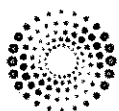


# COMPLIANCE, ANTICORRUPCIÓN Y RESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIA

SUPLEMENTO ESPECIAL

MAYO 2018

Directores: NICOLÁS DURRIEU y RAÚL R. SACCANI



THOMSON REUTERS

THOMSON REUTERS

LA LEY

COMPLIANCE,  
ANTICORRUPCIÓN  
Y RESPONSABILIDAD  
PENAL EMPRESARIA

---

Directores: NICOLÁS DURRIEU y RAÚL R. SACCANI



THOMSON REUTERS

THOMSON REUTERS

LA LEY

Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria / Carlos M. González Guerra... [et al.]; dirigido por Raúl Ricardo Saccani; Nicolás Durrieu - 1a. ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2018.

496 p. ; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-03-3604-4

1. 1. Lucha Contra la Corrupción. 2. Responsabilidad Penal de los Directivos de Empresas. I. González Guerra, Carlos M. II. Saccani, Raúl Ricardo, dir. III. Durrieu, Nicolás, dir.

CDD 345

Copyright © 2018 by La Ley S.A.

Tucumán 1471, 1050 Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Tirada: 6000

# La responsabilidad penal de la persona jurídica. Una norma fundamental que deja más dudas que certezas

---

POR ALEJANDRO CARRIÓ (\*) Y MAXIMILIANO REUSSI (\*\*)

## I. Alcance del trabajo

La ley 27.401 ha sentado un nuevo hito en lo que ya parece, a nivel nacional e internacional, un camino sin retorno. La responsabilidad penal de la persona jurídica y, en paralelo, el abandono progresivo de la máxima conocida como *societas delinquere non potest* (1).

Se trata de un camino ya transitado en otras áreas del derecho sancionatorio en general (2)

---

(\*) Abogado, Facultad de Derecho UBA, 1976. *Master of Laws*, Louisiana State University, 1982. Profesor Adjunto UBA, 1986-1999. Profesor de Posgrado, Universidades de Palermo y Di Tella. Profesor Visitante, Louisiana State University y Syracuse University. Investigador Asociado, Columbia University. Autor de diversas obras de Derecho Procesal Penal y Constitucional.

(\*\*) Abogado, Facultad de Derecho UBA, 1998. Posgrado en Derecho Penal Tributario UBA, 2012. Profesor Ayudante de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal, UBA, 1999-2006. Expositor en Curso sobre Jurisprudencia Penal Tributaria, UBA, 2014-2016. Autor de artículos de doctrina, mayormente referidos al alcance de la ley penal tributaria.

(1) Existe una discusión que, si bien excede el objetivo del comentario a esta Ley, tiene el cambio de paradigma que se viene operando. Nos referimos a la crisis del moderno concepto de "culpabilidad" en manos del discurso de "responsabilidad". En tal sentido, cabe la siguiente cita: "Hay una cuestión importante en relación al castigo vicarial: es necesario separar responsabilidad ("liability") de culpa ("fault"), y solo la responsabilidad puede ser transferida de una parte a otra. En particular, no puede haber nada parecido a una culpabilidad vicarial" ("Collective Responsibility", Feinberg J., Maryland, Rowman & Littlefield, 1991)

(2) Nuestro país es signatario desde hace tiempo de una serie de instrumentos internacionales (contra la tra-

y del derecho penal en particular. Entre los más importantes pueden mencionarse: régimen penal aduanero (3), régimen penal tributario (4), delitos contra el orden económico y financiero (5), régimen penal cambiario (6), defensa de la competencia (7), ley de abastecimiento (8), sistema integrado de jubilaciones y pensiones (9), sea a través de la atribución de responsabilidad mediante tipos de omisión impropia, la formulación de un tipo penal genérico de omisión de un deber de vigilancia o mediante la directa atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica (10). La ley 27.401 mencionada implica un nuevo paso a partir de su remisión a

---

ta de personas, contra la corrupción) que se plasmaron luego en distintas leyes (para nombrar algunas: Leyes N° 25.319 y 26.097). Estas leyes, en líneas generales en sintonía con los estándares del derecho continental europeo, obligan al Estado Nacional a imponer sanciones ("eficaces, proporcionadas y disuasivas") a las personas jurídicas pero no necesariamente penales. La ley 27.401, en tal sentido, y de acuerdo a los lineamientos de la OCDE, da un salto cualitativo en torno a la sanción (penal) aplicable.

(3) Ley 22.415, Código Aduanero, Arts. 887 y 888.

(4) Art. 14 de la ley 24.769 luego de la reforma operada por la ley 26.735 y art. 13 de la actual ley 27.430.

(5) Arts. 303 a 313 del Cód. Penal que receptan las reformas producidas por la ley 26.733 (ver particularmente arts. 304 y 313).

(6) Ley 19.359, art. 2° inc. f.

(7) Ley 25.156, Capítulo VII.

(8) Ley 20.680, art. 8°.

(9) Ley 24.241, art. 154.

(10) "El delito de contrabando", BORINSKY-TURANO, Rubinzal Culzoni Editores, 1ª ed., 2017, p. 335.

una serie de delitos enumerados *taxativamente* en su art. 1º (11).

Nos referimos a los delitos de cohecho y tráfico de influencias (art. 258 y 258 bis del Cód. Penal); negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas (art. 265 del Cód. Penal); concusión (art. 268 del Cód. Penal); enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (arts. 268.1 y 268.2) y balances e informes falsos agravados (art. 300 bis del Cód. Penal) (12). Se adopta así el sistema de *numerus clausus* frente a la posibilidad de una cláusula general de atribución de responsabilidad (13).

La finalidad del presente trabajo es analizar una norma clave: el art. 2º de la ley 27.401. Es decir, aquella sobre la que se construirán las interpretaciones dogmáticas y las decisiones jurisdiccionales de este nuevo tipo de responsabilidad societaria o empresarial. Una norma de semejante trascendencia debiera estar formulada en un lenguaje claro desde el punto de vista conceptual, evitando en la medida de lo posible ambigüedades y vaguedades (14).

A lo largo de este trabajo veremos que la propia redacción de este art. 2º abre múltiples interrogantes y plantea diversas dudas sobre el campo de aplicación y punibilidad consecuente que comprende. La discusión parlamentaria no ayuda a descifrar estas imprecisiones. De allí que intentaremos una búsqueda de mayor coherencia en su interpretación (15).

(11) Cuando el proyecto de ley obtuvo media sanción en la Cámara de Diputados, la intención original fue extender la responsabilidad penal de la persona jurídica a todos los delitos del Código Penal (esta propuesta contó con 183 votos afirmativos, 5 negativos y 16 abstenciones). El Senado redujo luego el alcance a los delitos del art. 1º de la Ley sancionada.

(12) Ellos también tuvieron modificaciones, necesarias pero insuficientes, a través de esta misma ley 27.401 (arts. 30, 32, 34, 35, 36 y 37).

(13) Así lo hacía el anteproyecto de reforma del Código Penal del año 2006 y el más reciente del año 2013.

(14) El empleo de lenguajes naturales, se sabe, vuelve muy difícil la eliminación por completo de estos fenómenos. Sobre el particular puede verse CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Cap. I, Primera Parte, pto. III, 5ª ed., 2006, Ed. Lexis Nexis.

(15) Este esfuerzo se justifica en razón de lo siguiente. Las palabras en el derecho, en general, y en el ámbito penal en particular son "palabras que hacen cosas". No

## II. La responsabilidad de las personas jurídicas

El sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica establecido en nuestra ley 27.401 no es plenamente autónomo ni vicarial (16). Se trata de un modelo mixto que presenta sus particularidades y problemáticas.

El párr. 1º del art. 2º dice:

"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".

Este pasaje envuelve, según se lo interprete, diversas hipótesis y sub-variantes de estas hipótesis. Posee, además, una novedad en su redacción en comparación a similares normas dictadas sobre la materia. Esto es, la mención de un delito realizado directa "o indirectamente". Es posible, y veremos que provechoso, visualizar gráficamente la norma transcrita de dos modos distintos (17):

se trata de un saber descriptivo, contemplativo, aséptico o abstracto (en tal sentido FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, Ed. Gedisa, Barcelona, 4ª ed., 1995; AUSTIN, J. L. "How to do things with words", Oxford University Press, 1962).

(16) Aun no siendo el objetivo de este análisis la naturaleza y explicación de esos dos grandes modelos, entendemos de manera sintética a las "teorías autónomas" ("responsabilidad por el hecho propio" o "modelo de auto-responsabilidad") como aquellas que buscan responsabilizar a la propia persona jurídica, construyendo fundamentos de reproche individual, a través, por ejemplo de la llamada "culpabilidad por defecto de organización" propia del derecho continental europeo. Las "teorías vicariales" (también conocidas como de "hetero-responsabilidad" o "responsabilidad por atribución"), a su vez, son aquellas donde opera una transferencia de responsabilidad a la persona jurídica que debe hacerse cargo del accionar de ciertos individuos, generalmente los que se encuentran en la cúspide jerárquica de la organización. Sobre el particular, HONISCH, Paula y VICTORERO, Sabrina, "Pautas para la persecución penal de las personas jurídicas", pto. III.2, en *Suplemento Penal y Procesal Penal* nro. 11, La Ley, diciembre 2017, p. 3.

(17) Para realizar los gráficos respetamos las palabras y los signos de puntuación utilizados por la norma. Podrían existir otras variantes en la confección de estos dos gráficos pero entendemos que el modo en que lo

Gráfico 1

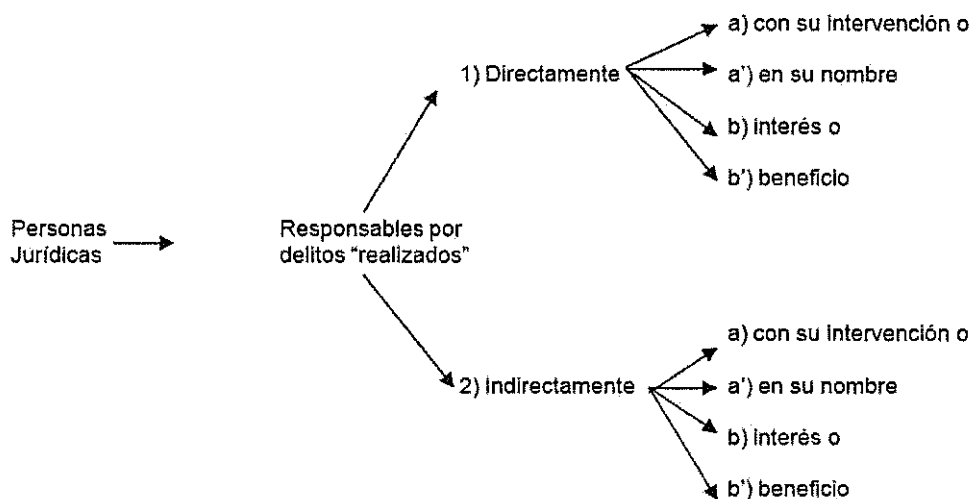
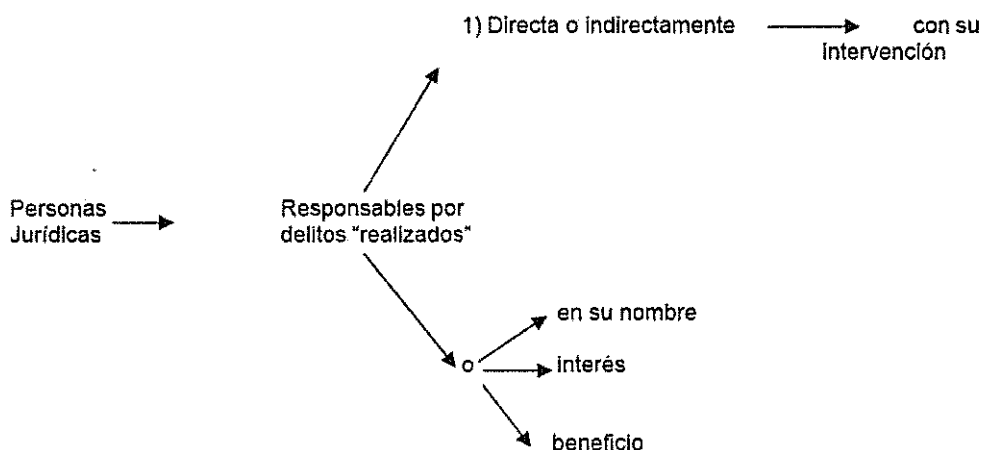


Gráfico 2



La diferencia entre ambos gráficos salta a la vista. En el primero, es claro que las variables "con su intervención", "en su nombre", "interés" o "beneficio" pueden estar presentes como formas atributivas de responsabilidad para delitos "realizados" por personas jurídicas tanto de manera directa como indirecta.

En el Gráfico N° 2 el vocablo "con su intervención" solo aplica a la expresión que lo antecede ("directa o indirectamente").

Sobre la diferencia práctica entre uno y otro enfoque volveremos luego.

### II.1. Delito "realizado"

La primera dificultad interpretativa que nos plantea el art. 2° es la expresión *delito realizado*. La Ley Penal Tributaria (18) utiliza el mismo lenguaje al momento de atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica por delitos tributarios en su art. 14 (19). De la misma manera

hacemos coadyuva a la búsqueda de la coherencia interpretativa que procuramos.

(18) Tanto en su versión ley 24.769, con posterioridad a la reforma de la ley 26.735, como la actual N° 27.430.

(19) Aunque en el párr. 1° se refiere a *hecho ejecutado*.

lo hace el art. 304 del Cód. Penal en materia de lavado de activos y atribución de responsabilidad a la persona jurídica.

El primer interrogante que plantea esta expresión es si “delito realizado” es sinónimo de delito cometido o consumado o es solo una expresión genérica utilizada por el legislador sin ninguna implicancia jurídica determinada. De la discusión parlamentaria no surge ninguna intervención que lo aclare (20).

Se sabe que los delitos pueden ser consumados o tentados, pero *realizados* es un término que merece ser analizado (21). Si la Ley hubiera utilizado la expresión *delito cometido* —tal el lenguaje habitual en del Derecho Penal—, nos enfrentaríamos a otra cuestión. Esto es, determinar si los delitos en grado de tentativa se encuentran comprendidos en el texto de la ley 27.401 o, si por el contrario, la responsabilidad de la persona jurídica solo puede verificarse en los casos de delitos consumados.

Podría objetarse que este último interrogante no tiene razón de ser y que, en tanto el delito enumerado en el art. 1º de la Ley admita la tentativa (art. 42 Cód. Penal), la persona jurídica también podría responder penalmente por el hecho ilícito. La respuesta sin embargo no puede ser tan lineal.

Recordemos algo central. No existe un nuevo sistema en donde se recategoricen los elementos y estamentos de la teoría del delito tradicional a medida de la persona jurídica, como

nuevo sujeto activo del derecho penal (22). Por ende, la letra de la Ley comentada no puede ser interpretada, a falta de un nuevo sistema, de una manera tal que amplíe el abanico de conductas punibles a una serie de acciones que se encuentran en una zona de penumbra (23).

El uso de la expresión *delito realizado* en reemplazo de *delito cometido* no pareciera de todos modos azaroso, impensado o casual. Esto se reafirma cuando se advierte que el último párrafo de este mismo art. 2º, al regular la exención de responsabilidad de la persona jurídica, sostiene que tal exención se configura cuando la persona humana que “cometió” el delito (no que lo “realizó”) hubiera actuado en su exclusivo beneficio.

En síntesis, podemos sostener que al utilizar la expresión *delito realizado* el artículo comentado pretendió no llevar la ficción de la responsabilidad penal de la persona jurídica al punto de sostener que ésta se encuentra en condiciones de *cometer* un delito (24). Se trata únicamente de responsabilizarla penalmente cuando los delitos *cometidos* por personas humanas se *realizan* bajo las modalidades aludidas.

Una complejidad adicional surge del hecho de que la tentativa, según su formulación clásica, requiere “el fin de cometer un delito determinado” (ver art. 42 Cód. Penal). Este ánimo especial, que para algunos autores descarta formas comisivas de dolo eventual, no parece fácil que pueda encontrarse presente en una persona jurídica (25).

(20) Salvo algunas excepciones, la mayoría de los intervinientes cruzan acusaciones sin aportes sustanciales o de fondo.

(21) Hay apenas cuatro menciones en nuestro Código Penal a delito “realizado” (arts. 80, inc. 12º; 300 bis; 304 y 313) y dos de ellas son utilizadas precisamente en el marco de regímenes de responsabilidad penal de la persona jurídica (arts. 304 y 313 Cód. Penal). Los demás regímenes similares utilizan otra terminología: el art. 2º inc. f) del régimen penal cambiario habla de “hecho ejecutado”; la ley de defensa de la competencia se refiere a “conductas realizadas” por las personas físicas (art. 47) o a infracciones “cometidas” por una persona de existencia ideal (art. 48) y la Ley de Abastecimiento N° 20.680, en su art. 8º también usa la expresión “infracciones cometidas”.

(22) BAIGÚN, David, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Depalma, Buenos Aires, 2000. Más recientemente: YACOBUCCI, Guillermo en “La empresa como sujeto de imputación penal” dice: “...el desafío que ahora se presenta para el sistema penal argentino es ‘adaptar’ un orden científico y jurisprudencial, con categorías y principios pensados para la persona humana, a un nuevo sujeto al que se han de imputar delitos —crímenes corporativos—” (La Ley, Edición Especial, 27/11/2017).

(23) Op. cit., “Notas sobre derecho y lenguaje”, nota 14.

(24) Sobre la “teoría de la ficción” puede consultarse, entre otros, MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, Parte General, Barcelona, 1998, p. 170.

(25) Ver, por todos, NÚÑEZ, Ricardo, *La culpabilidad en el Código Penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, p. 112 y ss.

## II.2. Las diversas hipótesis que plantea el art. 2º

Como ya lo adelantamos, la norma que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas posee una redacción que deja varias dudas. Una de ellas es el número de posibilidades que comprende.

El Gráfico Nº 1 abarca una suma de hipótesis posibles en función de la redacción del art. 2º pero que llevan a una problemática mucho mayor que la que plantea el más acotado Gráfico Nº 2. Independientemente de ello, entendemos que este último gráfico armoniza de manera más adecuada con el modelo mixto de responsabilidad penal que presupone el esquema legal (26).

Para ser más precisos.

El primer gráfico abriría un abanico de hipótesis en las cuales habría que verificar —para que estas distintas hipótesis se realicen— una intervención indirecta o un accionar indirecto en nombre, beneficio o interés de la persona jurídica. Estas posibilidades resultan muy difíciles, sino imposibles, de realización (27). Sostener lo contrario implicaría, adicionalmente, un serio menoscabo al principio de legalidad que exige una redacción clara de las normas penales en función de la punibilidad consecuente que habilitan. Imagine el lector la enorme cantidad de supuestos que (imprecisamente) podrían haber si considerásemos que cualquier intervención indirecta o cualquier actuación indirectamente en nombre de la empresa o cualquier rédito, interés o beneficio indirecto quedasen efectivamente comprendidas en la norma.

El Gráfico Nº 2, por el contrario, acota el adverbio *indirectamente* a la intervención de la persona jurídica (responsabilidad por el hecho propio) y abre un número de hipótesis más limitado de responsabilidad de la persona jurídica por el accionar de terceros (responsabili-

dad vicarial) que actuaron en nombre, interés o beneficio de la empresa. En esta última opción, la expresión directa o indirectamente no juega ningún papel.

Para dar un ejemplo de la importancia de la cuestión. Si la interpretación correcta de la norma es la del “Gráfico Nº 1”, los jueces están habilitados a bucear en el ámbito de una persona jurídica aquellos actos ilícitos que, incluso “indirectamente”, hayan podido redundar en su “interés”.

Si, en cambio, prima la interpretación descripta en el “Gráfico Nº 2”, el “interés” debe hallarse en directa conexión con el delito realizado, de manera de circunscribir notoriamente el ámbito de lo punible. Ello, pues “indirectamente” solo aplicará a la forma de intervención.

Aclarado lo anterior, veamos entonces las posibilidades que razonablemente habilita la norma.

### II.2.1. Primera hipótesis: delito realizado de manera directa o directamente

La primera posibilidad que nos ofrece el texto legal es que el delito se haya “realizado” (28) con intervención directa de la persona jurídica. Esto es, con el conocimiento y el respaldo explícito de la sociedad o empresa (29).

Intervenir en este contexto lingüístico-normativo implica *tomar parte activa en el hecho* (30). En este caso, un hecho típico, anti-jurídico y culpable (y punible). Tomemos un ejemplo orientativo. Un gerente comercial de una sociedad anónima comete el delito de cohecho con el conocimiento y el aval o, al menos, la tolerancia del Directorio de la firma. Puede decirse en consecuencia que la propia empresa ha “intervenido” u “obrado” de manera directa (31).

(28) Lo cual lo tomaremos como sinónimo de delito consumado.

(29) Ese conocimiento y respaldo explícito abre una enorme casuística en función del tipo societario de que se trate y de sus órganos de gobierno y administración.

(30) Esa intervención puede adoptar distintas modalidades: comisión, omisión o comisión por omisión.

(31) Creemos que la alternativa vicarial o por el hecho propio es en algún punto circular, en el sentido de que en

(26) La ley 27.401 combina normas de carácter vicarial (el párr. 1º del art. 2º) con otras de responsabilidad por el hecho propio (por ejemplo, la independencia de las acciones del art. 6º).

(27) Veremos a continuación solo una de ellas (intervención indirecta) pues ésta se encuentra comprendida en las alternativas que la norma comprende.



En la alternativa analizada se conjugan dos conceptos determinantes. El delito debe haberse *realizado directamente* con la *intervención* de la persona jurídica. El adverbio *directamente* y el sustantivo *intervención* están enlazados de manera inevitable. De modo que en esta hipótesis de responsabilidad deben existir pruebas claras y precisas de la intervención de los órganos de la persona jurídica con competencia específica en el área relacionada al delito de que se trate o del “órgano social habilitado legalmente para exteriorizar la voluntad social del ente colectivo” (32) en el contexto normativo descrito en el tipo penal.

Ahora bien, dado que en nuestras normas específicas existen distintas tipologías de personas jurídicas, aunque siempre circunscriptas al género señalado por el art. 1º (33), habría que investigar y determinar en cada caso cuál es el órgano específico cuya “intervención directa” resulta necesaria para la comisión del delito (34).

A mero título ejemplificativo, podría tratarse de los accionistas, los socios, directores (entre los que el Presidente posee enorme importancia en términos de representación), síndicos, miembros del consejo de vigilancia, los representantes, apoderados, gerentes —sean o no socios— y dependientes.

### II.2.2. Segunda hipótesis: delito (supuestamente) realizado indirectamente con intervención de la persona jurídica

Esta hipótesis presenta serias dificultades interpretativas. El delito, en estos casos, debería

definitiva siempre se procede a la búsqueda y detección de conductas humanas de personas físicas relacionadas, con distinto grado de intensidad, a la persona jurídica que se intenta punibilizar.

(32) GRISSETTI (h), Ricardo, “Ley 27.401 de Responsabilidad Penal Empresaria. Aproximación al análisis de sus disposiciones”, DPyC 2018, febrero, 06/02/2018. Cita online: AR/DOC/11/2018.

(33) Personas jurídicas privadas son para el art. 141 del Código Civil y Comercial de la Nación “*todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación*”.

(34) El diputado Brüegge en la Sesión del 8 de noviembre de 2017 llamó la atención sobre la falta de coordinación de la presente Ley con la Ley de Sociedades.

cometerse como consecuencia de una intervención “indirecta” de la empresa a la que se pretende responsabilizar y aplicarle una pena.

Se trata de situaciones en las cuales la voluntad social de la empresa, para decirlo de un modo genérico, o la del órgano específico con actuación en el campo de aplicación del delito en particular —ambos como posibles sucedáneos del dolo tradicional—, quedarían a una distancia considerable del injusto sometido a análisis (35).

En rigor de verdad, parece una contradicción en sus términos hablar de *delito realizado indirectamente con su intervención*. Cuesta así imaginar una hipótesis de intervención indirecta y, a la vez, punible de la persona jurídica que no sea una atribución de responsabilidad objetiva. Intervenir en el contexto normativo al que referimos, como ya vimos, requiere una acción por definición directa.

Descartamos que esta *indirecta intervención* esté referida a un tipo de participación delictiva de la persona jurídica bajo la modalidad de partícipe primario o secundario. Es que, aun en estos supuestos, la persona jurídica-partícipe intervendría de manera directa (no indirecta) en esa condición.

Parte de la reciente doctrina que se ha expresado sobre la ley 27.401, expone que “el término ‘indirectamente’ inserto en su párr. 1º alcanzaría a aquellos terceros que poseen algún tipo de vinculación jurídica formal con una persona jurídica, en virtud de la cual podría representarla” (36). En tal sentido, se cita el caso de los socios de negocios, contrapartes en contratos de agencia, distribución o concesión o los celebrados con proveedores, contratistas, distribuidores u otras personas humanas o jurídicas con quienes mantenga una relación contractual. No compartimos esta interpretación.

(35) A falta de una teoría del delito o una dogmática asentada en la materia específica, este tipo de asociaciones con la teoría del delito tradicional (a medida de la persona humana) son inevitables.

(36) PAPA, Rodolfo G, “La Nueva Ley de Responsabilidad Penal Empresaria”, La Ley, 06/02/2018, I; DPyC 2018 (marzo), 60. Cita Online: AR/DOC/210/2018.

En las hipótesis consideradas en el párrafo anterior no se verifica una intervención indirecta de la persona jurídica. La intervención es directa y de un tercero, ajeno a la persona jurídica sobre cuyo foco central está puesta la atención de la nueva ley. Tampoco existe en la redacción de este pasaje de la norma —nos referimos al párr. 1º— una ratificación de esa actuación del *extraneus*, como la normada en el párr. 2º del mismo art. 2º.

Dicho lo anterior, existe otra explicación posible, y es pensar que la inclusión del adverbio *indirectamente* se “filtró” en el párr. 1º del art. 2º como consecuencia de la terminología utilizada en la redacción de los delitos que comprende la Ley. En efecto, a poco que repasemos los tipos penales del art. 1º veremos que en muchas ocasiones se hace alusión a este término (“indirectamente”) o a alguno similar. Lógicamente que en otro contexto normativo y con otro alcance o finalidad.

En los supuestos de los arts. 258 y 258 bis, el sujeto activo da u ofrece sobornos de manera directa o *indirecta*. Los arts. 256 y 256 bis, al que remite el art. 258, reprimen al funcionario que por sí o por persona interpuesta, recibe dinero o equivalente o acepta una promesa directa o *indirecta*, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones. En el art. 265 si bien no se alude al modo indirecto en la formulación de la conducta típica, el sujeto activo puede procurar un beneficio propio (directo) o de un tercero (*indirecto*). Similares situaciones se producen en los casos de los arts. 268 y 268.1.

En conclusión, estamos ante una extrapolación de un término o concepto que le quita enorme precisión a la hipótesis de intervención de la persona jurídica analizada. El afán punitivo en el cumplimiento atrasado de pactos internacionales en la materia, aun cuando válido, no es un buen ingrediente a la hora de legislar con la mayor precisión posible en materia penal.

### II.2.3. Tercera hipótesis: delito realizado “en nombre” de la persona jurídica

A partir de aquí la norma abandona el modelo de responsabilidad de la persona jurídica por el hecho propio migrando al de transferen-

cia de responsabilidad por los actos de los terceros. En este caso —párr. 1º—, terceros vinculados a la empresa a raíz de lo cual ésta deberá responder. Los terceros ajenos a la persona jurídica recibirán tratamiento en el párr. 2º.

En el supuesto de que la comisión del hecho lo haya sido “en nombre” de la persona jurídica —que es un aspecto objetivo y comprobable de la maniobra— y cuente, además, con el conocimiento de los órganos directivos específicos o al menos con su tolerancia, consintiendo en ambos casos el accionar de la persona humana que comete el delito, la hipótesis no presentaría mayores inconvenientes.

Los problemas se generan en la medida en que el delito puede cometerse “en nombre” de la persona jurídica y, sin embargo, no se cuente con el conocimiento y consentimiento de aquellas personas que conforman la *voluntad social* de la persona jurídica o, más concretamente, de los órganos con competencia específica en la materia sobre la que trata el delito en particular (37). Podría tratarse, por ejemplo, de una actuación delictiva autónoma, solitaria y aislada de una persona física con capacidades jurídicas suficientes para representar el “nombre” de la persona jurídica.

Ahora bien, vimos ya que la vinculación entre los términos *directa* e *intervención* de la primera hipótesis analizada nos llevaba a supuestos que podían ser delimitados con alguna claridad. En este caso, en cambio, nos encontramos frente a una hipótesis normativa de un delito realizado “en nombre” de la persona jurídica pero, no necesariamente, con su intervención real. Ni siquiera con su conocimiento.

Estamos en presencia de una suerte de reflejo de los parámetros de responsabilidad del superior utilizados en sede civil (38) y que, aun

(37) Los delitos comprendidos en el art. 1º de la Ley abarcan áreas de la realidad totalmente distintas, aunadas simplemente por la agresión a un mismo bien jurídico. Una actuación directa en nombre de la persona jurídica debería suponer el conocimiento de los integrantes que conforman los órganos específicos relacionados a la materia de que se trate.

(38) La extensión del *respondeat superior* que los tribunales federales estadounidenses aplican desde hace tiempo sobre la materia.

cuando se sostenga un cambio de paradigma por atribución vicarial de la responsabilidad, resultarán cuanto menos de dificultosa aplicación práctica de acuerdo al desarrollo actual del derecho penal.

Campea sobre el punto un mal endémico en nuestra área. Hablamos de la falta de coordinación entre las demandas de modernización de la legislación penal que llevan al dictado de normas “de avanzada” como la comentada y el bloque de legislación de fondo y forma que arrastramos desde hace ya mucho tiempo.

En este sentido, un ejemplo muy claro, es la remisión procesal, en verdad bastante vaga, del art. 11 de la Ley. Allí, en relación con la situación procesal de la persona jurídica, se dice: “La persona jurídica tendrá los derechos y las obligaciones previstos para el imputado de acuerdo a lo establecido en los códigos de procedimiento, en cuanto le sean aplicables”.

En efecto, la total ausencia en nuestros códigos de forma de disposiciones relativas a la persona jurídica, muestra que estamos en presencia de un verdadero salto al vacío que se llenará, en el mejor de los casos, a través de la reglamentación de la ley o, en un escenario no tan optimista, según lo que cada Juez interprete haciendo analogías procesales según el código de procedimientos que por jurisdicción y competencia le corresponda.

Desde una óptica distinta podría fundamentarse la responsabilidad que presupone este pasaje del siguiente modo. La norma ha cambiado el paradigma de atribución de responsabilidad como ha ocurrido en otras latitudes, cargando las tintas sobre la empresa por la inobservancia de los deberes de cuidado (*compliance*), inobservancia que deriva en la actuación de la persona física que cometió el delito en nombre de ella.

El problema de esta hipótesis, posible pero no única, es que todos los delitos previstos en el art. 1º de la misma ley son dolosos, no culposos. En consecuencia, se estaría creando una responsabilidad culposa de la persona jurídica por un hecho principal que no admite esta modalidad. Excepto que se considere viable la creación de un tipo genérico de omisión impropia.

En cualquier caso, es notorio que la falta de un bloque de legislación coordinado, en materia de fondo y forma, como así también un embrionario desarrollo doctrinario (local), entre otros factores posibles, llevan a tener que idear estas vueltas dogmáticas —incluyendo la extrapolación de teorías foráneas— para explicar algo que desde el texto legal no es simple.

#### II.2.4. Cuarta hipótesis: delito realizado en “interés o beneficio”

Para finalizar las variantes que propone la norma comentada, nos encontramos con aquellos casos en los que la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica se basa en el interés o el beneficio obtenido en su favor como consecuencia de la comisión del delito (39). La expresión de este fundamento se manifiesta aquí de una manera más dosificada que la radical atribución de responsabilidad del último párrafo del art. 2º, que luego analizaremos.

Pero veamos inicialmente la diferencia que existe, si alguna, entre delito realizado en “interés o beneficio” de la persona jurídica partiendo de la siguiente base. Conceptualmente los términos “interés” o “beneficio” pueden llegar a superponerse. No permiten delimitar campos de aplicación claramente escindibles.

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (22º Edición), *interés* (del latín *interesse*, importar) significa “m. Provecho, utilidad, ganancia; Valor de algo; Lucro producido por el capital; Inclinación del ánimo hacia un objeto, una persona, una narración, etc.; pl. bienes: Conveniencia o beneficio en el orden moral o material”. Mientras que *beneficio* (del latín *beneficium*) significa “m. Bien que se hace o se recibe; utilidad (II provecho); Labor y cultivo que se da a los campos, árboles, etc.; Acción de beneficiar (II minas); Conjunto de derechos y emolumentos que obtiene un eclesiástico de un oficio o de una fundación o capellanía; Acción de beneficiar (II créditos); Ganancia económica que se obtiene de un negocio, inversión u otra actividad mercantil; Derecho que compete por ley o cualquier otro motivo; Ingenio o haciendo donde se benefician productos agrícolas”.

(39) Teorías de la utilidad o el interés.

Dejando de lado aquellas definiciones que no guardan ningún vínculo con la norma penal bajo análisis, existen, como dijimos, claros riesgos de superposición. El contenido económico o patrimonial, si bien comprende a uno como al otro, lo excede. Si pensamos cómo utilizamos coloquialmente dichos términos ocurre lo mismo. Alguien puede tener interés en cursar un posgrado en una universidad y esto, probablemente, le aparejará un beneficio (de formación, cultural, académico y hasta probablemente económico). O esa persona puede tener un beneficio económico producto de su interés en obtener más dinero con una arriesgada inversión bursátil.

Inevitablemente, "interés" y "beneficio" son términos que tienden a confundirse, fusionarse o yuxtaponerse de una manera que no lo hacían los analizados anteriores (*con su intervención o en su nombre*). La conjunción "o" que une ambas palabras operan en el caso como lo que se denomina una "conjunción disyuntiva de equivalencia denominativa". Vale decir, una conjunción que une dos expresiones (interés o beneficio) de idéntico valor denominativo.

Intentemos ahora verificar el uso o interpretación de dichos términos en relación con cada uno de los delitos aludidos en el art. 1º de la Ley comentada (40). Creemos así que una búsqueda intranormativa, esto es, dentro del mismo texto legal o contexto normativo (que excede la literalidad de una norma), ayudará a identificar las acciones que comprende.

En el delito de *cohecho y tráfico de influencias nacional y transnacional* previsto en los arts. 258 y 258 bis del Código Penal, el *interés o beneficio* de la acción radica en "hacer, retardar, o dejar de hacer" algún acto relativo a las funciones del funcionario público a quien se destina el soborno. Entre estos actos, el art. 258 bis reduce el campo de aplicación al establecer que la influencia debe ser ejercida sobre "un asunto

(40) La tarea debiera ser más ardua y exhaustiva en el análisis de cada tipo penal pero excedería notoriamente el análisis propuesto en este artículo. Sirva simplemente como disparador para quienes deseen profundizar este aspecto.

vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial" (41).

En consecuencia, si la expresión *interés o beneficio* se analiza en el marco de la comisión de estos delitos, el ámbito de aplicación posible es amplio. En el primero (258), el interés o beneficio de la persona jurídica puede o no tener contenido económico o patrimonial. En el segundo (258 bis), en cambio, la referencia a la transacción económica, financiera o comercial, denotan que ese interés o beneficio debe ser (necesariamente) de carácter patrimonial.

El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (art. 265 Cód. Penal) castiga al "funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo. Se aplicará también multa de dos [2] a cinco (5) veces del valor del beneficio indebido pretendido u obtenido..."

Hay una primera referencia al *interés* del funcionario público como sujeto activo del delito (42). Ese interés está dirigido a la obtención de un *beneficio* que puede ser propio o de un tercero. El tercero *beneficiado* podría ser la persona jurídica que, en este tipo penal de autor calificado, solo podría calificar de partícipe. No autor.

El beneficio que reporta el delito *debe guardar relación con un contrato u operación*, "términos que evidencian la necesidad de que se trate de actos con contenido económico" (43). Ello otorga una mayor precisión en el contenido del interés o el beneficio que se analiza. En

(41) Dada la multiplicidad de hipótesis que prevén los arts. 258 y 258 bis en función de los arts. 256 y 256 bis a los que remiten, hemos realizado una apretada síntesis o generalización de las diversas conductas comprendidas, a riesgo de dejar algún matiz afuera, pero suficiente a los efectos del análisis que se procura. Esto es, referenciar contextualmente el concepto de *interés o beneficio* del art. 2º.

(42) El mismo es definido generalmente como un interés de parte, que difiere del interés administrativo que debe guiar su conducta.

(43) D'ALESSIO, Divito, *Código Penal comentado*, tomo II, 2ª ed., Ed. La Ley, p. 1313.

otras palabras, para que la persona jurídica sea pasible de imputación, la negociación incompatible debe haberse realizado en interés o en beneficio *patrimonial* directo de aquélla.

El delito de concusión del art. 268 del Cód. Penal reprime al “funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores”, que son las exacciones ilegales de los arts. 266 y 267 del Cód. Penal (44).

Aquí, el beneficio o interés de la persona jurídica (el “tercero” del art. 268 del Cód. Penal) es el provecho que hubiere obtenido como partícipe de las exacciones ilegales. Este provecho debe ser de carácter patrimonial, según se desprende de la lectura de los artículos comprendidos, y debe haberse obtenido como consecuencia de la exacción que lo precede.

El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados está previsto por los arts. 268 (1) y (2) del Código Penal. El primero reprime al “funcionario público que con fines de lucro utilizare para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo”. Además de la pena de reclusión o prisión, la norma también prevé multa de dos a cinco veces del lucro obtenido.

Se trata nuevamente de un delito calificado por el autor, en el cual la persona jurídica podría ser partícipe como destinatario o beneficiario del indebido favor procurado. La ultrafinalidad (ánimo de lucro) y el lucro obtenido como pauta de mensuración de la multa, denotan que el *beneficio* o *interés* también deben poseer contenido patrimonial.

(44) Art. 266. — Será reprimido con prisión de un (1) a cuatro (4) años e inhabilitación especial de uno (1) a (5) cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, solicitar, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden. Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto de la exacción. Art. 267. — Si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, podrá elevarse la prisión hasta cuatro años y la inhabilitación hasta seis años.

El art. 268 (2), por su parte, reprime con prisión y multa de dos a cinco veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, al “que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos (2) años después de haber cesado en su desempeño. Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho”.

Al igual que el artículo anteriormente comentado, el beneficio o interés es patrimonial. La persona jurídica puede jugar aquí, como de hecho suele ocurrir con frecuencia, como pantalla o persona interpuesta para ocultar al funcionario público enriquecido de manera ilegítima.

Por último, el art. 300 bis del Cód. Penal sostiene que “Cuando los hechos delictivos previstos en el inc. 2º del art. 300 hubieren sido realizados con el fin de ocultar la comisión de los delitos previstos en los arts. 258 y 258 bis, se impondrá pena de prisión de un (1) a cuatro (4) años y multa de dos (2) a cinco (5) veces el valor falseado en los documentos y actos a los que se refiere el inciso mencionado”. El inc. 2º, del art. 300 al que hace referencia pena con prisión de seis (6) meses a dos (2) años al “fundador, director, administrador, liquidador o síndico de una sociedad anónima o cooperativa o de otra persona colectiva, que a sabiendas publicare, certificare o autorizare un inventario, un balance, una cuenta de ganancias y pérdidas o los correspondientes informes, actas o memorias, falsos o incompletos o informare a la asamblea o reunión de socios, con falsedad, sobre hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa, cualquiera que hubiere sido el propósito perseguido al verificarlo”.

Si bien el interés o beneficio patrimonial es la finalidad mediata de la norma, la inmediata (ocultar o engañar con la información) podría no ser más que el medio de aquélla. La finalidad es ocultar hechos importantes para que un

tercero no pueda visualizar en real magnitud la situación económica de la empresa.

Del desarrollo realizado podemos concluir que los términos “interés o beneficio” aludidos en el art. 2º cubren de manera suficiente todos los hechos comprendidos en los arts. analizados, evitando dejar fuera de la órbita de responsabilidad penal de la persona jurídica aquellas conductas que alcanzan en espejo a las personas físicas en los delitos enumerados por el art. 1º de la Ley.

Con independencia de lo que el legislador se haya efectivamente propuesto, podría aquí hablarse de una vaguedad deliberada (45) en la redacción de este pasaje de la norma, sin llegar al extremo de violar el principio de *taxatividad penal*. Una utilización del lenguaje menos abierta podría hacer colisionar o, al menos, generar conflictos de coordinación del lenguaje (y por ende de la punibilidad consecuente) entre los arts. 1 y 2 de la Ley.

### III. Extensión de responsabilidad por ratificación tácita

El párr. 2º del art. 2º (“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”) plantea otras dificultades no menores.

En este caso, quien interviene en la comisión de un delito en beneficio o interés de la persona jurídica es un extraño. Esto es, alguien ajeno a la estructura societaria y a sus órganos de administración o gobierno, pero cuya gestión (ilícita) es ratificada por la persona jurídica en un momento posterior. Aun de manera tácita (46).

Teniendo en cuenta que estamos frente a un cambio radical del paradigma tradicional en

(45) Cfr. SCHAUER, Frederick, “Formalism”, en *The Yale Law Journal*, volumen 97, nro. 4, marzo 1988, p. 536. Ver también HART, *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, 1963, Capítulo VII.

(46) Recordemos que las personas humanas vinculadas a la empresa se hallan comprendidas en el párr. 1º del art. 2º.

materia de responsabilidad penal, no exento de futuros debates dogmáticos y jurisdiccionales, entendemos que la letra de la ley carece de la necesaria precisión en este pasaje. Se trata de un párrafo que dispara enormes interrogantes sobre su alcance. Veamos;

#### III.1. La “gestión” del párr. 2º

Resulta una tarea sumamente dificultosa descifrar y acotar el alcance de la palabra *gestión* elegida por la norma. No se trata de un término secundario sino de uno central para la inteligencia de la disposición. Recuérdese que estamos hablando de una acción realizada por un sujeto ajeno a la estructura de la persona jurídica, acción que da pie a la responsabilidad penal por transferencia hacia esta última, y que el legislador ha seleccionado específicamente como objeto de prohibición.

El legislador podía haber utilizado palabras más precisas, con connotaciones jurídicas penales específicas, sobre las que existe un mediano consenso sobre su contenido. Entre otras, *participación, accionar, hecho o conducta*. Nótese que, a diferencia de las dificultades que implica la elección de un verbo para referirse a una “acción” de la persona jurídica (47), estamos frente a un supuesto de actuación de una persona física, terreno en el cual la dogmática es bastante pacífica en la utilización de los términos.

¿Qué quiso decir entonces el legislador al referirse a la *gestión* que luego da paso a la punibilidad? ¿Se trata de un término coloquial, vulgar o jurídico (en este último caso, lo que se llama un elemento normativo del tipo)? ¿Se

(47) En la obra de CIGÜELA SOLA, Javier, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal*, Marcial Pons, 2015, p. 38), se cita, en tal sentido, de lo que Jonás describió como “el carácter modificado de la acción” en referencia a la “acción” de una persona jurídica que opera en un marco de grandes avances tecnológicos donde se difuminan ...las esferas de organización individuales, todo lo cual está reavivando la crisis de la responsabilidad individual y un nuevo auge de lo colectivo o sistémico. FRENCH, por su parte, en “The Corporation as a Moral Person” (*American Philosophical Quarterly*, vol. 16, nro. 3, 1979) sostiene directamente la capacidad de “acción” colectiva de la persona jurídica a través de lo que denomina las CID (“Corporation’s Internal Decision Structures”).

trata de un acto aislado, de una única gestión? ¿Se encuentra comprendida la persona que opera o gestiona con habitualidad? ¿Existe alguna norma a la cual acudir para precisar el alcance de esta gestión? ¿Ese “tercero” que gestiona, además de una persona física, y dado que no se aclara, puede comprender a un tercero-persona jurídica? ¿En este último caso, la cadena de punibilidad se extiende? (48)

No existe en la redacción de toda la ley 27.401 ninguna otra referencia a la palabra *gestión* que permita comparar y aclarar este término. El Código Penal tampoco la utiliza en toda su redacción. Se trata *a priori* de un concepto propio del derecho civil y comercial. El nuevo Código Civil y Comercial utiliza cincuenta y ocho veces la palabra *gestión*. Sin embargo solo dos referencias pueden ser útiles en la búsqueda de sentido procurada.

1. El art. 367 del Cód. Civ. y Com. de la Nación trata el caso del representante aparente (49) frente a terceros de buena fe que operan con éste. En estos casos se entiende incluso que se le ha otorgado a este tercero una representación “tácita”, término igualmente impreciso que utiliza el párr. 2º del art. 2º de la ley 27.401. Sin embargo, los terceros involucrados en este párr. 2º no operan de buena fe sino con el dolo de comisión de un tipo objetivo.

2. Los arts. 1781 a 1790 del Cód. Civ. y Com. de la Nación regulan la “gestión de negocios”. Puntualmente el art. 1781, define el concepto

(48) La imprecisión del término podría dar lugar a mayores interrogantes. Hemos elegido solo aquéllos que nos parecieron más trascendentes.

(49) Art. 367.— Representación aparente. Cuando alguien ha obrado de manera de inducir a un tercero a celebrar un acto jurídico, dejándolo creer razonablemente que negocia con su representante, sin que haya representación expresa, se entiende que le ha otorgado tácitamente poder suficiente. A tal efecto se presume que: a) quien de manera notoria tiene la administración de un establecimiento abierto al público es apoderado para todos los actos propios de la gestión ordinaria de éste; b) los dependientes que se desempeñan en el establecimiento están facultados para todos los actos que ordinariamente corresponden a las funciones que realizan; c) los dependientes encargados de entregar mercaderías fuera del establecimiento están facultados a percibir su precio otorgando el pertinente recibo.

de este modo: “Hay gestión de negocios cuando una persona asume oficiosamente la gestión de un negocio ajeno por un motivo razonable, sin intención de hacer una liberalidad y sin estar autorizada ni obligada, convencional o legalmente”.

Esta figura fue incluida dentro del título “Otras fuentes de las Obligaciones”, cuyo objeto —en línea con los arts. 279 y 280 del actual Cód. Civil y Comercial— siempre es materia lícita no ilícita (50). La alusión a la gestión oficiosa implica un actuar o una conducción de modo diligente (51), siendo contradictorio evaluar la diligencia de un actuar ilícito. Por último, las normas civiles atinentes a la responsabilidad del gestor (arts. 1786 y 1787) se refieren al actuar culposo o a los casos fortuitos pero nunca al actuar ilícito.

Acudir entonces al Código Civil y Comercial para descifrar el término utilizado en la ley 27.401 no ayuda, en tanto la *gestión* del art. 2º es un acto de participación criminal (ilícito) cuya transferencia a la persona jurídica resulta la base de la responsabilidad penal consecuente, mientras que la *gestión* a la que se refiere el primer cuerpo normativo es de carácter lícito.

En síntesis, carecemos de una fuente segura a la cual recurrir para descifrar un concepto tan central como el término *gestión* del párr. 2º. Habrá que esperar, principalmente, el desarrollo jurisprudencial que se realice sobre el punto, pero es claro que la gravedad (penal) de la materia habría hecho aconsejable contar con mayores precisiones *ex ante*.

### III.2. La ratificación tácita

En el mismo orden de cuestionamientos sobre la ambigua redacción de tan fundamental norma, se abre un nuevo interrogante sobre el concepto de *ratificación tácita* del accionar del tercero-gestor.

(50) La doctrina especializada en la materia entiende a la gestión de negocios como: a) un cuasicontrato; b) un acto voluntario lícito del gestor; c) un acto jurídico del gestor; y, d) una representación.

(51) Kemelmajer de Carlucci, citando a Demogue, sostiene que la intervención del gestor está inspirada en un propósito noble: impedir un daño al dueño del negocio.

¿Qué significa ratificar tácitamente la actuación? ¿Aceptar los resultados de la gestión es suficiente? ¿Qué significa “aceptar”?; ¿Hace falta conocimiento directo de dicha gestión? ¿Ese conocimiento debe ser previo o posterior?; ¿Qué sujeto o qué órgano debe ser aquel que ratifique la gestión?

Si una imprecisión —la ambigua palabra “gestión”— abría ya un gran abanico de dudas, dos imprecisiones las multiplican peligrosamente, a la manera de los espejos en los cuentos de Borges y su tortuosa incidencia en la apreciación de la realidad.

Ante este panorama, el Juez que evalúe una situación como la descrita debería, cuanto menos, requerir el conocimiento de estas circunstancias —nos referimos al accionar del gestor— por los órganos con competencia específica en el área de que se trate. Ello, salvo que los hechos fueran de público y notorio (52).

#### IV. Exención de responsabilidad

El párr. 3º también merece serios cuestionamientos. Se dice allí 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”.

Se trata de la expresión más radical de la “teoría de la utilidad o el interés” que opera como vehículo de transferencia de la responsabilidad de la persona humana a la jurídica en los casos en que el actuar de la primera beneficia a la segunda.

Como consecuencia de la adopción de dicha postura teórica o doctrinaria, el principio derivado de la norma es la plena responsabilidad de la persona jurídica o la responsabilidad por defecto para el caso de la actuación de una persona humana con las características descriptas.

La *única* excepción —de ahí la expresión “solo sí”— se daría en aquellos supuestos en los que la persona humana haya actuado en búsqueda de su exclusivo beneficio y además no haya generado ningún provecho para la persona jurídica.

La norma no aclara si la “persona humana” a la que se refiere debe ser un dependiente de la empresa o una persona vinculada a sus órganos —tal el caso (parcial) del párr. 1º del art. 2º— o si también califica como tal un ajeno o extraño a la persona jurídica —tal el caso del tercero-gestor del párr. 2º—. La interpretación que se realice lógicamente ampliará o reducirá el campo de punibilidad.

En el primer caso, el castigo y la responsabilidad consecuentes derivarían de una supuesta o tácita inobservancia de la persona jurídica de los deberes de vigilar a sus dependientes o integrantes. En el segundo resulta un exceso que la empresa sea responsable *penalmente* por la actuación de terceros de los que carece de toda posibilidad de control. Ello, por el mero hecho de que colateralmente esta actuación le hubiera reportado un “provecho” de cualquier especie.

Un ejemplo aclarará a qué nos estamos refiriendo. En el seno de una empresa se contratan los servicios de una consultora para que acerque posibles proveedores de un determinado bien o servicio, con miras a la presentación de aquella empresa en una muy trascendente licitación pública. El consultor en cuestión, con el acuerdo de ciertos subcontratistas, decide “cartelizar” esa oferta de modo de que estos últimos acuerden fuertes sobrepuestos que serán luego repartidos entre el consultor y quienes aceptaron formar parte de esa oferta espuria. La empresa subcontrata al oferente más bajo, sin saber que incluso esa oferta —supuestamente más ventajosa para el Estado Nacional— incluye un precio muy por encima del mercado. El funcionario que debe velar por la transparencia de la contratación forma parte de este mismo acuerdo criminal.

Es claro que en un caso como éste la empresa en cuestión no ha tenido beneficio alguno, y también lo es que el beneficio obtenido (los sobrepuestos) serán distribuidos entre los autores de la maniobra. Sin embargo, podría sostenerse

(52) ABRALDES, Sandro, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el anteproyecto de 2014”, en *Revista de Derecho Penal*, 2014, número extraordinario. PIÑA, Roxana (coord.) y DONNA, Edgardo A. (dir.), *El Anteproyecto de Código Penal de 2013*, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 535 y ss.



que ha existido un “provecho” para la empresa que accedió a esa importante contratación.

Dadas las características del pasaje descripto creemos que, cuanto menos parcialmente, la norma resultará inaplicable en la realidad por los serios cuestionamientos constitucionales (derivados de la afectación al principio de culpabilidad) que derivarán. Al menos, en esta etapa de nuestro desarrollo legislativo y jurisprudencial.

## V. Conclusión

Aunque evidentemente estamos en una etapa de transición progresiva pero firme en orden a afirmar la responsabilidad penal plena de la persona jurídica, una norma fundamental como la comentada debiera haber sido redactada con una precisión y rigurosidad de la que carece.

Si bien no es de buena técnica legislativa definir conceptos, tratándose de una materia novedosa, el legislador debiera haberse explayado mucho más que lo que generalmente se hace en terrenos con un desarrollo más asentado.

No faltarán las opiniones que basadas en teorías doctrinarias foráneas intentarán rescatar la validez y la vigencia plena del basal artículo comentado. Lógicamente hay que considerar seriamente esas doctrinas extranjeras que son la fuente de nuestra “nueva” legislación pero no

puede obviarse que aquéllas existen en complemento de un bloque normativo —en la mayoría de los casos mucho más avanzados— desarrollado de un modo distinto al nuestro.

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

Preferimos no calificar las expresiones de uno de nuestro congresales al sancionar la ley y referirse concretamente a la inmadurez del régimen penal societario sancionado, cuando señaló lo siguiente:

“Nosotros creemos que el Código Penal, que ya está consolidado, debemos dejarlo como está. Estos son regímenes especiales complementarios a dicho cuerpo normativo, y como dijo el señor diputado (...), es un régimen que no está maduro y que no lo estará aunque tengamos una ley. En el caso del lavado de dinero, se requirieron cuatro o cinco leyes para llegar a cierta madurez (...) Este proyecto tiene por objeto establecer un nuevo régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas, porque es muy malo que no exista”.

Como dice el viejo adagio “a confesión de parte, relevo de prueba”.