMAN

intervinientes en la comisión del delito; c) Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido.<sup>17</sup>

#### A) EL MODELO DE RESPONSABILIDAD DE LA LEY N° 27.401

Como puede observarse, el sistema adoptado por la Ley N° 27.401 exige, como presupuesto general para la aplicación de sanciones a la persona jurídica, la existencia de un delito cometido por una o varias personas físicas, sin que sea necesario sin embargo que recaiga condena sobre éstas, puesto que las acciones penales son independientes al punto de que incluso podría condenarse al ente ideal aún cuando no hubiera podido siquiera identificarse a los autores materiales del hecho.

Luego, para justificar la aplicación de una sanción a la persona jurídica como consecuencia del delito cometido por la persona física, la norma exige que se verifique alguna vinculación entre una y otra, la cual puede adquirir diversas formas. Así, la vinculación entre el delito y el ente ideal puede estar dada en primer término por haber mediado su intervención en la ejecución del hecho punible (observéase que no se exige que el ente haya ejecutado por sí la acción típica –lo que, como veremos, resulta a mi entender ontológicamente imposible– sino que el autor del acto ilícito se haya valido a tal fin de la estructura organizacional o los recursos humanos y materiales de aquel); por la actuación del individuo en su nombre, es decir haciendo uso de facultades legales para ejercer derechos y contraer obligaciones relativos al patrimonio societario; o bien en su interés o beneficio, hipótesis estas últimas que también suponen una repercusión positiva sobre el patrimonio de la persona jurídica.

---

<sup>17</sup> Cfr. Ley 27.401, artículo 9°. Cabe agregar que el artículo 22 de la ley define a los “programas de integridad” como el “conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos”, en tanto que el artículo 23 establece sus contenidos mínimos.

Partiendo de este esquema, podría concluirse que la ley argentina adoptó un modelo de heterorresponsabilidad o responsabilidad vicarial, típico de los sistemas legales anglosajones, en el que la imputación de responsabilidad al ente ideal se construye a partir de la transferencia a éste de las consecuencias de las conductas realizadas por sus agentes, en la medida en que hayan obrado en el ejercicio de su actividad y con la intención de favorecerlo<sup>18</sup>. En tal sentido, se ha sostenido que “(...) la ley opta por un sistema vicarial de atribución de responsabilidad [...] abandonando de forma definitiva el modo de imputación por «defecto de organización» que postulaba en su proyecto originario el Poder Ejecutivo”<sup>19</sup>.

Los sistemas de responsabilidad vicarial han sido pasibles de severas críticas, en tanto y en cuanto habilitan la imposición de una sanción penal por un hecho ajeno, que no precisa de un reproche de culpabilidad sobre el sujeto pasivo de la pena y, por tanto, resultan contrarios a principios fundamentales de nuestro Derecho Penal con jerarquía constitucional. Al respecto, comparo la idea de que “el modelo anglosajón de «vicarious liability» adolece de graves defectos por ser contrario principalmente a la prohibición de la responsabilidad por hechos ajenos y al principio de personalidad de las penas e implica, además, una responsabilidad objetiva...”<sup>20</sup>.

Ahora bien, creo que una mirada más detallada sobre las circunstancias que condicionan u obstan la imposición de sanciones nos permitirá ver que la Ley N° 27.401 se inclina en realidad por

---

<sup>18</sup> Cfr. ZYSMAN QUIRÓS, Diego, “Responsabilidad y castigo de las personas jurídicas. Tendencias actuales del Derecho Penal comparado en torno a la autorregulación empresarial”, en RUBINSKA, Ramiro y SCHURJIN ALMENAR, Daniel (coords.), *Derecho penal económico*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, t. I, p. 643.

<sup>19</sup> KOMAROFKY, Nadia, “El nuevo régimen legal de responsabilidad penal de la persona jurídica por delitos que impliquen corrupción”, en *Anales de Legislación Argentina*, La Ley, núm 12, Buenos Aires, 2017, p. 10.

<sup>20</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel; “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, vol. XXXIII, 2013, p. 231.

un modelo de autorresponsabilidad de la persona jurídica por defecto de organización, en el que el ente ideal es responsable por fallas en el control o supervisión de sus agentes, o por generar un ambiente o cultura organizacional que propicia la comisión de hechos ilícitos.

En esta inteligencia, son varias las disposiciones de la ley que brindan argumentos para sostener que el verdadero fundamento de las penas a las personas jurídicas no es la responsabilidad refleja por el delito cometido por la persona física, sino el reproche por su tolerancia o connivencia con la actividad ilícita, dada por la falta de adopción de mecanismos eficaces que promuevan el apego al Derecho y las buenas prácticas en el seno de la organización.

Así, por ejemplo, cuando el artículo 2º de la Ley N° 27.401 hace responsable al ente ideal aún por los actos cometidos por terceros que carecen de facultades para obrar en su representación “siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita”, queda claro que el fundamento del reproche no es delito en si, llevado a cabo por una persona ajena al control de la organización, sino que sus órganos hayan posteriormente aceptado, o al menos tolerado, que quienes actúan en su representación, interés o beneficio, incurran en una actividad ilícita.

De idéntica forma, cuando el artículo 6º de la ley permite la condena a la persona jurídica aún cuando no haya sido posible identificar o juzgar al individuo autor del hecho ilícito “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”, se ratifica que el aspecto determinante para que proceda la sanción es la “tolerancia” del ente ideal, en la medida en que se la considera un factor criminogénico determinante. Es decir, la norma presupone que los órganos societarios tienen un deber de evitar (o al menos no tolerar) los delitos cometidos por sus directivos, empleados o cualquier otra persona que actúe en su interés o representación y, para ello, deben adoptar medidas de prevención activas, tales como mecanismos de auditoría, sistemas

de denuncias internas, verificaciones y controles en sus relaciones comerciales, etc. Cuando esos mecanismos no se adoptan, o no se adoptan de modo eficaz, cabe entender que los órganos societarios “toleran” la actividad ilícita, tolerancia que opera como fundamento de la pena.

La cuestión se torna aún más evidente al escudriñar las pautas previstas en el artículo 8º para graduar las sanciones y los supuestos de eximición de la pena del artículo 9º. Adviértase en este sentido que, como ya se mencionó, el incumplimiento de reglas y procedimientos internos y la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes del delito son elementos que deben ser considerados como agravantes al momento establecer el quantum de la pena, mientras que la denuncia espontánea del hecho a las autoridades operaría como una circunstancia atenuante. Ello así, cuando no se hubieran incumplido los procedimientos de control interno, se hubiera ejercido debidamente la vigilancia de la actividad de los autores del delito y denunciado espontáneamente el hecho, las sanciones podrán reducirse sustancialmente, o incluso no aplicarse. Esto último es, precisamente lo que prevé el artículo 9º, al disponer la eximición de sanciones a la persona jurídica que haya denunciado un delito “como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna”, implementado un programa adecuado de compliance cuya violación “hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito”, y restituido el provecho ilícito derivado del delito.

Como se ve, la ley gradúa la responsabilidad de la persona jurídica en función de la mayor o menor eficacia de sus mecanismos de control interno, considerando incluso que no existe ilícito alguno reprochable al ente ideal cuando ha implementado un programa de compliance que le ha permitido detectar y denunciar a tiempo el hecho a las autoridades, lo que no se explicaría en un sistema de heterorresponsabilidad en el que la sanción tiene un carácter eminentemente accesorio y reflejo respecto del delito cometido por las personas físicas.

En definitiva, me parece evidente que el legislador argentino ha optado por un sistema de autorresponsabilidad, en el que la sanción a la persona jurídica no es una mera consecuencia refleja de la responsabilidad individual de los autores del delito, sino que tiene un fundamento autónomo dado por la existencia de un defecto de organización que, por distintas razones -cultura organizacional desviada, falta de controles internos, ineficacia de los procedimientos de supervisión, etcétera- se constituye en un factor determinante para el alumbramiento de conductas penalmente ilícitas en su seno.

Lo antedicho resulta plenamente coherente, por lo demás, con el objetivo declarado de la norma, consistente en promover que las personas jurídicas cooperen con las autoridades en la prevención y lucha contra la corrupción, por medio de la implementación de programas de integridad.<sup>21</sup>

Llegados a este punto, puede el lector válidamente preguntarse, si en definitiva es el defecto de organización de la persona jurídica lo que justifica que le sea impuesta una pena, ¿por qué no se tipifica directamente la ausencia o ineficacia de los mecanismos de control, emancipada finalmente de toda referencia a un delito previo cometido por una persona física? ¿Cuál es el rol que juega esta exigencia de que haya existido un delito cometido por un individuo de carne y hueso, si los procesos son autónomos y ni siquiera es necesario que se identifique y juzgue a la persona física para condenar a la persona jurídica?

Lo cierto es que, aún cuando pueda parecer a priori tentadora, la idea de sancionar todos los casos de diseños organizacionales defectuosos, independiente de que hayan derivado en la comisión de un delito concreto o no, no es sólo materialmente impracticable, sino económicamente contraproducente. Basta intentar imaginar el costo que tendría la estructura judicial y administrativa que debería destinarse a inspeccionar, juzgar y sancionar las

---

<sup>21</sup> Cfr. GONZÁLEZ GUERRA, Carlos Tamagno, María José, “Ley de responsabilidad de la persona jurídica”, en *Suplemento Especial Compliance*, La Ley, Buenos Aires, mayo de 2018, p. 1.

eventuales deficiencias en los sistemas de control y prevención de ilícitos en todas y cada una de las empresas que actúan en cualquier país medianamente desarrollado, para concluir, con toda seguridad, que los recursos económicos que resultaría necesario dedicar a tan hercúlea tarea resultarían superiores al valor total de los daños que se busca prevenir.

Sentado que un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas en el que se sancionara el defecto de organización con independencia de que éste derive en un resultado lesivo sería un sistema económicamente ineficiente, en el que los costos superarían a los beneficios, va de suyo que es preciso establecer algún principio de política criminal que acote el conjunto de casos a cuya investigación y sanción se va a abocar el aparato estatal. Y aquí es precisamente donde la exigencia del delito previo cometido por una persona física cumple el rol de condición objetiva de punibilidad.

Vale abrir un paréntesis para recordar, en esta inteligencia, que se ha caracterizado a las condiciones objetivas de punibilidad como circunstancias que resultan ajenas a la voluntad del autor del delito y que no pueden ser controladas por él, que se configuran una vez que el ilícito y la culpabilidad ya están perfeccionados independientemente, y que el legislador utiliza para seleccionar qué casos resultan merecedores de pena, cuando penar la tentativa resulta una solución demasiado drástica o resulta materialmente imposible porque alcanzaría a una gran cantidad de casos sin resultado lesivo<sup>22</sup>. Todo ello, como puede observarse sin mayores dificultades, concurre en nuestro caso: el defecto de organización se encuentra ya plenamente configurado antes de la comisión de un delito concreto por parte de una persona física relacionada al ente ideal, siendo por otro lado esta actividad humana ajena a la voluntad de la persona jurídica –toda vez que, en rigor, carece de capacidad cognitiva y volitiva propias– utilizada como criterio se-

---

<sup>22</sup> Cfr. ORCE, Guillermo Trovato, Gustavo, *Delitos tributarios*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pp. 87-89.

leccionador por el legislador ante la imposibilidad e inconveniencia de inmiscuirse ex ante en la actividad interna de cada empresa.

Hemos repasado hasta aquí los rasgos centrales del sistema de responsabilidad de las personas jurídicas adoptado por la Ley N° 27.401, concluyendo que se trata de un modelo de autorresponsabilidad en el que el fundamento de la pena radica en la falta de adopción, por parte del ente, de mecanismos eficaces para la prevención y detección de actividades ilícitas desarrolladas en su interior. La lógica de la norma parece clara: establecer incentivos para que las empresas incorporen programas de compliance como medio de colaboración con las autoridades para prevenir e investigar delitos cometidos en un ámbito en el que establecer responsabilidades individuales puede resultar complejo y sumamente costoso. Difícil resulta, en cambio, compatibilizar este sistema con las categorías dogmáticas tradicionales del Derecho Penal, tales como “acción”, “imputabilidad” o “culpabilidad”, las cuales tienen, además, jerarquía constitucional. Seguidamente analizaremos, entonces, si es posible considerar en nuestro ordenamiento jurídico a la responsabilidad de las personas jurídicas como un capítulo del sistema penal o si, por el contrario, resulta más sencillo y adecuado considerar que se trata de una cuestión propia del Derecho Administrativo Sancionador.

## B) ¿RESPONSABILIDAD PENAL O ADMINISTRATIVA?

Incorporar a las personas jurídicas como sujeto de un sistema pensado desde hace siglos en función de la acción humana y que por ende está anclado a categorías de corte psicológico como voluntad, imputabilidad y culpabilidad, no es tarea sencilla. Menos aún, cuando el Derecho Penal liberal, partiendo de la pena de prisión como consecuencia paradigmática, ha sido desarrollado en un sentido limitador del ius puniendi estatal, que es precisamente

lo contrario a la tendencia en la que se inscribe el intento de adoptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Hasta no hace muchas décadas, era dogma indiscutido en nuestra tradición jurídica el principio *societas delinquere non potest*, según el cual las personas jurídicas, por carecer de voluntad y capacidad de acción propias, no pueden ser sujeto de las normas penales. En palabras de Donna, “las personas jurídicas no pueden actuar desde el punto de vista penal y, por lo tanto, no pueden cometer delitos. La acción, como elemento base del delito, exige la presencia de voluntad, entendida como facultad psíquica de la persona individual. Desde nuestra posición, ello no ocurre con la persona jurídica, ya que en rigor de verdad, se trata de un ente al que se le atribuye capacidad para otros efectos distintos a los penales. Las instituciones no pueden delinquir, los que delinquen son las personas físicas que las integran: hay penas para ellas, sin perjuicio de las medidas administrativas y civiles que se les impongan a las personas jurídicas”<sup>23</sup>.

Estos principios, al menos en el Derecho argentino, poseen raigambre constitucional –derivada del principio de reserva consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional<sup>24</sup>–, habiéndose sostenido que “(...) la operatividad de la máxima constitucional *nulla injuria sine actione* impone la delimitación del concepto jurídico-penal de conducta, sobre la base de un hacer u omitir que

---

<sup>23</sup> DONNA, Edgardo, *Derecho Penal. Parte general*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, t. II, pp. 191-192.

<sup>24</sup> Según el artículo 19 de la Constitución Nacional las “acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. La interpretación de esta disposición constitucional lleva a concluir que sólo pueden ser objeto de reproche penal las “acciones” que producen una lesión a un bien jurídico externo a su autor, quedando por ende excluidas las acciones que no adquieren esa transcendencia y los “hechos” que no constituyen una “acción”, entendida ésta como la exteriorización de una voluntad humana. Similar conclusión puede extraerse de la interpretación del artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

reconocería como único sujeto activo al ser humano, respecto del cual puede reaccionar el Estado con las penas legalmente previstas, excluyendo por ende a las personas jurídicas”.<sup>25</sup>

Intentar salvar estas objeciones de índole constitucional a la posibilidad de imponer sanciones penales a las personas jurídicas ha requerido un gran esfuerzo dogmático, orientado a establecer equivalentes de las tradicionales categorías de la imputación jurídico-penal aplicables a los entes ideales. La búsqueda estaría así, orientada a encontrar un “equivalente funcional” de cada categoría dogmática, derivando en la formulación de una noción de acción, de dolo, de culpabilidad e incluso una teoría de la pena propia para las personas jurídicas<sup>26</sup>.

Los cimientos de esta compleja empresa se han erigido sobre la base de las teorías funcionalistas derivadas, a su vez, de concepciones provenientes del campo de la biología. A muy grandes rasgos, la idea sobre la que pueden montarse los conceptos de acción y culpabilidad de las personas jurídicas, es que éstas son sistemas autorreferenciales capaces de darse una organización, una estructura normativa y unas finalidades propias e independientes de los individuos que las conforman. Más aún, en esta concepción las decisiones individuales serían, al menos en el ámbito de la organización, irrelevantes, en la medida en que estarían determinadas por la cultura y normatividad propia del ente, al punto de tornar fungibles a las personas que lo integran.

Desde esta óptica, que remite a las ideas del sociólogo alemán Niklas Luhmann,

(...) la organización que compone una empresa por erigirse en una estructura autoconstituida y autoorganizada es considerada como un sistema social autopoietico [...] Y en ese contexto, las comunicaciones que componen el sistema son las decisiones; es

---

<sup>25</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Fly Machine S.R.L. s/ recurso extraordinario”, fallo de fecha 30/5/2006, *Fallos* 329:1974. Del voto en disidencia del Dr. Eugenio Zaffaroni.

<sup>26</sup> Cfr. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel, *op. cit.*, p. 230.

un sistema compuesto por comunicación de decisiones y en su estudio del fenómeno comunicativo no es relevante la voluntad aislada de un individuo, pues se trata de un proceso donde la misma empresa, como organización, conforma y adopta sus propias decisiones. La lógica normativa nace de manera autónoma desde el propio sistema social por lo que, desde esta postura, la cultura del cumplimiento normativo (materializada mediante la firme implementación de programas de cumplimiento o modelos de organización y gestión) deviene directamente de las organizaciones, descartando cualquier papel relevante por parte de los individuos que lo componen, sea cual sea el estatus que tienen o el rol que desempeñan.<sup>27</sup>

Desde este marco conceptual sería posible entonces no ya atribuir al ente ideal las consecuencias disvaliosas del accionar de sus miembros o dependientes, sino directamente caracterizar a tales actos como acciones propias de la persona jurídica. Así, el soborno pagado por directivo de una empresa a un funcionario para que le adjudique un contrato de suministro dejaría de ser una acción individual posibilitada por los deficientes mecanismos de control interno de la organización, para convertirse en una acción propia de un ente ideal con una cultura interna de desapego a la legalidad, que ha utilizado a la persona del director como instrumento para la obtención de una ganancia ilícita. La culpabilidad de la organización, por su parte, podría valorarse en función del estudio de sus mecanismos de prevención, investigación y sanción de actividades ilícitas o, en resumidas cuentas, de la mayor o menor efectividad de su programa de compliance.

Sin embargo, a poco que se analice esta concepción de la persona jurídica como un ente autónomo y autoconstituido, con finalidades propias distintas a las de sus integrantes, se hará me-

---

<sup>27</sup> AGUILERA GORDILLO, Rafael, “Consideraciones para la fundamentación analítica de la responsabilidad penal de las corporaciones y los «compliances»”, en *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 88-89.

recedora de severas objeciones. En efecto, parece un tanto difícil concebir cuál podría ser la génesis de esas supuestas finalidades propias del ente ideal desvinculadas de los intereses y motivaciones de los individuos que lo componen. ¿Qué interés podría tener una sociedad anónima en obtener ganancias, más allá del de distribuir las entre sus accionistas? ¿Con qué propósito invertiría esas eventuales ganancias? ¿Quizás con la finalidad de expandirse, autorreproducirse y perdurar? Va de suyo que aún ese propósito de reproducirse y asegurar alguna forma de transcendencia es imposible de concebir sin una previa consciencia, aunque sea mínima, de la propia existencia y finitud. Autoconsciencia que resulta imposible de predicar de un “sistema” que no es más que un conjunto de normas e instrucciones inertes escritas en un papel si se prescinde de los individuos que las interpretan, las ejecutan y las dotan de sentido.

Por otro lado, como bien señala Aguilera Gordillo, resulta idílico y poco realista suponer que todos los sujetos que desarrollan una función en una organización son permutables y actúan siempre sometidos estrictamente a las normas e intereses de la empresa. Semejante presupuesto prescinde de analizar un conjunto de rasgos, cualidades y facultades propios de la condición humana tales como el carisma, la capacidad de liderazgo, la influencia, la formación, las ambiciones personales, los lazos emocionales, etcétera, que son determinantes en los procesos de toma de decisiones y que no responden exclusivamente a las orientaciones y constricciones que supuestamente impone el sistema social a los individuos.<sup>28</sup> Me atrevo incluso a postular que, contrariamente a lo que sostienen las tesis funcionalistas, son los propósitos, intereses y visión de los individuos los que moldean los mecanismos de toma de decisiones, los valores o los códigos de conducta de las organizaciones y no al revés. Las organizaciones no surgen de la nada y adquieren misteriosamente intereses propios, sino que son producto de la creatividad, los valores y la visión empresarial de ciertas personas, que las dotan de una finalidad y un ethos. ¿Es

---

<sup>28</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 91.

posible acaso comprender el modo en que surgieron, se establecieron, se desarrollaron y perduraron empresas como Ford, Apple o McDonalds –por tomar sólo algunos ejemplos paradigmáticos y ampliamente conocidos en todo el mundo– prescindiendo de las ambiciones, valores, anhelos y fantasías de individuos como Henry Ford, Steve Jobs o Ray Kroc, respectivamente?

Ello no implica negar en modo alguno que las circunstancias externas -entre ellas la cultura y normas de las organizaciones en las que se desempeñan- condicionan en alguna medida los deseos y decisiones de los individuos. Pero, como sostiene Nino, “... ello no parece ir en contra de la idea de que, dadas nuestras circunstancias externas e inclinaciones, tenemos deseos que causan efectos en los que nos rodea. Nuestras actitudes son eslabones no superfluos en muchas cadenas causales”.<sup>29</sup>

Baste como última reflexión, para descartar definitivamente las tesis funcionalistas como medio para sortear la objeción a la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas basada en su incapacidad de acción y culpabilidad, plantearse el criterio con el que la noción de sistema autorreferencial se limita a determinadas organizaciones y no se extiende a la sociedad en su conjunto. ¿Por qué no considerar que, en efecto, la sociedad humana toda es una suerte de organismo con una finalidad propia, con capacidad para dictar sus propias normas, y en el que las acciones individuales no son más que un reflejo del rol y la función que ha tocado en suerte a cada persona? En semejante concepción sería imposible predicar la responsabilidad individual por cualquier tipo de delito, puesto que ninguna acción sería atribuible a un individuo, sino que debería imputarse al sistema social en su conjunto. Más aún, se trataría de un determinismo absoluto, en el que nadie sería responsable por nada -llámese delito, contrato, instituciones políticas o lo que sea- y la noción misma de Derecho carecería de sentido. Siguiendo nuevamente al maestro Nino, podemos decir que llevar las tesis funcionalistas a sus últi-

---

<sup>29</sup> Nino, Carlos; *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Eudeba, Buenos Aires, 1987, p. 104.

mas consecuencias conduciría a “(...) un tipo de vida social que es completamente inimaginable e ininteligible. Podemos concebir una sociedad en que no se tenga en cuenta la voluntad de algunos para algunos efectos [...], pero es inconcebible una sociedad en la que no se tenga en cuenta la voluntad de nadie para ningún efecto”.<sup>30</sup>

Todo este rodeo viene a cuento de ilustrar lo infructuoso que resulta elaborar una teoría consistente que permita adaptar las categorías clásicas de la dogmática penal de modo tal que puedan incluir a las personas jurídicas. No puedo sino coincidir, a esta altura del análisis, en que

(...) no resulta convincente ni adecuado el establecimiento de un sistema de responsabilidad «penal» de las personas jurídicas. Simplemente habría bastado con el sistema de consecuencias accesorias -de naturaleza administrativa- ya existente (aunque mejorable) para obtener los mismos resultados materiales (externamente idéntica clase de consecuencias) sin necesidad de traspasar la teoría de la imputación jurídico-penal del delito, según la cual, éste se define como una acción u omisión típica -dolosa o imprudente-, antijurídica y culpable. Es completamente imposible hablar de acción, omisión, dolo, imprudencia o culpabilidad en las personas jurídicas, dado que estas categorías tienen un sentido psicológico por estar vinculadas hasta ahora únicamente con el ser humano.<sup>31</sup>

En este sentido, nada impide concluir que las sanciones previstas por la Ley N° 27.401 -y en general, todas las sanciones aplicables a personas jurídicas- revisten naturaleza administrativa. Esto evita tener que recurrir a alambicadas teorías para salvar la objeción constitucional relativa a las exigencias de acción y culpabilidad propias de las sanciones penales. En este esquema, las sanciones a las personas jurídicas se aplican por la mera constatación

---

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>31</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 227.

de la inexistencia o deficiencia del programa de compliance de la firma -cuya adopción es el propósito buscado por la norma, en una modalidad de ejercicio blando de las facultades estatales de superintendencia sobre las personas de existencia ideal-, que ha posibilitado la comisión de un delito por parte de sus miembros o agentes, y se gradúan en función de la mayor o menor eficacia del sistema de prevención del delito y controles internos, pudiéndose eximir completamente cuando se verifica que existió un control eficaz que impuso una severa dificultad al accionar ilícito y permitió su detección oportuna y denuncia ante las autoridades.<sup>32</sup>

Se trata, en definitiva, de un sistema de responsabilidad administrativa de carácter objetivo, que no exige introducirse en el imposible análisis de la “culpabilidad” de la persona jurídica, en el que el delito cometido por la persona física juega un rol seleccionador, asimilable al de las condiciones objetivas de punibilidad, ante la imposibilidad material y antieconomicidad de investigar y sancionar todo defecto de organización empresarial aún cuando no se hubiera traducido en un resultado lesivo concreto.

De este modo se salva, además, el problema de la carga de la prueba -obsérvese que en la Ley N° 27.401 pareciera recaer sobre la persona jurídica imputada la demostración de las circunstancias atenuantes o eximentes de la responsabilidad-, que resultaría insuperable dentro de un esquema de responsabilidad penal, pero es admisible dentro de un marco de responsabilidad administrativa en el que las garantías del sujeto pasivo de la sanción se encuentran acotadas.

La circunstancia de que las sanciones sean aplicadas en sede penal, por su parte, no resulta óbice a concluir que su naturaleza es eminentemente administrativa, existiendo en el Derecho comparado sistemas en que esto está establecido por motivos de economía procesal o para dotar al procedimiento de mayores garantías. Así, por ejemplo, en la legislación italiana -que expresamente establece la naturaleza administrativa de las sanciones a las personas jurídicas-, “la competencia para conocer los ilícitos

---

<sup>32</sup> Cfr. Ley N° 27.401, artículo 9°.

administrativos del ente pertenece al juez penal competente para los delitos de los cuales los mismos dependen”<sup>33</sup>

Cabe concluir, entonces, del mismo modo en que se ha sostenido respecto del sistema de sanciones a las personas jurídicas del Código Penal español -el cual guarda significativas similitudes con el de la ley argentina- que,

(...) dado que el supuesto de hecho que fundamenta la imposición de estas consecuencias no guarda relación con el delito cometido, sino con el estado de desorganización de la persona jurídica, que ha propiciado o favorecido la comisión del delito, su naturaleza jurídica real sigue siendo la de consecuencias accesorias, sin finalidad sancionadora, sino meramente coercitiva y dirigida a prevenir la peligrosidad objetiva (del estado de desorganización) de la persona jurídica. Por tanto, se trata de consecuencias de naturaleza administrativa<sup>34</sup>.

Ahora bien, ¿por qué, si resulta mucho más sencillo y con idénticos efectos materiales –y no requiere, además, de mayores esfuerzos argumentativos, esotéricas teorías sociológicas, ni violencia contra el sentido usual de los términos jurídicos– encuadrar a las sanciones a las personas jurídicas en el marco del Derecho Administrativo Sancionador, se insiste sin embargo en caracterizarlas como penas propias del Derecho Penal?

La respuesta no puede ser otra que el propósito de aprovecharse, o más bien abusar, del valor simbólico que tiene el Derecho Penal. Así, en un contexto de creciente demanda social de soluciones frente a problemáticas a las que, con razón o sin ella, se atribuye responsabilidad a las grandes empresas, pareciera ser que el poder político abraza la idea de que brinda respuestas más enérgicas cuando aplica castigos “penales”, que si sólo se limitara a imponer sanciones de naturaleza administrativa. Esta idea, por demás discutible, soslaya además el hecho de que, en virtud de las

<sup>33</sup> Decreto Legislativo N° 231 del 8 de junio de 2001, artículo 36.1.

<sup>34</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel, *op. cit.*, pp. 261-262.

menores garantías de que está rodeado en principio el procedimiento administrativo, una sanción de tal naturaleza podría ser incluso más eficaz o severa que una sanción penal. Al respecto, se ha sostenido con razón que “si bien es notorio que el derecho administrativo sancionador no está limitado por todas las garantías del Derecho Penal y, por ende, tendría una mayor eficacia sancionadora, predomina la idea pública y política inversa, que considera mucho más fuerte la sanción penal y, sobre esa base, postula una radical reestructuración de todos los principios generales del Derecho Penal”.<sup>35</sup>

En definitiva, insistir en considerar a las personas jurídicas como sujeto de las normas penales, tiene un efecto concreto paradójico: se las somete a un régimen de mayor severidad simbólica, pero mucho más garantista y limitado que el que resultaría, en la práctica, de un sistema de sanciones administrativas. El problema radica en que, para brindar a los entes ideales ese marco de mayores garantías concretas, resulta necesario horadar las bases sobre las que se sustentan los límites al ius puniendi que aún resguardan a los individuos de carne y hueso de los embates del populismo penal y el punitivismo. Como se ha dicho: “la admisión de un régimen de punición para las empresas, importa, precisamente, acentuar la crisis de dogmas vertebrales del Derecho Penal liberal”.<sup>36</sup>

Lo antedicho, claro está, no implica desconocer la potencial utilidad que, en la disuasión de ciertas conductas ilícitas que se verifican en el ámbito de la actividad empresarial, puede tener la adopción de sistemas de responsabilidad de las personas jurídicas –en tanto se los mantenga, dogmáticamente, en el ámbito del Derecho Administrativo– como modo de promover la incorporación de programas de compliance y la mejora de los mecanismos de control al interior de las propias empresas. De hecho, la promo-

---

<sup>35</sup> Cúneo Libarona, Mariano, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 2014, tomo F, p. 723.

<sup>36</sup> JARQUE, Gabriel Darío; “Responsabilidad penal de las empresas”, en *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 2012, tomo A, p. 838.

ción de los programas de compliance tiene un sentido económico vinculado a la optimización de los recursos estatales destinados a la fiscalización de la actividad de las personas jurídicas en pos de evitar la comisión de actos ilícitos, que analizaremos seguidamente.

### III. EL SENTIDO ECONÓMICO DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Desde un punto de vista económico, se ha planteado que el objetivo del sistema penal ha de ser minimizar el costo social del delito, esto es, la suma del daño que las conductas ilícitas causan a la sociedad y el costo que implican los mecanismos destinados a su prevención<sup>37</sup>. Al respecto, he sostenido que

(...) el Derecho penal será eficiente en la medida en que el costo social de la disuasión de las conductas ilícitas tienda a igualarse con el monto total de los daños que las mismas provocan. Ello por cuanto, si los recursos invertidos en disuasión estuvieran por debajo del punto de igualación con el costo social del delito, todavía podría obtenerse un beneficio social marginal incrementando los niveles de disuasión. Por el contrario, por encima del hipotético «punto de equilibrio», el costo de la disuasión «excedente» deviene superior al beneficio social marginal de la reducción del delito obtenida, por lo que resultaría socialmente beneficioso dejar algunos delitos impunes<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> Cfr. COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Derecho y economía*, México, FCE, 1998, p. 561.

<sup>38</sup> GOLDMAN, Diego, “Análisis económico del Derecho Penal y Derecho Penal Liberal: confluencias y bifurcaciones”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, vol. 38, N° 104, enero-junio de 2017, p. 18.

Dentro de esta óptica, trasladar los costos de prevención, investigación y sanción de los delitos cometidos por individuos que actúan en el ámbito de estructuras societarias complejas a las propias organizaciones es, en principio, un modo de disminuir los costos asociados a la disuasión de esas conductas y, por ende, minimizar el costo social del delito. La aplicación de sanciones administrativas a las personas jurídicas por la falta o ineficacia de mecanismos de control interno –y la correlativa atenuación o eximición de responsabilidad en el caso contrario– tiene por objeto, en este esquema, generar incentivos para que las mismas adopten voluntariamente programas de compliance adecuados y eficaces que ayuden a alcanzar aquel objetivo de eficiencia.

El supuesto sobre el cual se puede predicar la mayor eficiencia de la privatización de la prevención, investigación y sanción de los ilícitos cometidos en el ámbito de las empresas, es que en virtud de la complejidad de sus estructuras, la dispersión y estratificación de la toma de decisiones, la transnacionalidad de sus operaciones y flujos financieros, etcétera, es altamente costoso para el sistema de justicia penal estatal, cuando no imposible, determinar la identidad de los autores y partícipes individuales de tales delitos y reunir las pruebas para su enjuiciamiento y condena. Esto justifica que se delegue en las propias personas jurídicas el diseño y gestión del sistema de prevención de ilícitos, habida cuenta de que, en virtud de su mayor cercanía a los hechos y su conocimiento respecto de los organigramas, circuitos de toma de decisiones, procesos financieros y contables –de los cuales la autoridad estatal, a priori, carece– se encontrarían no sólo en mejor posición para llevar a cabo dicha tarea, sino que además podrían hacerlo a un costo menor.<sup>39</sup> La consecuencia de este proceso es lo que se ha denominado como nuevas formas de control social estatal, en las

---

<sup>39</sup> Sobre esta cuestión, y en relación a la Ley N° 27.401, se ha señalado que “...la ley presupone que son las personas jurídicas -ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal- quienes se encuentran en mejor posición de detectar internamente defectos de organización que puedan llevar a evitar hechos de corrupción”. González Guerra, Carlos - Tamagno, María José; *ob. cit.*

que “(...) el Estado reconfigura sus reglas; no establece normas con alto nivel de concreción para que el conjunto de sujetos destinatarios las aplique tal cual, sino que aprueba una normativa penal y administrativa general con objeto de que sean las propias empresas las que concreten con detalle las obligaciones y deberes de manera que se adapten a las particularidades o riesgos concretos que su actividad genere”<sup>40</sup>.

Para ponerlo en un ejemplo sencillo, supongamos que el sistema legal busca disuadir la comisión de delitos de corrupción que generan un perjuicio anual de U\$S 100.000.000 y que, para ello, debe enfrentarse a la opción de financiar un aparato judicial destinado a investigarlos y juzgarlos que implica un costo de U\$S 70.000.000, o “tercerizar” dichas funciones en las propias empresas a un costo de U\$S 30.000.000, más U\$S 5.000.000 destinados al sistema administrativo encargado de aplicar multas u otras sanciones a aquellas personas jurídicas que han permitido delitos por carecer de un programa adecuado de compliance.<sup>41</sup>

En este ejemplo, resulta claro que el sistema basado en la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y la consecuente privatización de los sistemas de control mediante la adopción de programas de compliance, resulta en una disminución del costo social del delito en comparación al sistema tradicional en el que es la autoridad estatal la encargada de perseguir y sancionar a los individuos que cometen actos ilícitos y, por tanto, resulta económicamente más eficiente y plenamente justificado.

Cabe objetar, sin embargo, que los sistemas de responsabilidad de las personas jurídicas como los adoptados por la Ley N° 27.401 o por el Código Penal español, parecen estar diseñados atendiendo a la problemática de las grandes empresas con estructuras –los que se basan no necesariamente se mantienen cuando

---

<sup>40</sup> Aguilera Gordillo, Rafael; *op. cit.*, p. 108.

<sup>41</sup> Cabe mencionar que el sistema de sanciones administrativas a las personas jurídicas tiene, casi por definición, un costo operativo menor que el de sanciones penales a las personas físicas, en la medida en que las exigencias probatorias son menores y los procedimientos más sencillos, en virtud de estar rodeado de menores garantías.

el análisis se posa en pequeñas y medianas empresas con una organización mucho más simple y acotada.

En esta inteligencia, debemos señalar que el discurso según el cuál intentar identificar y sancionar a los individuos que pueden ser sindicados como autores de delitos cometidos en el marco de complejas estructuras empresariales no sólo es altamente costoso para el sistema de justicia, sino en muchos casos prácticamente imposible, resulta severamente matizado, cuando no lisa y llanamente falso, en el supuesto de las pequeñas y medianas empresas, cuyos directorios por lo general no tienen más que tres o cuatro integrantes y la identidad de quienes tienen a su cargo la toma de decisiones es fácil de determinar. A ello cabe agregar que esta clase de personas jurídicas de estructura sencilla son, por lo general –al menos en Argentina y otros países de Latinoamérica– las protagonistas de la mayoría de los procesos judiciales por delitos económicos tales como la evasión tributaria, el contrabando o las infracciones a las regulaciones cambiarias.

Es decir que, en estos casos, no se verificaría el supuesto de que la investigación estatal del delito es sumamente compleja y costosa –por el contrario, suele ser relativamente fácil de llevar a cabo exitosamente si media una actuación judicial diligente– y, por el otro lado, la implementación de sistemas de vigilancia y control interno puede representar una pesada carga administrativa y económica en relación al giro de la empresa. A ello cabría agregar que el potencial daño causado por ilícitos cometidos con la intervención de pequeñas y medianas empresas sería, en virtud de su menor dimensión económica, también significativamente más bajo.

Volviendo a nuestro esquemático ejemplo inicial, podríamos suponer que en estos casos el costo del sistema penal “tradicional” es de U\$S 30.000.000, el daño causado por los hipotéticos delitos de U\$S 50.000.000, y el costo de los programas de compliance para las empresas más el sistema de sanciones administrativas destinado a respaldarlo de \$ 35.000.000. Como se ve, bajo estos presupuestos, inducir a las personas jurídicas más pequeñas a

adoptar programas de control interno resultaría económicamente ineficiente y, por lo tanto, injustificado.

A todo esto deberíamos agregar que, en muchos casos, el costo del programa de compliance tendría un peso relativo mucho mayor en el costo operativo total de una pequeña empresa que en el de una gran corporación multinacional, imponiéndole una desventaja competitiva que podría terminar constituyendo una verdadera barrera de entrada a ciertos mercados, con el consecuente perjuicio para la competencia en general y la concentración de la actividad en unos pocos actores de grandes dimensiones.

De lo expuesto se concluye que, si bien en algunos casos el establecimiento de un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos que se cometieron por la ausencia o deficiencia de sus mecanismos de control interno puede ser un medio eficaz para reducir los costos de prevención de tales ilícitos, con la consecuente ganancia de eficiencia para el sistema penal en su conjunto, no es posible generalizar tal conclusión abstrayéndose de los presupuestos que le dan sustento.

Siguiendo este razonamiento, podemos sostener que los sistemas legales deberían diferenciar entre los casos de grandes empresas –en los que los costos de identificar a los responsables materiales del delito son altos, y el costo relativo de los programas de compliance bajo– y los de organizaciones más pequeñas –en los que se puede identificar a los responsables del delito con un costo bajo, y el costo relativo de los programas de compliance es alto–, ya sea eximiendo a éstas últimas de la responsabilidad por los delitos cometidos en su ámbito, o al menos imponiéndoles reglas menos exigentes al momento de valorar la eficacia de sus mecanismos internos de control.<sup>42</sup> De lo contrario, se correría el riesgo no sólo de terminar imponiendo reglas de responsabilidad ineficientes –por cuanto optan por un mecanismo de prevención del delito

---

<sup>42</sup> Este pareciera ser el criterio adoptado, en cierta medida, por el Código Penal español, que en su artículo 31bis, apartado 3, prevé la posibilidad de que las personas jurídicas de pequeñas dimensiones adopten sistemas de supervisión simplificados.

más costoso que el resultante de la aplicación de los tradicionales criterios de responsabilidad penal estrictamente individual–, sino incluso de restringir innecesariamente la competencia en ciertos mercados, con el consecuente perjuicio para la actividad económica en su conjunto.

#### IV. CONCLUSIONES

La Ley N° 27.401 ha introducido en el Derecho argentino un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas por delitos de corrupción cometidos por sus integrantes, dependientes o representantes, mediando su intervención o connivencia, que va en línea con los compromisos internacionales asumidos por el país en la materia, así como con la legislación contemporánea de la mayoría de las naciones latinoamericanas y de Europa continental.

Aún cuando se ha caracterizado a dicha responsabilidad como de naturaleza penal, el sistema de la ley no supera las severas objeciones que tradicionalmente se han presentado contra la posibilidad de que las personas jurídicas sean sujeto de sanciones penales. La cuestión relativa a la naturaleza jurídica de las sanciones adquiere, en este sentido, relevancia en un contexto de progresivo cuestionamiento de las categorías tradicionales del Derecho Penal, en el que admitir la deformación de conceptos tales como los de acción, imputabilidad y culpabilidad para adaptarlos a la realidad de las personas jurídicas, contribuiría a vaciarlos de sentido en detrimento de las garantías que amparan a los individuos sometidos a un proceso penal. Sin embargo, nada obsta a considerar que se trata de un sistema de sanciones de carácter administrativo, aplicadas en sede penal, que tienen su fundamento en la existencia de defectos de organización en el ente ideal que, en virtud de la ausencia o ineficacia de mecanismos de control interno, permite, tolera o incluso promueve la actividad ilícita realizada en su nombre o beneficio.

Desde esta perspectiva, el sistema de sanciones administrativas a las personas jurídicas tendría por finalidad generar incentivos para que éstas adopten programas eficaces de compliance, destinados a disuadir y detectar conductas ilícitas generadas en el marco de la actividad empresarial, a un costo significativamente menor que el que representaría la aplicación estricta de un modelo de responsabilidad penal individual tradicional.

No obstante lo antedicho, es menester distinguir los casos vinculados a organizaciones de gran tamaño y complejidad, en las que determinar responsabilidades individuales resulta arduo y costoso y, por tanto, deviene eficiente delegar tales funciones en la propia organización induciéndola a la adopción de programas de compliance, de aquellos relativos a entes ideales de estructura más sencilla, en los que la dilucidación de la autoría de los delitos no presenta mayores obstáculos y a los que, por el contrario, exigirles la incorporación de mecanismos de vigilancia y control interno puede representarles un importante sobre costo que no siempre estarán en condiciones de afrontar.

Respecto de esto último, resulta preciso ponderar y propiciar aquellos instrumentos legales que no sólo tiendan a un sistema penal más eficiente, con una estructura burocrática más liviana y un costo menor para el erario público, sino que además no se erijan en un obstáculo para el desarrollo de una economía dinámica y competitiva, que termine favoreciendo el status quo en beneficio de quienes ostentan ya una posición predominante en el mercado.

