

Exigibilidad y reproche penal para la empresa

por
Juan María Rodríguez Estévez¹

I. Puntos de partida

A partir de la entrada en vigencia de la Ley 27.401 la República Argentina cuenta con un régimen de responsabilidad penal para las empresas por delitos vinculados con casos de corrupción de funcionarios públicos². Sin embargo, de momento no está muy clara la manera en la cual su puesta en funcionamiento impactará sobre la culpabilidad penal de la persona de existencia ideal, tanto en su faz de principio esencial del Derecho penal, como en su ámbito de categoría dogmática que integra la teoría del delito.

En las líneas que siguen se delinearé una propuesta practicable que permita contar con un esquema de implementación de la culpabilidad penal para la empresa en el marco del Derecho positivo que nos proporciona la nueva legislación. Aquello que aquí se pretende, es presentar una aproximación axiológica de hermenéutica jurídica que resulte útil a los operadores del sistema de administración de justicia que tengan a su cargo la implementación del nuevo marco normativo.

Se ha sostenido que el trabajo hermenéutico es hacer comprensible los textos jurídicos y que por ende la hermenéutica es comprensión. En este contexto, la aplicación de una ley al caso no puede ser entendida como mera interpretación de un texto, sino que se trata más bien de un proceso de concreción de la decisión en el que confluyen de manera indisoluble elementos descriptivos, cognitivos y normativo-valorativos de diversa índole que terminan legitimando la imposición de una pena. Ello puesto que, en definitiva, el análisis sistémico que permite la dogmática jurídico penal como medio de participación en la creación del Derecho permite su perfeccionamiento³.

En este contexto, no debe perderse de vista la dimensión ético - normativa de la dogmática, puesto que, la gran pregunta que la mueve, es la relativa al sentido de una conducta desde el punto de vista de la correcta atribución de responsabilidad⁴. La teoría del delito es una teoría de los presupuestos generales bajos los cuales puede ser hecha responsable una persona por la comisión de un hecho que se define como delito y permite la imposición de una pena. En definitiva, la gran fuerza de la actividad dogmática reside

¹ Master en Derecho penal por las Universidades Pompeu Fabra y Barcelona. Doctor en Derecho por la Universidad Austral. Profesor de Derecho penal empresario (Universidad Austral). Integra el Capítulo Argentino de la World Compliance Association.

² Publicada en el Boletín Oficial del 01-XII-2017, N° 33763, 3.

³ Cfr. Ricardo Robles PLANAS, *Estudios de dogmática jurídico - penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, Bdf, Buenos Aires, 2004, 6.

⁴ Cfr. Pablo SANCHEZ-OSTÍZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post - ejecutivas*, Garriges Cátedra y Thomson - Civitas, Madrid, 2014, 371.

precisamente en vincular los presupuestos generales del delito, esto es, la teoría de la responsabilidad penal, a la teoría sobre el fin y sentido de la pena, a su fundamento de legitimación⁵.

Así, cabe preguntarnos en primer lugar si es posible afirmar la responsabilidad penal de las empresas sin afectación del principio de culpabilidad. Con otras palabras, plantearnos si la responsabilidad penal de las empresas -regulada por la legislación vigente- implica contradecir las principales conclusiones del principio de culpabilidad penal por el cual nadie responde por actos de otro y nadie responde por la mera causación de un resultado.

En segundo lugar, y ahora con relación a la culpabilidad penal como categoría fundamental de la estructura de la teoría del delito, la cual lo define como acción, típica, antijurídica y culpable, entiendo que es importante plantearnos la manera en cómo sostener la responsabilidad penal de las empresas como reproche normativo corporativo. Es decir, como juicio de imputación de responsabilidad penal por un determinado suceso tipificado por el Legislador.

En tercer término, se analizará el modelo de imputación de responsabilidad penal corporativa por el cual ha optado nuestro sistema legal y la manera en que aquel debe ser interpretado -de manera teleológica y sistemática- a los fines de armonizar las respuestas dogmáticas a los nuevos problemas que, para la culpabilidad penal, la empresa, como nuevo sujeto de Derecho penal, trae aparejados.

Por último, se determinará -siempre desde la culpabilidad penal- la incidencia de los llamados programas de cumplimiento en la determinación y configuración de la culpabilidad empresaria con incidencia en el juicio de reproche normativo que ello implique o, por el contrario, en la configuración de un bloqueo de la tipicidad y la consecuente exoneración de culpabilidad penal para la entidad en razón de la existencia de aquellos junto a la acreditación de un sistema de control y supervisión idóneos por parte de la estructura corporativa para la prevención de los delitos regulados por la ley vigente⁶.

A continuación, algunas premisas sobre las cuales parte el análisis que se propone.

El legislador argentino ha optado por la vía penal para sancionar penalmente a las empresas por los delitos de corrupción realizados directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio. Se descartó, de esta

⁵ *Ibid*, 371.

⁶ Con relación a los orígenes del *criminal compliance* puede verse Fabián I. BALCARCE y Rafael BERRUEZO, *Criminal compliance y Personas jurídicas*, Bdef, Buenos Aires, 2016, 139 y siguientes.

manera, la sanción administrativa como respuesta estatal como sucede, por ejemplo, en Italia y Alemania⁷.

La necesidad de adaptar el esquema de imputación de responsabilidad penal para las empresas es una tarea irrenunciable y constituye un desafío ineludible para asegurar una correcta imputación que respete los principios penales y las garantías, tanto de fondo como procesales.

Al respecto puede verse lo expreso en el ámbito jurídico español por la Sentencia del Tribunal Supremo 514/2015 de 2 de septiembre -Ponente Manuel Marchena Gómez-, cuando mencionó que ya se opte al amparo del artículo 31 *bis* del CP por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el Derecho penal.

La definición legislativa adoptada por la Argentina permite adelantar dos reflexiones: a) la política criminal desbordó la discusión teórica; b) la implementación judicial de la ley deberá respetar los principios del Derecho penal -principalmente el de legalidad y culpabilidad en materia de imputación- y el debido proceso y defensa en juicio en materia de enjuiciamiento. Sobre ese punto, es interesante el debate que se ha producido en España donde por Sentencia del Tribunal Supremo 221/2016, de 16 de marzo -Ponente Manuel Marchena Gómez-, se ha sostenido que las sanciones contempladas para las personas jurídicas en el Código penal español son de naturaleza penal y toda tendencia a enmarcarla en otro ámbito extra penal configura un criticable fraude de etiquetas⁸.

Los motivos que permiten sostener que cuestiones de política criminal fueron determinantes para llegar al escenario actual pueden ser agrupados del siguiente modo, cuyo denominador común es dar una respuesta a la necesidad

⁷ Si bien el sistema italiano ha recurrido a la sanción administrativa, la Corte de Casación por Sentencia del 17-9-2016 señaló el fraude de etiquetas del Legislador y reclamó la aplicación de los principios penales en la aplicación de las sanciones a las entidades empresarias. En Alemania, puede incluso apreciarse algunas iniciativas legislativas que apuntan a la responsabilidad penal empresarial. En el año 2013 el gobierno de Renania del Norte Westfalia (RNW), en aquel tiempo regido por el Partido social-demócrata alemán (SPD), presentó un proyecto de ley de Código penal para las Asociaciones. A principios de 2018, el Grupo de Investigación de Derecho penal para Asociaciones, fundado en la Universidad de Köln (Colonia), en el que tiene participación el Prof. FRISTER, presentó un proyecto para introducir la punición jurídico-penal de las asociaciones (cfr. Thomas WOSTRY en la introducción a la obra de Helmut FRISTER y Sara BRINKMANN, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fundamentación de la punibilidad desde el punto de vista de las teorías de la pena. Límites constitucionales de derecho material y procesal penal*, traducción de Marcelo Alberto SANCINETTI, Hammurabi, Buenos Aires, 2018).

⁸ Sobre mis críticas con relación al recurso del Derecho administrativo para enmascarar sanciones de carácter materialmente penal contra las empresas puede verse, Juan María RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, *Imputación de responsabilidad penal para la empresa*, Bdef, Buenos Aires, 2015, 87 y siguientes.

preventiva de evitar la impunidad: a) no siempre es posible la identificación del responsable en un caso penal empresario donde la dinámica propia de la estructura empresarial hace que intervengan diversas personas, tanto en un plano vertical como horizontal; b) cuando finalmente se logra individualizarlo, suele no ser el verdadero responsable cuando hay una cultura empresaria delictiva⁹; c) el juicio de reproche administrativo no suele contar con el carácter simbólico -en sentido positivo- que implica la sanción y la misma existencia del proceso penal. Sobre este último punto se ha afirmado recientemente que, si bien las sanciones penales para las personas jurídicas son, en su denominación y contenido, idénticas a las administrativas, sólo su significado simbólico varía, por su contexto jurídico-penal, tanto sustantivo como procesal¹⁰.

Es decir, se asiste a la asunción por parte de las entidades empresarias de un rol protagónico sobre la escena del crimen económico. En Europa, esta progresiva afirmación no ha pasado inadvertida por el legislador supranacional, quien ya desde finales de los años 90, con el protocolo de la Convención sobre la Protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea, recomienda que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para que las personas jurídicas pueden ser directamente responsable de los fraudes, la corrupción activa y el lavado de dinero cometido en su beneficio¹¹.

A ello debe añadirse un de política pública institucional: el empresario participa de la política criminal entendida como las tareas estatales en la prevención, identificación, investigación y sanción de delitos. Es decir, estamos en presencia de sujetos privados cumpliendo funciones públicas. El caso más emblemático lo constituyen las obligaciones de los sujetos privados que, normativamente, se encuentran obligados a denunciar operaciones sospechosas de lavado de dinero¹².

Otra premisa importante desde la cual aquí se parte, es que la implementación de un sistema de sanciones penales para las empresas no ha hecho desaparecer el riesgo penal individual de los directivos de empresa por los

⁹ Entre los fundamentos que se dan para sancionar penalmente a las empresas por los delitos cometidos por sus funcionarios, suele mencionarse que, en el ámbito del delito corporativo, las personas humanas pierden parte de su autonomía e identidad. Es decir, que actúan en un contexto que a veces les impone o los alienta a tener comportamientos diferentes de aquellos que tendrían si estuvieran solos (cfr. Carolina ROBLIGLIO, "Delitos cometidos en empresas: utilidad de los programas de cumplimiento para la determinación de los autores y partícipes individuales", en Nicolás DURRIEU y Raúl R. SACCANI (Dir.), *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial*, Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2018, 53-53.

¹⁰ Cfr. Jesús María SILVA SÁNCHEZ, "El debate sobre la prueba del modelo de *compliance*: Una breve contribución", disponible el 19-III-2020 en <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/01/1515b-1.pdf>.

¹¹ Cfr. Andrea R. CASTALDO y Marco NADDEO, *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, Cedam, Milano, 2010.

¹² Cfr. Carlos M. GONZÁLEZ GUERRA y Jorge A. VALERGA ARÁOZ (h), "Sujetos obligados a informar. Cuasi-funcionarios en la prevención del delito de lavado de dinero", *El Derecho Penal*, Revista Nº 12, El Derecho, Buenos Aires, 2011, 5 ss., 11.

delitos cometidos a través o por medio de la persona de existencia ideal. Subsiste, por ende, la responsabilidad penal empresaria a título individual. Es más, la sanción a las empresas se ha concebido de manera independiente de la sanción de sus directivos, 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.

Por otra parte, se ha regulado en el Derecho positivo vigente que los representantes de la empresa pueden generar responsabilidad penal del ente, incluso el administrador de hecho. Es decir, aquel que carece de atribuciones para obrar en representación de la empresa, pero que su gestión ha sido ratificada expresa o tácitamente.

Finalmente, los programas de cumplimiento como las atribuciones que se deleguen en el encargado de su seguimiento y control, configuran resortes esenciales a partir de los cuales trabajar sobre un concepto normativo de culpabilidad de la persona jurídica, la cual si bien carece de conciencia tal como la conocemos para las personas físicas, constituye un centro de imputación normativo a partir de su auto organización adecuada -a través de los instrumentos antes mencionados- que permite legitimar un concepto de culpabilidad corporativa a partir de aquellos.

Es importante tener presente que las cláusulas generales que encontramos en los distintos códigos penales vigentes y las propuestas de reforma que buscan dar una respuesta a la imputación de responsabilidad penal para las personas jurídicas, son cláusulas de imputación específicas para el ente colectivo y marcan un modelo de responsabilidad (vicarial o por hecho propio) y no configuran un tipo penal específico e independiente de aquellos de la Parte especial.

Es decir, del mismo modo en que las diversas cláusulas de actuación en lugar de otro permiten una transferencia de la legalidad penal desde la persona jurídica hacia la persona física; las disposiciones legales de la Parte general -o disposiciones introductorias en leyes especiales- que regulan la responsabilidad penal de las empresas, incorporan un sistema de imputación especial para la persona jurídica que, sea cual fuere, además deberá contar con la configuración de un injusto concreto de un tipo penal de la Parte especial (con todos sus requisitos) para poder generar imputación penal para la asociación.

Será clave entonces abordar aquí los distintos modelos sobre los cuales descansa un esquema normativo de imputación de responsabilidad penal corporativa para determinar cuál ha sido finalmente el escogido por la legislación argentina para su implementación. Dilucidado esto, o por lo menos hermenéuticamente clarificado, no puede escapar del debate la discusión procesal sobre a quién de los sujetos procesales le competará la acreditación de la falta de cumplimiento de las normas de autorregulación empresaria y la

falta de idoneidad de las medidas de autorregulación corporativa para prevenir el delito.

II. El principio de culpabilidad y su impacto en la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Es aceptado por todos que el principio de culpabilidad constituye uno de los pilares fundamentales sobre los cuales descansa nuestro Estado Constitucional de Derecho. En materia penal, se afirma que aquel constituye el presupuesto de la pena y por ende se sostiene que no hay pena sin culpa. Entre otras cosas, ello implica que el sujeto responde por las acciones controlables y no por el caso fortuito. Otro aspecto que integra el principio de culpabilidad se vincula con la personalidad de la pena, donde nadie puede ser sancionado por el hecho de otro¹³.

El contenido del principio de culpabilidad penal abarca la exigencia de saber que se hace y conocer el reproche, como la posibilidad de haber evitado el delito o de haber cumplido el mandato de obrar en supuestos de los delitos de omisión. Esto no es otra cosa que la intencionalidad o culpabilidad en sentido estricto, que designa la conciencia y voluntad del concreto delito y que, a su vez, puede asumir la forma de dolo o de culpa, según la intención vaya referida a la acción y al resultado o solo a la acción y no al resultado, no querido ni previsto aunque si previsible¹⁴.

Esto ha llevado a afirmar la arbitrariedad de un pronunciamiento judicial donde se aplicó un agravante sin haberse valorado en forma alguna el dolo del agente, en razón que no se examinó el desconocimiento que el agente habría tenido acerca de la configuración de aquel. Es decir, aquello que prohíbe el principio de culpabilidad es la punición de una conducta por su objetividad típica, prescindiendo de la voluntad concreta del agente en el hecho, la que presupone el conocimiento de elementos objetivos del tipo y la voluntad de realización conforme a esos conocimientos, como componentes necesarios de la tipicidad subjetiva y habilitadora de la pena¹⁵.

¹³ Las derivaciones del principio de culpabilidad en cuanto a la personalidad de la sanción cada vez son aplicables en mayor medida, también, al ámbito administrativo sancionador. Sobre el particular, es interesante traer a colación que este principio se aplica a casos de sanciones administrativas impuestas en Centros de Alojamiento de Contraventores de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde el artículo 52 establece que no podrán aplicarse sanciones colectivas. Al respecto puede verse el Anexo I, Subsecretaría de Justicia, Gerencia Operativa de Política Penitenciaria, Ministerio de Justicia y Seguridad, Centro de Alojamiento de Contraventores, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

¹⁴ Cfr. Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 4ª ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, 4ª ed., Trotta, Madrid, 2000, 490.

¹⁵ CSJN, 24-X-2013, "Núñez, Maximiliano", considerando 3º del voto en disidencia conjunto de los jueces LORENZETTI y MAQUEDA y considerando 4º del voto particular en disidencia del juez ZAFFARONI.

Estas consideraciones conducen a las dos principales consecuencias que impone respetar el principio de culpabilidad en materia penal, tanto en el plano de la subjetividad como en el ámbito de la personalidad del reproche. En atención al primero de ellos -subjetividad-, puede afirmarse que no hay responsabilidad por la mera producción de un resultado; mientras que en razón del segundo -personalidad-, suele sostenerse que nadie puede responder por actos de terceros, a menos que sea garante de evitar el resultado típico. Por ello, una de las principales utilidades prácticas del principio de culpabilidad aplicado a la tarea de los tribunales es impedir cualquier tipo de responsabilidad penal objetiva.

En el plano del Derecho penal individual, la responsabilidad objetiva o por el resultado se da cuando el individuo es susceptible de ser sancionado independientemente de que haya querido o previsto el acto antijurídico¹⁶. Desde esta perspectiva, se ha sostenido que ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción si no es el fruto de una decisión; consiguientemente, no puede ser castigado, y ni siquiera prohibido, si no es intencional, esto es, realizado con consciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer¹⁷.

En palabras de SÁNCHEZ OSTÍZ, para afirmar la libertad plena, es preciso afirmar no sólo que el sujeto conoce lo que hace (que obra con volición), sino que, además y a la vez, sabe lo que hace (que obra con voluntariedad). Volición y voluntariedad son, así, dos formas distintas de referirse a la libertad. En este sentido, se ha sostenido que el juicio de reproche que se encierra en la culpabilidad presupone (y por lo tanto implica) que se ha obrado con volición (luego, existe un hecho) y afirma, además, que el hecho se ha realizado con voluntariedad¹⁸.

En el plano de la responsabilidad penal empresaria los supuestos de responsabilidad objetiva pueden configurarse tanto en el plano de la responsabilidad individual de los directos; como en el plano de la responsabilidad penal de la empresa como sujeto independiente de Derecho penal.

Así, en el plano empresario individual, la responsabilidad penal objetiva se configura cuando el directivo es sancionado por la mera posición jurídica que ocupa en el ámbito de la organización empresarial. Con otras palabras, cuando se le transfiere la culpabilidad penal por la mera condición de administrador o representante del ente ideal.

¹⁶ Cfr. Santiago Carlos NINO, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría del delito*, Astrea, Buenos Aires, 1980, 50 y siguientes.

¹⁷ Cfr. Luigi FERRAJOLI, *Derecho ...*, 487.

¹⁸ Cfr. Pablo SÁNCHEZ – OSTIZ, *Imputación y teoría del delito. La doctrina Kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Bdef, Buenos Aires, 2008, 444.

Por otra parte, en el plano de la responsabilidad corporativa, se puede afirmar que se configura un supuesto de responsabilidad penal objetiva cuando la empresa es sancionada una vez que ha sido acreditado un delito en cabeza de uno de sus directivos sin tener en cuenta el modelo de autogobierno que la propia entidad corporativa diseñó para evitar la configuración del delito que finalmente, terminó siendo cometido por su representante o dependiente.

En definitiva, por responsabilidad penal objetiva de la empresa entendemos dos supuestos: a) la responsabilidad penal de la empresa por la mera comisión de un delito a través de ella o en su beneficio; y b) la sanción penal a la empresa en razón del delito cometido por alguno de sus directivos sin atención alguna al modelo de organización interna y del sistema de controles y supervisión dispuestos.

III. Modelos de imputación penal a la empresa

El núcleo central de la problemática de la responsabilidad penal de las empresas pasa por determinar si aquellas pueden ser consideradas como sujetos colectivos que aparezca como sujetos de imputación y, por tanto, sean obligado a normas de conducta. Con otras palabras, establecer si la persona jurídica integra el catálogo de sujetos que “deben hacerse cargo” de las consecuencias de determinados hechos¹⁹. Una vez determinado que esto es posible, generalmente por decisiones de política criminal del Legislador, el desafío pasa por establecer bajo que presupuestos se le puede adscribir a la empresa una responsabilidad penal por aquel hecho típico cometido en el ámbito de su competencia o actuación. Esto no es otra cosa que el debate y definición sobre los modelos de imputación de esa responsabilidad a la entidad empresaria.

Antes de ingresar al texto del Régimen penal empresario instaurado por la Ley 27.401, un repaso de las cláusulas de responsabilidad penal contenidas en el Régimen penal tributario y en el tipo penal de lavado de dinero pueden ser útiles para allanarnos el camino y permitimos un análisis sistemático del Derecho positivo vigente. Aquellas dos cláusulas específicas que regulan la responsabilidad de las asociaciones por delitos tributarios y lavado de dinero²⁰ merecen dos encuadres posibles: a) ser entendidas como una simple consecuencia jurídica para la empresa -incluso de carácter administrativo sancionador-, o bien; b) ser consideradas como un tópico propio e independiente de imputación de responsabilidad penal para la corporación.

¹⁹ Cfr. Osvaldo ARTAZA VARELA, *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2013, 373.

²⁰ El artículo 304 del CP establece que “(...) cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente” (...).

Con esta perspectiva de análisis, parece claro que la decisión que sobre este punto se tome determinará la necesidad, o no, de diagramar un sistema de imputación propio para la empresa, o por el contrario, uno que se limite a derivar la consecuencia sancionatoria para la empresa por el mero delito cometido por su representante en interés o beneficio de la entidad.

Así, uno de los puntos donde esta disyuntiva se pone a prueba se centra en la discusión sobre la capacidad propia de culpabilidad de la empresa, lo cual obliga a revisar el criterio que la considera como la mera verificación ontológica de libertades reales, sintetizado en el “poder en lugar de ello” propio del finalismo²¹.

Por el contrario, en la actualidad parece factible avanzar en el diseño de criterios de imputación de responsabilidad penal para las personas jurídicas no ya como un derivado de la responsabilidad individual del directivo que ha actuado en su nombre, sino, más bien, como un supuesto de responsabilidad penal por un hecho propio del ente ideal.

En este contexto, y dentro de un concepto prioritariamente normativo de la culpabilidad que fundamenta el reproche punitivo en la defraudación de expectativas sociales, resulta viable plantear la legitimidad de la responsabilidad penal de las empresas con fundamento en aquello que se ha dado en llamar organización defectuosa de la empresa, donde se espera de la corporación que se organice adoptando medidas idóneas de seguridad, vigilancia y control que reduzcan las posibilidades de comisión de delitos por parte de sus integrantes.

Esto se traduce en una suerte de posición de garantía empresaria que actúa a modo de barrera de contención de riesgos, entendiendo por estos no solo los derivados de la propia actividad de la empresa, sino también los que son consecuencia del comportamiento de sus directivos²². Aquí los deberes de supervisión y control sobre el riesgo empresarial son clave²³.

Es decir, uno de los interrogantes fundamentales que presenta la implementación práctica de la responsabilidad penal de las empresas es determinar si se trata de una responsabilidad accesoria -cuyo fundamento radicaría en la sanción penal que recaiga sobre sus directivos-, o si, por el contrario, la sanción a la empresa puede fundamentarse con independencia de un reproche judicial concreto a la persona física que actuó en su nombre,

²¹ Cfr. Hans WELZEL, *Derecho penal alemán*, trad. Juan Bustos Ramirez y Sergio Yáñez Perez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, 210.

²² Cfr. Jesús María SILVA SÁNCHEZ, Mirentxu CORCOY BIDASOLO y Francisco BALDO LAVILLA (coord.), *Casos de...*, 200, quienes han desarrollado la idea de posición de garante con fundamento en esta obligación de actuar como barrera de contención de riesgos.

²³ Entiendo por riesgo empresarial no sólo aquel que se deriva directamente de la propia actividad, sino también aquel que se desprende del comportamiento de quienes integran la empresa.

representación y beneficio²⁴. En palabras de SILVA SÁNCHEZ, el núcleo de la cuestión pasa por determinar si las personas jurídicas cometen hechos delictivos o si, por el contrario, responden por los hechos delictivos de sus integrantes²⁵.

En otros términos, las propuestas de imputación de responsabilidad penal para las empresas varían entre el modelo de la responsabilidad por atribución o vicarial, donde la imputación de responsabilidad a la persona de existencia ideal se origina por la transferencia a ésta de la responsabilidad originada por el hecho cometido por alguna persona física con una importante función dentro de ella; o por el contrario, un modelo de responsabilidad por un hecho propio, donde se afirma la atribución de una responsabilidad propia a la persona jurídica como tal.

Para el modelo de responsabilidad por atribución a la persona jurídica o sistema vicarial, se requiere la comisión de un hecho delictivo completo por parte de una de las personas físicas integradas en su seno, normalmente por una de las que integran sus órganos o la representan. Estos delitos pueden ser de comisión activa o, también, de comisión por omisión, en la medida en que los órganos omitan deberes de vigilancia, de coordinación o de selección que dan lugar a la conducta delictiva activa de un integrante de la empresa situado en los niveles inferiores de esta. Este modelo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica por atribución constituye el marco normativo para la implementación de sanciones a las empresas en el sistema jurídico anglosajón, donde la actuación de una persona individual lo suficientemente importante en la estructura empresarial se entiende como actos de la sociedad²⁶.

Es interesante destacar la similitud de este esquema con los parámetros de imputación de responsabilidad penal individual en Derecho penal empresario a partir de la cláusula de actuar en lugar de otro, donde aquello que se transfiere de la persona jurídica a la individual es la legalidad del tipo penal mas no la culpabilidad, dada la exigencia normativa de intervención en el hecho allí contenida²⁷.

²⁴ Cfr. Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: consecuencias accesorias contra la empresa", en *Derecho Penal contemporáneo*, octubre-diciembre, Legis, Bogotá, 2002, 55, para quien en el sistema de medidas accesorias previstas en su momento por el artículo 129 del Código Penal español no parecía descartado afirmar que para la imposición de aquellas se debía poder atribuir el hecho cometido en el seno de la empresa a una persona física concreta.

²⁵ Cfr. Jesús María SILVA SÁNCHEZ, "¿Qué significa la responsabilidad penal de las personas jurídicas?", en *Normas y acciones en Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, 69 ss., 69.

²⁶ Sobre los alcances del Derecho anglosajón sobre el particular, puede verse en nuestro medio Juan María DEL SEL, "Societas delinquere, ¿potes o non potest? La responsabilidad criminal de la empresa a la luz de la visión anglosajona", en Guillermo YACOBUCCI (ed.), Mario H. LAPORTA y Nicolás RAMIREZ (coord.), *Derecho Penal Empresario*, B de f, Montevideo – Buenos Aires, 2010, 89-128.

²⁷ A modo de ejemplo puede citarse el artículo 13, primer párrafo, del Régimen penal tributario instaurado por Ley 27.430 al establecer que "(...) cuando alguno de los hechos previstos en

Por otra parte, en el modelo de responsabilidad de la empresa por atribución, aquello que se transfiere de la persona física a la jurídica es, de manera inversa y en términos generales, la propia culpabilidad del actuante en lugar de otro, pues los requisitos de legalidad del tipo penal objetivo ya los reúne en sí misma la persona de existencia ideal.

Esto nos demuestra un ir y venir desde las cláusulas de actuación en lugar de otro con el modelo de imputación por atribución o vicarial, lo cual explica la convivencia posible entre ambos modos de imputación que parecen estar destinados a complementarse. Al respecto, no deja de ser significativo que la cláusula que instauró la responsabilidad penal de las empresas en el Régimen penal tributario no ha derogado, de modo alguno, la cláusula de actuación en lugar de otro allí contenida con anterioridad a dicha incorporación.

En efecto, el segundo párrafo del artículo 13 del Régimen penal tributario instaurado por Ley 27.430 establece que:

“(...) cuando los hechos delictivos previstos en esta ley hubieren sido realizados en nombre o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente: (...)”.

Un interesante antecedente normativo de este modelo de responsabilidad penal vicarial lo encontramos en la regulación legal del decomiso, eso es, en términos generales, la afectación a favor del Estado de los frutos del delito, incluso cuando aquel puede recaer sobre un tercero distinto del autor declarado penalmente responsable. En efecto, el tercer párrafo del artículo 30 del Código Penal establece que:

“(...) cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra éstos”.

Hasta aquí pareciera que los tipos penales que regulan la responsabilidad penal tributaria de la empresa como la responsabilidad de aquella por el delito de lavado de dinero están prioritariamente enmarcadas dentro de un modelo de imputación de responsabilidad penal vicarial. Digo “prioritariamente”, puesto

esta ley hubiere sido ejecutado en nombre, con la ayuda o en beneficio de una persona de existencia ideal, una mera asociación de hecho o un ente que a pesar de no tener calidad de sujeto de derecho las normas le atribuyan condición de obligado, la pena de prisión se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios, representantes o autorizados que hubiesen intervenido en el hecho punible inclusive cuando el acto que hubiera servido de fundamento a la representación sea ineficaz”.

que en trabajos anteriores²⁸ he postulado una reinterpretación del modelo vicarial previsto en aquellos tipos penales a la luz de las pautas mensurativas de la pena que para las empresas se regulan para ambos delitos, donde expresamente el Legislador estableció que, para graduar la pena a imponer, (...) los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes (...) ²⁹.

Sin perjuicio de esta concreción del sistema de imputación vicarial en nuestro ordenamiento legal, en aquello que hace al fundamento de la responsabilidad penal de las empresas se ha producido un cambio de foco en las razones por las cuales se impondría responsabilidad jurídico-penal a aquellas, ya que el sistema de responsabilidad para las personas jurídicas no estaría encaminado a desmotivar directamente el comportamiento delictivo de los empleados de la empresa, sino que más bien se dirige a fomentar la atención de los administradores en los mecanismos de prevención de estas conductas delictivas³⁰. Es decir, la exigencia de formación de reglas internas de conducta empresarial conocida como la instalación de programas de cumplimiento de la ley, tienden a asegurar una organización institucional adecuada del riesgo y presentan como su contrapunto la sanción penal corporativa si se produce algún resultado lesivo que debió haber sido evitado mediante el diseño correcto de la actividad empresarial.

En razón de ello, asistimos en la actualidad a un cambio de mirada en cuanto al centro de atención de los factores de atribución de responsabilidad penal para la empresa que se trasluce en una crisis de legitimidad del sistema vicarial de imputación. En efecto, se percibe un cambio de paradigma en la lógica del modelo de transferencia -de la responsabilidad individual de determinados representantes hacia la entidad-, a un modelo de aquello que podría decirse corresponde a una influencia directa de la empresa en la comisión de conductas delictivas a propósito de su actividad. Es decir, a la introducción de criterios adicionales para la imposición de responsabilidad jurídico-penal a la empresa con foco en el entorno organizacional³¹.

En este sentido, se advierte que si bien es cierto que la irrupción de las Directrices para imponer sentencias a organizaciones en los Estados Unidos es considerada mayormente como una expresión del sistema vicarial vinculado a lograr una mayor equidad al momento de la individualización de la pena corporativa; no lo es menos que estas reflejan un cambio de atención que se ha entendido como evolución de aquel modelo y que incluso ha derivado en

²⁸ Para mayores detalles puede verse Juan María RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, *Imputación ...*, 109 y siguientes.

²⁹ Cfr. artículo 304, inciso 6°, segundo párrafo del Código penal.

³⁰ Cfr. Osvaldo ARTAZA VARELA, *La empresa ...*, 57.

³¹ *Ibid*, 57.

serios intentos por justificar una verdadera responsabilidad penal de la empresa³².

Así, una de las principales demandas de la política criminal en el ámbito del Derecho penal de la empresa reside en la laguna de punibilidad que genera, para el modelo vicarial, la falta de sanción previa -por el motivo que fuere- para el directivo que hubiera intervenido en el hecho. Es decir, como el modelo de atribución permite trasladar la culpabilidad penal del órgano a la empresa, ante la ausencia de determinación judicial del primero, mal podría afirmarse la segunda. Estas circunstancias tienden a agravarse, por ejemplo, cuando la omisión de un juicio de responsabilidad penal individual de un directivo de empresa se configura a partir de su falta de individualización o bien por su no sometimiento al proceso por elusión del accionar de la Justicia.

Frente a esta realidad, el modelo de responsabilidad por hecho propio de la persona jurídica no requiere una transferencia a la persona jurídica de la responsabilidad de las personas naturales, ya que es una responsabilidad de la estructura empresaria en sí misma considerada como sujeto de Derecho penal, lo cual no es incompatible con la imputación de responsabilidad individual a la persona o personas físicas que cometieren directamente la actuación delictiva³³.

Si bien es cierto que la cuestión del hecho no plantea problemas en el esquema de responsabilidad derivada, no lo es menos que esta dificultad se reactiva con el modelo de responsabilidad por hecho propio de la persona jurídica, donde no resulta sencillo poder conceptualizar -por lo menos en términos ontológicos- la producción externa de un hecho por parte de un ente ideal, tal como lo conocemos a partir de una interpretación naturalística de los tipos penales.

En este orden de ideas, este parece haber sido el principal motivo de fundamentación del voto del juez ZAFFARONI en el caso "*Fly Machine SRL*"³⁴, donde a partir de un concepto finalista del comportamiento y de la culpabilidad, se terminó afirmando como mandato constitucional que el Derecho penal exclusivamente puede sancionar acciones que solo pueden ser cometidas por personas físicas con capacidad de motivación en la norma³⁵.

³² *Ibid*, 108.

³³ Cfr. Jesús María SILVA SÁNCHEZ, "¿Qué significa...?", 69 ss., 75, para quien la discusión continental europea en torno a la denominada culpabilidad por defecto de organización y la responsabilidad por la actitud criminal de grupo, que se proponen como títulos de atribución de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica, se corresponde con el cambio operado en el ámbito anglosajón.

³⁴ CSJN, 30-V-2006, "*Fly Machine*"; Fallos: 329-1974 (2006), L.L. 206-D-523.

³⁵ La dogmática tradicional argentina ha sido reacia a aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Al respecto puede verse Sebastián SOLER, *Derecho Penal Argentino, tea, Buenos Aires, 199*, I, 330; también, Ricardo NUÑEZ, *Derecho Penal argentino. Parte General*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, I, 1959, 216.

Así, desde de esta perspectiva, ya no se trata de una decisión dogmática entre un esquema de responsabilidad penal por atribución de la persona jurídica o un sistema de imputación de responsabilidad penal por hecho propio de esta. Por el contrario, la cuestión sería mucho más compleja aún, puesto que la opción antes mencionada no sería neutra al control constitucional de los jueces, lo cual plantea el interrogante de si el modelo de responsabilidad por hecho propio resulta contrario al sistema previsto en el texto constitucional.

En esta inteligencia, deberá analizarse en este punto si la responsabilidad penal propia de la persona jurídica es incompatible con nuestro sistema constitucional o si, en cambio, constituye un modo de explicar la responsabilidad penal de las empresas en la configuración actual de la sociedad, lo cual plantea, en definitiva, una opción de política criminal del legislador ajena al contralor judicial³⁶.

A los fines de resolver la cuestión constitucional planteada por ZAFFARONI en su voto particular en el precedente “*Fly Machine SRL*”, es importante remitirnos, tal como postula SILVA SÁNCHEZ, a la teoría de las normas como una pauta objetiva para resolver el dilema en términos jurídicos. Así, si las normas penales se entienden como directivas de conducta (normas de determinación), las personas jurídicas no pueden ser destinatarias de ellas.

Para SILVA SÁNCHEZ la cuestión puede encararse de otro modo si la norma se entiende como expectativa de conducta institucionalizada, de modo que serían normas penales aquellas expectativas de conducta que, por su relevancia para la identidad normativa de una determinada sociedad, son protegidas mediante sanciones penales. En este esquema, también las personas jurídicas, en cuanto revisten la condición de agentes económicos y sociales reales, son socialmente construidas como centros de imputación de la frustración de expectativas normativas y por ende, sujetos pasivos de las consecuencias previstas en caso de acreditarse dicha defraudación. Con otras palabras, son centros de imputación³⁷.

Desde otra perspectiva, la acción institucional de BAIGÚN nos conduce a la misma conclusión, puesto que si desde el sistema jurídico vigente se asigna a las empresas la condición de centros de imputación, luego, sus hechos configuran expresión de sentido y pueden ser objeto de una valoración; por ende, se puede afirmar que ellas actúan en términos constitucionales³⁸.

En efecto, el rol normativo de la empresa, con la responsabilidad institucional que ello implica, permitirá desarrollar a partir de allí una serie de expectativas

³⁶ Un mayor desarrollo de la constitucionalidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la Argentina puede verse en Juan María RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, *Imputación ...*, 72 y siguientes.

³⁷ Cfr. Jesús María SILVA SÁNCHEZ, “¿Qué significa...?”, 79.

³⁸ David BAIGÚN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Depalma, Buenos Aires, 2000, 250 y siguientes.

sociales que la colocan en una posición jurídica apta para operar como una barrera de contención de riesgos determinados y tipificados por el Legislador, cuya defraudación dará lugar a una consecuencia de carácter penal.

Resta mencionar, aunque mal no sea esquemáticamente, a quien le compete la carga de la prueba en cada uno de los sistemas -vicarial o por hecho propio-, sobre la idoneidad en la autorregulación empresarial. Es decir, si se trata de un extremo que debe ser acreditado por la acusación o, por el contrario, estamos en presencia de una eximente de responsabilidad penal cuya carga probatoria compete a la asociación.

En efecto, para estar en condiciones de definir a quién le corresponde la carga de la prueba sobre la existencia de un programa de cumplimiento idóneo para la prevención de delitos, es necesario tener presente el modo en cómo funcionan en el ámbito procesal anglosajón, el sistema de las defensas y a quién le compete la carga de su prueba. Luego, deberá definirse el modo en cómo juegan las mismas, ya estemos en presencia de un modelo vicarial - como es el dominante en los Estados Unidos- o ante un sistema de imputación de responsabilidad penal para las empresas por hecho propio o, incluso, mixto.

Sobre el particular, se ha señalado que si el factor concreto excluyente de la responsabilidad hace desaparecer la infracción del sujeto u *offense*, entonces se califica de eximente negativa (*negative defense*). Esto significa que el acusado no tiene que probar su concurrencia, porque es la acusación la que tiene que acreditar que concurren los elementos de la *offense* con el estándar “más allá de toda duda razonable”. En cambio, si el factor excluyente de la responsabilidad no hace desaparecer la infracción del sujeto u *offense*, se califica de *affirmative defense*. Entonces es el acusado quien tiene que probar esa eximente afirmativa. Pero lo tiene que hacer conforme a un estándar probatorio más bajo: por ejemplo, la *preponderance of evidence* (es decir, más probabilidad que improbabilidad)³⁹.

En este sentido, se ha sostenido que la *defense* consistente en sostener que el estado de cosas peligroso de la persona jurídica está condicionadamente permitido -esto es, la afirmación de que la entidad cuenta con un programa adecuado de compliance- constituye, por tanto, una defensa afirmativa. La *defense* que afirma que el riesgo de la persona jurídica estaba permitido es, a su vez, una eximente vinculada a la existencia de unas disposiciones y procedimientos formales, a los que el Derecho positivo les atribuye la naturaleza de condiciones de la permisión del riesgo representado por la persona jurídica. Como tal defensa afirmativa, la prueba de la existencia de las condiciones (procedimentalizadas) de permisión del riesgo representado por la persona jurídica le corresponde a la defensa⁴⁰.

³⁹ Cfr. Jesús María SILVA SÁNCHEZ, “El debate sobre la prueba del modelo de compliance: Una breve contribución”, disponible el 19-III-2020 en <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/01/1515b-1.pdf>

⁴⁰ *Ibid.*

En Italia, en el marco del d.lgs. 231/2001 que ha optado por un modelo de responsabilidad administrativa del ente con motivo de la comisión de un delito por parte de algunos de sus dependientes, se ha sostenido que la persona jurídica responde por tal comportamiento cuando el mismo ha sido cometido en su propio interés o ventaja y sea comprobable una culpabilidad por defecto de organización⁴¹. En este ámbito, el modelo organizativo de la empresa constituye el centro de la disciplina en estudio, al punto de actuar como una cobertura completa de aplicación de la sanción administrativa al ente si el programa de cumplimiento de la ley fue adoptado, implementado y actualizado de modo previo a la comisión del delito. Por otra parte, en la faz procesal, la adopción del programa de cumplimiento con posterioridad a la comisión del delito, y dependiendo de las diversas etapas del proceso judicial en la cual se implemente, también tiene implicancias prácticas para la empresa que van desde la reducción de la pena a la sustitución de la inhabilitación por una sanción pecuniaria⁴².

Así, una posible definición sobre este punto puede reconducirse a dos grupos de casos. Si la alta dirigencia quedó involucrada en la comisión del delito, le competará a la defensa la acreditación de la idoneidad de sus sistemas de control interno. Por el contrario, si en la comisión del delito aparecen involucrados funcionarios de jerarquía sin poder de decisión corporativa, será carga de la acusación demostrar la falla del sistema interno de prevención.

En este contexto, puede concluirse que en la experiencia italiana se asiste en la actualidad a una fractura del aparato originario del d.lgs. 231/2001 estructurado sobre el carácter facultativo de la adopción de un modelo de gestión de *compliance* y las sucesivas intervenciones normativas y jurisprudenciales que tienden a imponer la solución opuesta. Es por ello, que se ha señalado que la implementación de programas de *compliance* en el ámbito empresarial constituyen en Italia una oportunidad para la empresa, en cuanto le permiten diseñar un sistema de cara a prevenir la comisión de delitos individuales dentro de la estructura y poder beneficiarse de la eximente⁴³.

IV. El modelo de imputación de responsabilidad penal en el Régimen penal empresario argentino.

Veamos ahora como se plasma esta discusión de los modelos de imputación en el marco del Régimen penal específico empresarial. Es decir, se trata de establecer cuál ha sido el modelo de imputación de responsabilidad penal que para las personas jurídicas ha adoptado nuestra legislación 27.401. Esto es, definir básicamente si se trata de un modelo de atribución de responsabilidad

⁴¹ Cfr. Annamaria ASTROLOGO, "Obbligatorietà o facoltatività dei modelli: le cause di esclusione della responsabilità", en Filippo SGUBBI y Desire FONDAROLI, *Strumenti di corporate governance e responsabilità degli enti ai sensi del d. lgs. N. 231/2001*, Bononia University Press, Bologna, 2010, 32-33.

⁴² *Ibid*, 32- 36.

⁴³ *Ibid*, 32-42.

penal vicarial - derivada o si estamos en presencia de un modelo de atribución de responsabilidad penal corporativa por defecto de organización de la empresa. Ello, sin perjuicio de introducir la posibilidad de tratarse de un sistema mixto con niveles diferenciados de imputación que depende de diversas constelaciones posibles de casos.

Una primera aproximación al régimen penal específico de la persona jurídica podría dar la idea que se trata de un sistema de responsabilidad vicarial o derivada, en razón que el artículo 2° de la Ley 27.401 establece que:

“(…) las personas jurídicas son responsables por los delitos previstos en el artículo precedente que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio”.

Asimismo, establece que:

“(…) también son responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita” (...).

Estándar éste que regula la figura del administrador de hecho como otro sujeto con capacidad de generar culpabilidad para la persona de existencia ideal, no ya exclusivamente a título meramente individual de aquel, como ha sido la regulación tradicional del administrador de hecho o actuante en lugar de otro⁴⁴.

En el mismo artículo se prevé allí mismo una cláusula bloqueo de la tipicidad para la empresa al establecerse que:

(…) “la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella”.

Es decir, en su introducción, ya la Ley deja muy claro un modelo de imputación de responsabilidad prioritariamente vicarial, similar al ya utilizado por el Legislador argentino en distintos supuestos de sanciones para las empresas como ser los delitos tributarios y el tipo penal de lavado de dinero analizados precedentemente. Con otras palabras, la empresa responde penalmente por el delito cometido por el directivo que la representa, ya sea jurídica o fácticamente. En este esquema vicarial solamente -en principio- se exige de responsabilidad penal la empresa cuando: a) el delito hubiere sido cometido en exclusivo beneficio del representante; b) dicho actuar no generó provecho alguno para la empresa.

⁴⁴ Me ocupé de un relevamiento de las distintas cláusulas de actuación en lugar de otro en el sistema penal empresarial argentino en Juan María RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, *El Derecho penal en la actividad económica. Planteos del bien jurídico protegido y de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2000, 216 y siguientes.

Tucumán 1621 / Piso 7 / Dpto. N / CABA / Argentina
Tel. (54 11) 4371-3744 / 4371-8121

jmre@estudiojmre.com.ar
www.estudiojmre.com.ar

Se trata de una eximente de responsabilidad que requiere que se den en el caso concreto los dos supuestos regulados. Es decir, que no basta con demostrar que el representante actuó en su exclusivo beneficio, sino que además se deberá acreditar que la empresa, con motivo de aquel ilícito, no vio generado en su beneficio, ningún provecho.

Superado este primer esquema de imputación de responsabilidad penal desde el directivo de la empresa hacia aquella, si uno analiza de modo sistemático dicha legislación y toma en especial consideración las eximentes de responsabilidad penal corporativa previstas en el artículo 9; como si también presta especial atención al sistema de independencia de las acciones penales entre la persona jurídica y sus representantes -conforme lo previsto por el artículo 6 con fundamento en la tolerancia de los órganos de dirección-, puede afirmarse que estamos en presencia de dos modelos bien diferenciados de imputación de responsabilidad penal y, en cierto punto, que el modelo de imputación por defecto de organización termina teniendo mayor peso que el de imputación derivada o vicarial, al punto de dejarlo inoperativo por afectación al principio penal de culpabilidad aplicado a la imputación penal corporativa⁴⁵. Me explico.

El artículo 6 de la legislación en estudio establece que:

“(…) La persona jurídica podrá ser condenada aún cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que hubiere intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica”.

Por otra parte, el artículo 9 establece las eximentes de responsabilidad penal para la empresa al establecer que:

“(…) 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

⁴⁵ Con relación a la mayor incidencia o peso de un sistema de responsabilidad penal de la empresa por hecho propio o defecto de organización por sobre uno vicarial, se ha sostenido que entre las contradicciones que presenta la Ley argentina entre estos dos esquemas, el de exención de la responsabilidad termina por vencer al de la posibilidad de responsabilidad por hechos de otro, al punto que reformula todo el sistema vicarial hasta disolverlo por completo. A ello debe agregarse que el hecho debe haber sido culpable para la empresa y esto se da cuando no se organizó internamente de manera de procurarse su fidelidad al Derecho (cfr. Guillermo ORCE y Gustavo TROVATO, “El compliance como la fidelidad al Derecho de la empresa. Aciertos y problemas de la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, L.L. 6-III-2018, 1).

intervinientes en la comisión del delito; c) Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido”.

Estas dos disposiciones nos dan la llave de acceso para poder sostener desde una interpretación sistemática de la legislación que, cuanto menos, no estamos en presencia de un modelo de imputación de responsabilidad vicarial absoluto y que, la legislación presenta algunos correctivos internos (*intra* sistema) para evitar la afectación al principio de culpabilidad para la persona de existencia ideal y evitar el esquema de responsabilidad penal objetiva que caracteriza al modelo de imputación de responsabilidad penal corporativa vicarial.

En este sentido, puede afirmarse que los rasgos característicos del sistema de responsabilidad penal vicarial del ente se configuran cuando la persona física que resulta imputada por un delito de aquellos que dan fundamento a una imputación penal corporativa, termina siendo sancionada penalmente a título individual por aquellos supuestos en el cuales -con posterioridad- se le atribuye al ente una responsabilidad derivada, siempre y cuando, no se den las eximentes del artículo 9; o cuando la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella, tal como expresamente lo prevé el artículo 2, tercer párrafo, antes reseñado.

Esto nos permite extraer una primera conclusión. El modelo de responsabilidad vicarial previsto por el artículo 2 de la legislación admite dos supuestos de eximente de responsabilidad penal corporativa: a) el específico previsto para aquella (cuando la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella); b) las eximentes genéricas previstas por el artículo 9 de la legislación.

Esta perspectiva bifronte se aprecia de manera más evidente en el supuesto en el cual el directivo no pudo ser sancionado de manera individual, donde, el fundamento de la responsabilidad penal corporativa ya deja de ser vicarial para tratarse de un supuesto de imputación penal corporativa por defecto de organización, pues se hace responder a la empresa cuando haya existido una tolerancia con relación la práctica ilegal por parte de los órganos de la persona jurídica⁴⁶. Estas consideraciones, nos hacen descartar de plano un sistema de responsabilidad con fundamentos exclusivo en un sistema vicarial como parece ser el contemplado en el sistema del Código penal para el delito de lavado de dinero y en la legislación especial penal tributaria.

En otro orden de ideas, si uno considera que la regulación de las causales de eximentes de responsabilidad penal como una manera también de expresión

⁴⁶ El Diccionario de la Real Academia Española define el término tolerancia como “(...) permitir algo que no se tiene por lícito sin aprobarlo expresamente (...)”. Tolerar, en sentido jurídico penal, nos reconduce a un marco de comportamiento doloso y muy cercano a la estructura dogmática de la omisión, cuando no también, al de ignorancia deliberada.

del principio de legalidad penal, esto es, si entendemos los requisitos legales que regulan las eximentes como verdaderos tipos legales cuya finalidad es bloquear la tipicidad penal, las eximentes previstas en el artículo 9 del régimen normativo comentado, vienen a corroborar la adopción de un sistema de defecto de organización, ya que acreditados aquellos en las distintas constelaciones de casos, la persona jurídica aparece exenta de sanción penal y por ende, el modelo de imputación penal vicarial quedará inoperante. Ello, en la inteligencia que las eximentes contempladas en el artículo 9 de la Ley no se limitan a los supuestos del artículo 6 (directivo no declarado responsable), sino que abarca también al supuesto de responsabilidad vicarial del artículo 2 (directivo declarado responsable).

Dicho esto, se puede concluir razonablemente en que el sistema de la ley penal empresaria regula tanto un sistema de imputación vicarial (artículo 2) a la par que un modelo de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica - defecto de organización- (artículo 6); para luego converger en un sistema de eximentes donde el esquema de responsabilidad penal por defecto de organización tiene mayor peso que el vicarial (artículo 9).

Con otras palabras, las eximentes del artículo 9 se aplican tanto para los supuestos claramente definidos como modelo de defecto de organización (artículo 6); como para los casos de responsabilidad penal vicarial (artículo 2). Es decir, puede darse un supuesto de responsabilidad penal vicarial pero que luego termine siendo eximido de sanción en razón de la concurrencia de los supuestos regulados por el artículo 9, lo cual evidencia que el Legislador argentino no optó por un modelo vicarial absoluto. Es más, el modelo vicarial cede cuando operan las eximentes del artículo 9 que responden claramente a un modelo de responsabilidad penal por organización defectuosa.

En este orden de ideas, puede concluirse que el modelo que nos rige termina siendo un modelo de responsabilidad penal por defecto de organización. Esto está claro en los supuestos donde el directivo que intervino en el hecho no pudo ser sancionado a título individual y el fundamento del reproche corporativo se centra en la tolerancia de la alta dirigencia para con el delito. Ahora bien, también está claro en los casos de responsabilidad vicarial del artículo 2, puesto que si la persona de existencia ideal se encuentra en condiciones de invocar en su favor las eximentes previstas en el artículo 9, se evidencia que fue ajena al delito cometido por el directivo y sancionarla, implicaría una afectación al principio de culpabilidad penal corporativa.

En esta misma inteligencia, si cometido un delito por un representante de la entidad y la empresa no se encuentra en condiciones de invocar a su favor las eximentes previstas por el artículo 9, también su sanción se fundamenta en un supuesto de organización defectuosa, ya que al fallar sus estándares de *compliance* o integridad, legitima la imposición de una sanción penal en su contra con fundamento en el hecho propio de organizarse de modo inidóneo para la prevención de delitos.

En virtud de ello, se puede concluir que, si bien el Derecho penal corporativo puede tener criterios específicos de atribución de responsabilidad penal para el ente ideal, esta circunstancia no legitima claudicar de los principios de legalidad y culpabilidad penal configuradores de todo el sistema. Con relación al último de ellos, el cual ha sido analizado en el presente trabajo, solo se ve respetado por un sistema de imputación de responsabilidad penal por defecto de organización y no por uno pura y exclusivamente vicarial. Entiendo que ésta es una interpretación que, al respetar el estudio sistemático de la Ley y al incorporar una dimensión axiológica y valorativa que supere el mero tenor literal de la misma, se adecua a nuestro modelo constitucional de Derecho.

V. Exigibilidad y reproche corporativo

Es aceptado por todos que a partir de los estudios de FRANK, al concepto clásico de pena se le han integrado aspectos normativos por sobre los de contenido estrictamente psicológicos. Estos aportes normativos dieron fundamento a las nociones de exigibilidad y reprochabilidad como aspectos esenciales y específicos del juicio de reproche penal.

Es decir, con independencia de la discusión filosófica vinculada a la existencia o inexistencia del libre albedrío como presupuesto de la capacidad penal, la responsabilidad aparece como el fundamento necesario para justificar la imposición de una pena. En el ámbito social, tal como postula YACOBUCCI, el juicio sobre la responsabilidad del sujeto ya no depende del mismo, sino que es pronunciado por otros -alteridad- asumiendo un marco regulador de los intercambios propios de la convivencia⁴⁷.

Se aprecia en esta concepción de la culpabilidad, que la misma implica una ruptura con lo debido; una contrariedad del comportamiento reprochado con el ordenamiento jurídico; y de allí, puede afirmarse que la declaración de culpabilidad comunica o expresa, ya en sí misma, la contrariedad del comportamiento con el Derecho y, por ende, el comportamiento delictivo es inaceptable para el orden jurídico.

En esta concepción normativa de culpabilidad, la idea de exigibilidad responde a la libertad de elección del sujeto y, por ende, el reproche jurisdiccional por parte del Estado se encuentra totalmente legitimado en razón de la capacidad de autorregulación o autodeterminación del imputado, respecto de quien es esperable -siempre y cuando tenga las capacidades psíquicas necesarias-, la fidelidad de las normas que regulan justa y equitativamente la convivencia en sociedad. En otras palabras, libertad de actuación y responsabilidad de las consecuencias de tal libertad. La constatación de la capacidad de actuar de

⁴⁷ Cfr. Guillermo YACOBUCCI, "La cuestión de la culpabilidad en la ciencia penal actual", en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales - Año LXIII, Segunda Época - Número 56, Buenos Aires, 2018, 3-15.

otro modo no es un dato psicológico, sino que se basa sustancialmente en una aserción normativa⁴⁸.

En palabras de SÁNCHEZ OSTÍZ, el delito debe ser entendido como un proceso causal que se despliega en el mundo físico por un lado; y por otro, como un proceso humano que se imputa. El juicio que se expresa en la *imputatio iuris* es juicio adscriptivo por antonomasia, en el sentido que consiste en dirigir al agente un reproche por su hecho. Ese reproche presupone un injusto, esto significa la valoración del hecho como algo que queda por debajo de la norma, y en donde se reprocha; o como algo que supera lo indicado por ésta, y entonces se atribuye a título de mérito, como acto supererogatorio, cuando el sujeto ha obrado por encima de aquello que la regla de conducta le exigía. En definitiva, la esencia del juicio de imputación de culpabilidad es rechazar que el suceso sea excusable⁴⁹.

Así, la culpabilidad es entendida como juicio de reproche que implica un quiebre con el orden legal que le era exigible la sujeto que actuó, sumado al juicio que le reprocha al sujeto el poder haber actuado conforme a Derecho en lugar de haberse inclinado para el delito.

Es sobre esta perspectiva que entiendo posible construir -a partir de los estándares básicos de la teoría de la culpabilidad del Derecho penal nuclear-, los fundamentos de una culpabilidad institucional de la empresa que permita legitimar la aplicación de sanciones de carácter penal para la persona de existencia ideal, entendida como nuevo centro de imputación jurídico penal que la haga responsable por la puesta en marcha de riesgos socialmente desaprobados que provengan de acciones u omisiones de sus órganos.

En efecto, así como en el plano de la culpabilidad individual KELSEN fundamentaba el ámbito de libertad de la persona en el plano normativo, no existen óbices para considerar a la persona jurídica como un centro de imputación normativo -aunque carezca de las condiciones psíquicas y psicológicas de la persona para poder afirmar su libre determinación- que les permitan ser considerada culpable de un delito en términos penales. Así, en un contexto social donde la noción de ciudadano se encuentra estrictamente vinculada a la interacción social, los ciudadanos que deciden organizarse a través de la existencia de personas jurídicas -las cuáles ciertamente cada vez influyen más sobre la vida económica, política y social de las personas-, pueden perfectamente ser destinatarias de reproche jurídico penal en atención a la defraudación de expectativas sociales que lleven adelante, expectativas normativas que les haga exigibles actuar conforme al ordenamiento jurídico vigente.

⁴⁸ Claus ROXIN, *Derecho Penal, Parte General*, trad. de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, I, Civitas, Madrid, 1997, 823.

⁴⁹ Cfr. Pablo SÁNCHEZ - OSTIZ, *Imputación ...*, 497.

En este contexto axiológico, puede constatarse que en el plano público y empresarial, cada vez más se exige a determinados sujetos mayores deberes de control sobre riesgos jurídicamente definidos de contenido penal, ampliando la noción de exigibilidad de control de determinadas fuentes de peligro a dichos sujetos por sobre la media exigible al resto de los ciudadanos. En este sentido, la posición o los deberes institucionales del sujeto han de tenerse en cuenta para discernir el marco de exigencias jurídicas y, por lo tanto, ponderar las circunstancias de su actuación. Al respecto se ha destacado que quien por las funciones o tareas asignadas enfrenta profesionalmente riesgos y peligros especiales está sometido a un estándar de exigibilidad mayor al de un ciudadano común⁵⁰. Estas reflexiones son perfectamente aplicables al ámbito empresarial y de manera más concreta a la problemática que genera la culpabilidad corporativa y el juicio de exigibilidad individual que se le hará al *compliance* que tienen la tarea interna de velar en la empresa por el cumplimiento de la Ley.

Sobre el particular, es claro que se han elaborado criterios de imputación especiales dentro del sistema penal, tanto desde la perspectiva material como la procedimental, para enfrentar la asignación de responsabilidad a estos nuevos sujetos. Es en este contexto, donde se advierte en el ámbito de la legislación penal empresaria argentina, que lo vinculado al alcance del aspecto subjetivo de la culpabilidad no solo abarca -en el plano subjetivo- a la que se lleva adelante mediante el concepto tradicional de dolo, sino también a través de nuevas formas de manifestación de aquel, tales como la tolerancia, mediante el cual se regula en nuestro sistema penal argentino la responsabilidad penal de la persona jurídica por su defecto de organización cuando no ha sido posible individualizar o sancionar a la persona individual responsable del delito.

Este nuevo concepto de tolerancia -en atención a las circunstancias del caso- se constituye en un elemento que integra la exigibilidad de la culpabilidad empresaria y es una nueva manera o estándar de reproche jurídico penal en razón de haberse podido actuar acorde al Derecho, no obstante lo cual, mediando una tolerancia corporativa, se aceptó el quiebre con el ordenamiento jurídico.

Es en este sentido, donde la responsabilidad personal no implica que el comportamiento imputado haya sido ejerciendo de propia mano por el sujeto. Al respecto, hoy se afirma que, en la vida social y política, las personas integran en su ámbito de competencia deberes de control, aseguramiento, solidaridad o promoción, vinculados con la actuación de otros, por los cuales son garantes ante el orden normativo. Con todo ello, es perfectamente posible afirmar la responsabilidad penal del ente por infracción de los deberes de control, ya que la exigibilidad penal y el reproche se fundamenta en esta exigencia de organizarse como ente corporativo de manera fiel al orden jurídico.

⁵⁰ Cfr. Guillermo YACOBUCCI, "La cuestión ...", 3-35.

En este contexto, la adopción de programas de cumplimiento de la Ley efectivos y adecuados con miras a los riesgos corporativos que enfrenta la empresa de modo particular, constituyen en términos análogos o de equivalentes funcionales, al soporte del juicio de exigibilidad que se le requiere a la persona física para fundamentar sobre éstas, el reproche jurídico penal corporativo. Así, mediante la elaboración de programas de cumplimiento apropiados, la empresa decide auto regularse de manera corporativa y busca adecuar su organización a la conformidad con el sistema legal vigente.

Así, los programas de cumplimiento constituyen sistemas de control social empresarial que ayudan al Estado y al Derecho penal en su tarea de controlar la criminalidad. Más concretamente, se ha afirmado que la mejor forma para optimizar esta colaboración es la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, considerando que contar con una organización defectuosa o no virtuosa constituye el núcleo de su responsabilidad o culpabilidad⁵¹.

Ahora bien, la empresa dispone la puesta en marcha de los mecanismos internos necesarios para que el control de riesgos penales sea eficaz y adecuado, no solo a través de la enunciación teórica de una serie de principios; sino a partir de la implementación concreta de distintos estándares que permiten afirmar que la comisión de un delito, si bien no puede negarse a *piori*, exigirá en cabeza de su responsable, la realización de un esfuerzo suficiente para vulnerar aquellos controles internos. De allí que la figura del *compliance* permite de alguna manera officiar como la conciencia corporativa que permite al ente velar por el cumplimiento de la Ley en los distintos focos del riesgo penal corporativo.

Analizadas estas cuestiones, entiendo que es posible legitimar una sanción a la persona jurídica adaptando las prestaciones del principio de culpabilidad - configurado para la teoría general del delito con foco en la persona humana- a la empresa como nuevo sujeto de Derecho penal. Esta idea de exigibilidad corporativa, también en la faz procesal, permite asegurar el estado de inocencia y la culpabilidad de la empresa en un proceso donde se investiga la comisión de una maniobra delictiva llevada adelante por un funcionario que la integra, lo cual brindará la posibilidad de evitar una afectación al principio de culpabilidad por la mera producción de un resultado o por verse involucrado un funcionario de la asociación.

Esta noción de exigibilidad y su necesaria conexión con la culpabilidad penal de la empresa nos remite, a los fines de darle un contenido propio y específico, a la noción de autonomía, categoría que alude a la propiedad de un sujeto que se da normas a sí mismo. Con otras palabras, que no sean otros los que le den

⁵¹ Cfr. Adán Nieto MARTÍN, "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal", en Lothar KUHLEN, Juan Pablo MONTIEL y Ínigo ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds), *Compliance* y teoría del Derecho penal, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, 21-21.

Tucumán 1621 / Piso 7 / Dpto. N / CABA / Argentina

Tel. (54 11) 4371-3744 / 4371-8121

jmre@estudiojmre.com.ar

www.estudiojmre.com.ar

normas. Así, se ha sostenido que a esa ausencia de injerencia coactiva (obligante, obligatoria) de terceros es, en efecto, a lo que normalmente se alude con la expresión libertad negativa⁵².

En el ámbito de la culpabilidad penal empresaria, lo aquí relevante es entender a la empresa como un sujeto de Derecho que cuenta con una capacidad - deber de autonomía. Esto es, la posibilidad de darse a sí misma sus propias pautas de comportamiento y deberes de actuación en un ámbito social determinado. Esta capacidad de autonomía no necesariamente debe reconducirse a una capacidad efectiva en el plano ontológico de la libertad, tal como aquella que caracteriza a la persona humana; sino que es posible entenderla en el plano de la culpabilidad corporativa como aquella capacidad de autorregular su campo de actuación con relación al ordenamiento jurídico vigente.

Como puede apreciarse, esta capacidad de autorregulación empresaria no es neutra al ordenamiento jurídico, sino que deber ser entendida como el cumplimiento de una autorregulación empresarial que se encuentra orientada en concebir a la empresa como una actividad que en sí misma puede ser generadora de riesgos de características penales, de allí la necesidad que esa autorregulación de la autonomía corporativa tenga una clara orientación normativa: evitar la comisión de delitos empresarios que terminen configurando defraudación de expectativas normativas dirigidas a la asociación.

Suele sostenerse que la persona jurídica quedará exenta de pena si resulta acreditado que poseía un adecuado modelo de organización y gestión⁵³. Ahora bien, el análisis del criterio normativo del adecuado sistema de control no debe ser un juicio abstracto, sino que el mismo debe ser analizado con relación concreta al riesgo que se ha acreditado en el delito específico cometido a través de la empresa y que forma parte de la investigación judicial específica. Es decir, se debe evitar que la mera existencia de un programa de cumplimiento sea meramente formal y que actúe como pantalla para blindar la responsabilidad penal de la empresa.

La gran discusión en España es si la persona jurídica quedará exenta de pena si resulta acreditado que poseía un adecuado modelo de organización y gestión, tal como lo establece la Fiscalía de Estado. En este esquema de excusa absoluta, la carga de la prueba incumbe a la persona jurídica, que deberá acreditar que los modelos de organización y gestión cumplían las condiciones y requisitos legales⁵⁴.

⁵² Cfr. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, "Autonomía elemental como auto-normatividad (Reflexiones veraniegas intemporales)", en *Indret Penal*, http://www.indret.com/pdf/editorial_indret_julio_2019.pdf, disponible el 31-VIII-2019.

⁵³ Cfr. Circular de la Fiscalía General del Estado de España, 1/2016, 56, disponible el 14-VI-2016 en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CIRCULAR%201-2016%20-%20PERSONAS%20JUR%C3%8DDICAS.pdf?idFile=cc42d8fd-09e1-4f5b-b38a-447f4f63a041

⁵⁴ *Ibid.*

Por el contrario, en sede judicial se ha afirmado que la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción⁵⁵. En efecto, en un esquema de imputación de responsabilidad penal por hecho propio para la persona jurídica, el núcleo de la responsabilidad de ésta, no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos.

Es en este sentido, que puede afirmarse que los programas de cumplimiento empresarial vienen a configurar este campo de autonomía corporativa que, en el marco de normas definidas por el propio Estado, tienden a evitar la comisión de delitos. Es así que, en el ámbito de la empresa, la libertad negativa es ciertamente relativa, pues el Estado suele delimitar a través de disposiciones de carácter obligatorio o “modelos de sugerencia”, las pautas mínimas que deben reunir tales programas para ser adecuados o eficaces en la prevención de delitos. Esto sucede en la Argentina a partir de los lineamientos diseñados por la Oficina Anticorrupción para que las empresas tomen y adapten, a partir de aquellos, las pautas mínimas que tales programas deben reunir.

Esto permite afirmar que en el ámbito de la exigibilidad corporativa, el modelo de libertad negativa se relativiza, en la medida que la empresa es destinataria de deberes positivos de prevención de riesgos penales y, en dicha inteligencia, su libertad de autonomía se encuentra direccionada inequívocamente hacia un plano axiológico que la identifica como un garante de deberes de supervisión y vigilancia sobre la actividad, empleados y funcionarios, con el objeto de evitar la comisión de delitos en los cuales la empresa se presente como un vehículo de su canalización.

En definitiva, se trata de un supuesto de corresponsabilidad por el hecho, con una fundamentación propia, autónoma y diferenciada de la responsabilidad para personas físicas por un lado y jurídicas por otro que, en todo caso, responden del mismo suceso⁵⁶.

Con relación a la importancia de los programas de cumplimiento y su vinculación con un modo de determinar la responsabilidad penal de las empresas por su propio hecho, se ha afirmado en España que las reformas legales operadas en tal sentido avanzan en el reconocimiento de la responsabilidad autónoma de la persona jurídica por medio de la regulación de los programas de organización y gestión⁵⁷.

⁵⁵ Cfr. Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 154/2016, de 29-II-, Ponente José Manuel Maza Martín, disponible el 16-VI-2016 en

http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j_20160608_01.pdf

⁵⁶ Cfr. Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ, “Réplica a Javier Cigüela. A la vez algunas consideraciones sobre las últimas novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Circular de la Fiscalía General de Estado 1/2016 y Sentencias del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo”, *InDret*, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, abril 2016, 34, disponible el 13-VI-2016 en <http://www.indret.com/pdf/1218.pdf>.

⁵⁷ Cfr. Circular de la Fiscalía General del Estado ...

Al respecto, ya en trabajos anteriores sostuve que el modelo de imputación de responsabilidad por hecho propio resulta más eficiente y más garantista⁵⁸. Es más, en cierto punto he planteado que más allá del tenor literal de las disposiciones legales, la función judicial puede reinterpretar la legislación penal tributaria y de lavado de dinero y fundamentar un modelo de atribución por hecho propio con fundamento en una interpretación dinámica de los principios penales.

En esta misma línea se ha señalado que a las personas físicas y a las personas jurídicas se les imputa el mismo hecho (soborno, estafa, vertido contaminante, etc.), pero las razones por las que responden son distintas. En efecto, que la responsabilidad de un sujeto se encuentre relacionada con el hecho típico de otro no significa necesariamente que se tenga que responder por un injusto y una culpabilidad ajenos⁵⁹.

Ciertamente, el Derecho penal positivo conoce múltiples supuestos de responsabilidad propia con relación a la acción de otros a través de instituciones dogmáticas como la comisión por omisión o la participación delictiva omisiva. Nuestro sistema legal no es ajeno a este tipo de casos. Los fundamentos de imputación de responsabilidad penal del *criminal compliance* y por ende su eficiencia como nexo de imputación de responsabilidad penal propia de la empresa, pueden encontrar allí su razón de ser.

Nuestro sistema legal no es ajeno a regular en la Parte especial del Código penal supuestos específicos donde, frente a la concreción de un único y mismo riesgo jurídicamente desaprobado, dos son los niveles de imputación de responsabilidad penal. Uno para el responsable directo de su puesta en marcha, y otro para aquel que, por su posición jurídica, tenía un deber legal de velar por el cumplimiento de la Ley en el ámbito específico de actuación donde el resultado típico se materializó. A modo de ejemplo, cabe mencionar que el artículo 144 quinto del Código penal establece, en el capítulo relativo a las privaciones de libertad arbitrarias y apremios ilegales, el siguiente modelo de imputación:

“(...) Si se ejecutase el hecho previsto en el artículo 144 tercero, se impondrá prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial de tres a seis años al funcionario a cargo de la repartición, establecimiento, departamento, dependencia o cualquier otro organismo, si las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiese cometido de haber mediado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios por dicho funcionario”.

⁵⁸ Cfr. Juan María RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, *Imputación ...*, Bdef, Buenos Aires, 2015, 109 y siguientes.

⁵⁹ Cfr. Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ, “Réplica ...”

Aquí tenemos un antecedente interesante con relación al juicio de reproche dirigido al garante por la violación de los deberes de vigilancia y supervisión sobre un ámbito específico de tutela legal. Un claro ejemplo de participación culposa en delito doloso ajeno expresamente previsto por el Legislador. Sin dudas, en mi opinión, un interesante marco normativo para que, a partir de una interpretación sistemática de nuestra legislación penal, pueda reconducirse el fundamento de la imputación penal para la persona jurídica de un modelo vicarial a otro por hecho propio y, de esta manera, no ver afectada la garantía sustantiva de culpabilidad penal de la empresa.