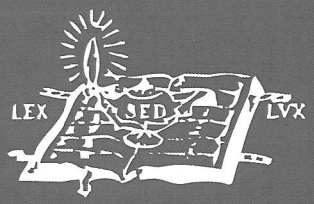
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

INSTITUTO DE DERECHO PENAL
Director: Siro M. A. De Martini

Estudios de Derecho Penal
Año 2016

Santiago Ottaviano ◆ Roberto Durrieu ◆ Ignacio Rodríguez Varela
Alejandro Freeland ◆ Juan María Rodríguez Estévez ◆ Marco Antonio
Terragni ◆ Félix Adolfo Lamas (h.) ◆ Eduardo J. Riggi ◆ Alejandro
Martín Becerra



PERSONA JURÍDICA. RESPONSABILIDAD PENAL

POR JUAN MARÍA RODRÍGUEZ ESTÉVEZ

Sumario: I. Algunos aportes para su fundamentación.- II. Algunas consideraciones del Proyecto.

I. Algunos aportes para su fundamentación

1. En el plano propio de la política criminal existe un importante consenso con relación a las tres razones principales que fundamentan la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En primer lugar, se afirma que no siempre es posible sancionar penalmente a las personas físicas que actúan en representación del ente ideal por los delitos cometidos en el ámbito de actividad de aquella. En segundo término, se sostiene que incluso de llegarse a esa sanción, ese reproche penal individual se presenta como una respuesta plausible pero insuficiente para la criminalidad empresaria. Por último, se asegura que alternativas orientadas a la sanción de la propia persona jurídica al margen del derecho penal y su sistema de enjuiciamiento (por ejemplo, el recurrir a sanciones propias del ámbito administrativo) no son adecuadas para la mayor parte de la criminalidad que se genera en la actividad del ente ideal.

2. En el plano judicial y académico la iniciativa de hacer responsables penalmente a las personas de existencia ideal ha sido tachada de inconstitucional (cfr. CSJN, "Fly Machine", 30/5/2006, Fallos: 329-1974 (2006), L.L. 206-D-523, voto del juez Zaffaroni), por cuanto, es preciso rebatir dicha crítica para legitimar la iniciativa de referencia.

En el plano del derecho positivo, la legislación aduanera ha sido el terreno más propicio donde se discutió —con cierta amplitud— la posibilidad

de hacer responder penalmente a las empresas por la comisión de estos delitos. Puede afirmarse que, en nuestro sistema legal, la discusión sobre la existencia o no de una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas reconduce a la legislación aduanera.

Dicho ámbito normativo posibilitó las más intensas discusiones en el ámbito judicial. En la actualidad, la disputa se ha orientado a decidir si los reparos dogmáticos para implementarla configuran un obstáculo constitucional insuperable o si, por el contrario, dicha discusión puede ser superada por el legislador recurriendo a criterios razonables de política legal ajenos al control judicial de conveniencia y oportunidad. El tema, en definitiva, refleja una delgada línea entre aquello que integra el legítimo control de constitucionalidad de las leyes, por una parte, y el límite mismo de la actuación de los jueces con fundamento en la división de poderes, por la otra.

Al respecto, se concluye que, en materia de definiciones dogmáticas complejas, en las cuales las decisiones no se presentan como una cuestión evidente y manifiesta, el legislador cuenta con un margen de libertad tal que él mismo puede definir la cuestión recurriendo a una y otra solución dogmática, sin que ello implique que la decisión de fondo escogida por el legislador pueda ser revisada por el Poder Judicial a través de su control de constitucionalidad difuso.

Desde el punto de vista constitucional, es preciso establecer si el estándar normativo de "hecho" previsto por el art. 18 de la Constitución Nacional —como presupuesto de la imposición de una pena— se encuentra exclusiva y excluyentemente ligado a la intervención de la persona humana, quedando excluido cualquier tipo de actuación de una persona de existencia ideal.

Si consideramos el término "hecho" en un sentido amplio, como realidad fáctica que modifica el mundo circundante y que, por ende, puede ser susceptible de ser asignado a un sujeto como centro normativo de imputación y no como una realidad viva y ontológica, no hay inconveniente en afirmar que determinado "hecho" puede pertenecerle a la empresa como propio y en consecuencia no habría agravio constitucional alguno.

Una vez definida como delictiva una determinada y taxativa realidad fáctica, la determinación de los sujetos destinatarios de la consecuencia jurídico-penal prevista para dicho suceso constituye materia de pura decisión legal, siendo muy discutible la existencia de un mandato constitucional que limite el término "hecho" al producto de una realidad exclusiva y excluyentemente humana.

3. Si bien es cierto que el Proyecto de referencia se trata de una legislación material; no lo es menos que debe pensarse íntegramente en su implementación procesal a través de la debida adaptación del CPPN para su implementación.

Teniendo en cuenta las consecuencias materialmente penales que se prevén para las personas jurídicas, resulta imprescindible asegurar, desde el inicio mismo del proceso de investigación penal, la participación útil de esta en el juicio, para garantizar su defensa material.

Debe trasladarse a la empresa el estándar procesal de sindicado en la comisión de un delito a los fines de poder tener acceso material a la investigación, obtener copias de las actuaciones, y ejercer con utilidad los derechos que prevén —por ejemplo a nivel nacional— los arts. 72 y 279 del CPPN. En otros términos, debe garantizarse a la entidad ideal el libre acceso al expediente y el contralor de la investigación.

Los problemas procesales que plantea la participación útil de la persona jurídica en el proceso penal abarcan desde los requisitos de validez de la notificación de la existencia de la causa cursada a la persona jurídica, hasta la determinación de quién será el sujeto individual legitimado para representarla en el proceso.

En un esquema de imputación directo hacia la empresa, su defensa deberá ser garantizada por la intervención de los órganos legítimamente constituidos durante el curso mismo de la investigación, puesto que ya no se trata de establecer responsabilidades penales individuales, sino aquellas estrictamente corporativas. Si la declaración indagatoria se entiende como un primer acto material de defensa en juicio, a ella deberá concurrir —en representación de la empresa— el órgano societario de representación legítimamente constituido en el momento mismo de concretarse dicho acto procesal o un apoderado especialmente designado a tales efectos.

4. A los fines de la implementación concreta del sistema de penas previstos para las empresas, el análisis económico del delito se enmarca dentro de la función de prevención general positiva de aquellas, y puede ser muy útil para entender ciertas cuestiones relacionadas con la criminalidad de la empresa, donde se impone la necesidad de enfocar al autor de un delito empresario no ya como un individuo marginal, sino más bien como un auténtico *homo economicus* que se maneja predominantemente con parámetros utilitarios de costo-beneficio.

Desde el análisis económico del delito se afirmará que cuanto más elevado sea el precio a pagar por delinquir, menor será el número de delitos

que se deseará cometer, cuestión que conecta directamente con la discusión, propia del derecho penal, vinculada al carácter disuasivo del castigo. Si la probabilidad de condena se interpreta como efecto disuasivo, el eficaz funcionamiento del sistema judicial será decisivo a la hora de evaluar las respuestas del Estado frente a la criminalidad económica.

II. Algunas consideraciones del Proyecto

Con relación al texto del Proyecto corresponde hacer las siguientes manifestaciones:

1. Si bien es cierto que se trata de una iniciativa vinculada con los delitos contra la administración pública; no lo es menos que una adecuada respuesta al problema que enfrenta el derecho penal en la actualidad lleva necesariamente a la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no sólo para los delitos contra la administración pública, sino también para otro tipo de injustos penales que ponen en riesgo los bienes jurídicos de los ciudadanos y las expectativas de confianza en diversas normas de carácter penal.

Esto puede aplicarse tanto para los fenómenos de accidentes evitables en medios públicos de transporte, tales como aviones y ferrocarriles, como también para aquellos delitos contra el orden económico y financiero que no necesariamente implican un perjuicio para la administración pública y exceden aquello que es conocido como la corrupción pública.

La responsabilidad penal de las empresas excede la mera discusión de su implementación en el ámbito estrictamente económico. Tradicionalmente, se ha afirmado que la posibilidad de aplicar sanciones penales a la empresa requeriría que la corporación empresaria hubiera obtenido un beneficio patrimonial a raíz de la comisión del delito. Esta afirmación, limitada a la esfera del derecho penal económico, deja fuera un considerable grupo de casos que integran un panorama más amplio de la realidad, superador de un modelo de derecho penal empresario anclado en parámetros patrimoniales.

En este orden de ideas, la limitación que postula el art. 3, pto. 2, a partir de una perspectiva estrictamente económica para la empresa, deja fuera de lado supuestos de delitos cometidos por sus funcionarios que la corporación, si bien no obtuvo un beneficio económico, relajó sus controles internos de prevención de ilícitos y por su defecto de organización puede también, ser merecedora de un reproche penal.

En este sentido, con relación al criterio para asignar responsabilidad penal a la persona jurídica, se advierte que el Proyecto limita, pura y exclusivamente, como criterio de imputación para la entidad, los delitos que hubiesen

sido realizados en su nombre, representación, o interés, cometidos por sus representantes.

Al respecto, es importante señalar que los delitos contra la administración pública pueden haber sido cometidos por estos directivos y no siempre generar responsabilidad penal para la entidad, la cual solamente debería ser prevista para cuando, además de la comisión en beneficio o interés de la persona jurídica, se acredite contra ésta, que ello pudo logarse mediante la inobservancia de los deberes de diligencia y cuidado propios de la empresa. Esta cuestión permite introducir en la legislación positiva a implementarse, la figura del oficial de cumplimiento, conocido como *compliance* en el mundo anglosajón, y que de alguna manera viene a ser la figura a la cual se está recurriendo en países de la región como Chile, y también en Europa —España e Italia— para colocarlos en una posición de garante en la evitación de conductas delictivas dentro de la corporación empresaria por fraudes en connivencia con la administración pública.

Debería buscarse la manera de introducir en este Proyecto —de modo claro y expreso— la necesidad de contar las empresas con oficiales de cumplimiento y que la infracción de los deberes de aquellos, sumada a la intervención de sus representantes que genere responsabilidad penal, no sea sólo el resultado del autor individual, sino también la consecuencia de falta de organización debida sobre el riesgo empresaria por parte de la persona jurídica.

En el Proyecto que se analiza solo se advierte la imputación a la persona jurídica por el hecho realizado en su nombre y representación, y se deja afuera aquellos casos que también podrían haberse vistos facilitados por la inobservancia de los deberes de cuidado por parte del empresario a cargo del riesgo penal corporativo.

Es decir, a la par de la determinación de que el hecho se ha cometido en beneficio o con la intervención y en nombre de la persona jurídica, será preciso acreditar que se hubiera violado por parte de la entidad empresaria un deber de contralor que posibilite la comisión del delito.

Esto puede asegurarse en el Proyecto con una cláusula que limite la responsabilidad penal de las empresas cuando:

a) El órgano dirigente ha adoptado y actuado eficazmente, previo a la comisión del hecho, un modelo de organización y de gestión idóneo para prevenir el delito de la especie del que se ha verificado.

b) El compromiso de vigilar el funcionamiento y la observancia del modelo y su actualización ha estado confiada a un organismo del ente dotado de poder autónomo, de iniciativa y de control.

c) La persona ha cometido el delito eludiendo fraudulentamente el modelo de organización y gestión.

2. La violación a un deber de control debe ser considerarla un verdadero criterio de imputación para la persona jurídica, de manera de legitimar la imposición de la pena a esta, cuando los hechos delictivos hubieren sido realizados en nombre, con la intervención o en beneficio de aquella y por omisión de los deberes de control y vigilancia sobre los autores individuales.

Es decir, se exige que, además de requerirse que el hecho hubiere sido realizado en nombre, con la ayuda o en beneficio de la persona jurídica o con recursos facilitados por esta, el delito hubiere sido posible por el incumplimiento de las reglas internas de procedimiento y la falta de control y vigilancia de la persona jurídica sobre el comportamiento de sus órganos.

Se propone aquí la posibilidad de recategorizar un tradicional estándar de graduación de la sanción para convertirlo en un verdadero supuesto de responsabilidad penal por el hecho propio de la persona jurídica, para asegurar, de esta forma, el principio de culpabilidad para la entidad empresaria.

3. A los fines de establecer el modo en que se establecerá la falta organizacional de la persona jurídica para generar su responsabilidad penal por incumplimiento de los deberes de supervisión y vigilancia, ha cobrado relevancia en los últimos años la designación, dentro de la empresa, de personas individuales que intervienen en una suerte de delegación, en los particulares, de la función estatal de prevención de delitos a través del surgimiento de exigencias legales que obligan a las empresas a contar con oficiales privados de cumplimiento de mandatos legales públicos.

Este oficial de cumplimiento asumirá las tareas concretas e individuales de garante, cuyo rol específico y ámbito de competencia generará las expectativas normativas de aseguramiento de una fuente de peligro. En este nuevo sujeto penal empresario podrá materializarse la falencia empresaria en el control y vigilancia de la actividad, de modo que su omisión y falta de contralor personal permitirá generar una responsabilidad penal institucional de la persona jurídica por hecho propio.

La reciente sanción de la ley 20.393, que en Chile ha instaurado la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho, pueden ser un marco interesante de referencia para este Proyecto.

Las empresas serán responsables de los delitos antes mencionados que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales,

representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.

Bajo los mismos presupuestos serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior.

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales, indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.

Las empresas podrán adoptar el modelo de prevención a que allí se hace referencia, el que deberá contener a lo menos los siguientes elementos:

a. Designación de un encargado de prevención. El encargado de prevención deberá contar con autonomía respecto de la Administración de la Persona Jurídica, de sus dueños, de sus socios, de sus accionistas o de sus controladores.

b. Definición de medios y facultades del encargado de prevención. La Administración de la Persona Jurídica deberá proveer al encargado de prevención los medios y facultades suficientes para el desempeño de sus funciones, entre los que se considerarán al menos:

Los recursos y medios materiales necesarios para realizar adecuadamente sus labores, en consideración al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica.

Acceso directo a la Administración de la Persona Jurídica para informarla oportunamente por un medio idóneo, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su gestión y reportar a lo menos semestralmente.

Por ello, se propone agregar a la iniciativa legislativa el establecimiento específico de un sistema de prevención de los delitos.

El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer un sistema de prevención de los delitos para la persona jurídica, que deberá contemplar a lo menos lo siguiente:

a) La identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos.

b) El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos indicados en el literal anterior, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los mencionados delitos.

c) La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados.

d) La existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos.

Estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en los reglamentos que la persona jurídica dicte al efecto y deberán comunicarse a todos los trabajadores. Esta normativa interna deberá ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos los máximos ejecutivos de la misma.

5. Por estas consideraciones, es correcto el Proyecto cuando establece que la responsabilidad de la persona jurídica será autónoma de la responsabilidad penal de las personas naturales. Aquí se propone que también podrá perseguirse dicha responsabilidad cuando, habiéndose acreditado la existencia de alguno de los delitos específicos, no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales, siempre y cuando en el proceso respectivo se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas con capacidad de decisión y que fallaron los deberes de autocontrol empresarial.

En este orden de ideas, si en el artículo 8 del Proyecto se establece que la persona jurídica será condenada con independencia de la identificación del autor individual, se propone que para evitar un supuesto de responsabilidad objetiva, introducir aquí una cláusula tal como: "siempre que el hecho delictivo se hubiese comprobado y el mismo hubiera sido posible por la inobservancia de los deberes de autoprotección empresarial exigidos a la entidad".

6. Con relación a las atenuantes, el sistema chileno establece que las circunstancias atenuantes de la pena se aplica cuando la persona jurídica colabora cuando, en cualquier estado de la investigación o del procedimiento

judicial, sus representantes legales hayan puesto, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, el hecho punible en conocimiento de las autoridades o aportado antecedentes para establecer los hechos investigados. También por la adopción por parte de la persona jurídica, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación.

7. En los Estados Unidos, siguiendo su política de reformas, en el año 2010 la United States Sentencing Commission realizó algunas modificaciones a su político criminal empresaria, abarcando temas como el comportamiento empresarial una vez descubierto el delito, el involucramiento de los directivos en el ilícito y la implementación de un sistema preventivo como sanción.

Previo a la reciente reforma, el involucramiento de los directivos en el delito excluía de cualquier tipo de atenuación sancionatoria a la empresa al presumirse de ese modo la ineficacia del programa de cumplimiento, independientemente de su calidad o de su apropiada implementación. La enmienda del año 2010 deja sin efecto ese parámetro y asume la aplicación de la atenuación de pena incluso cuando sean los propios directivos quienes participen en el ilícito, siempre y cuando: i) el encargado del área de cumplimiento haya podido informar directamente a la dirección empresarial; ii) sea el programa de cumplimiento de la empresa, antes que un externo, el que haya posibilitado el descubrimiento de la conducta ilícita; iii) la propia empresa haya reportado el hecho inmediatamente a las autoridades competentes y iv) ningún empleado del área de cumplimiento esté vinculado de una manera al hecho delictivo.

A más tardar, desde el caso de los programas de cumplimiento de grandes corporaciones como Enron y WorldCom, provocado, entre otros motivos, por la negativa de los directivos responsables a atender las reiteradas denuncias y advertencias de los trabajadores de la comisión de conductas ilícitas dentro de esas organizaciones, se impuso a las empresas la obligación de instalar un sistema de denuncias internas —*whistleblowing*— apropiado para recibir denuncias tanto de los propios empleados como de terceros, debiendo velar por su anonimidad y confidencialidad como mecanismos protectores a eventuales represalias por parte de los empleados.

Independientemente de la forma en que la empresa obtenga información relacionada a eventuales irregularidades o a conductas potencialmente infractoras, se debe tomar las medidas necesarias para su esclarecimiento, en tanto concurran los indicios suficientes que la justifiquen. Pese a que no existe la obligación legal de incorporar este procedimiento, conocido en el derecho estadounidense como *internal investigation*, la

doctrina de la graduación de la pena establece una reducción considerable de la sanción si la empresa demuestra una amplia cooperación con las autoridades persecutoras y adopta, al mismo tiempo, las medidas necesarias para superar los defectos de organización *ex post*.

8. Otro orden normativo en los EE.UU. de vital interés para esta cuestión lo constituyen las Sentencing Guidelines, Chapter 8 —Sentencing of organizations—.

El capítulo 8 del Manual de reglas seguida por las Cortes en los Estados Unidos al momento de dictar sentencia versa sobre las personas jurídicas u organizaciones.

El tribunal debe exigir a la persona jurídica que enmiende el mal causado por la ofensa.

Si la persona jurídica operaba principalmente con fines criminales o funcionaba por recursos obtenidos por actividad ilegal, la multa debe ser puesta lo suficientemente alto a fin de despojar a la organización de todos sus acciones/valores.

El monto de la multa para las demás personas jurídicas debe basarse en la seriedad de la ofensa cometida y la culpabilidad de la PJ. La seriedad de la ofensa se establece en base a la ganancia pecuniaria obtenida.

Generalmente, la culpabilidad se determina mediante 6 factores que deben ser considerados por el tribunal al momento de condenar:

- Los primero 4 agravan la pena:

i. tolerancia o involucramiento en la actividad ilícita; ii. el historial de la PJ; iii. violación a un deber, iv. obstrucción de la justicia.

- Los últimos 2 atenúan la pena:

v. la existencia de cumplimiento efectivo y programa de ética; vi. autodenuncia, cooperación o aceptación de responsabilidad.

Asimismo, se prevé una suerte de suspensión del proceso sujeto a las siguientes condiciones: a) que la organización desarrolle y entregue al juzgado un *effective compliance* y un programa de ética; b) una vez que el programa antedicho sea aprobado por el juzgado, la organización notificará a sus empleados y socios de la actividad ilícita cometida y del programa aprobado por el juzgado; c) se exige la reparación del perjuicio sufrido.

9. Con relación al destino de las multas, parece saludable que las mismas no ingresen a la PGN para evitar la selectividad en la persecución

penal. Por otra parte, no puede dejar de mencionarse que dicho órgano deberá instrumentar a través de instrucciones generales una adecuada manera de encarar la persecución penal y el programa de colaboración eficaz de modo previo a su puesta en marcha, sin perjuicio de sus posteriores mejoras, con la finalidad de evitar la improvisación en su futura implementación.

10. Tal como puede apreciarse, la iniciativa es un paso importante en la lucha contra la criminalidad corporativa, focalizada en la participación empresarial con la corrupción pública. Sin perjuicio de ello, no puede dejar de mencionarse que en el ámbito del derecho penal comparado, los Estados Unidos se encuentran en un proceso de rediseño de su política criminal aplicada, ya que se ha comprobado que el avance contra las corporaciones en sede penal, no ha ido acompañado de una adecuada persecución penal individual contra las personas físicas responsables de tal accionar. ◆