

RECENSIÓN

Reflexiones a propósito de “LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA RECIENTE REFORMA LEGISLATIVA ARGENTINA. ALGUNAS CUESTIONES DOGMÁTICAS Y POLÍTICO CRIMINALES DE LA LEY N° 27.401”, de José Daniel Cesano

José Manuel Palma Herrera
Prof. Titular de Derecho Penal
Universidad de Córdoba (España)

En este artículo del doctor Cesano, autor de numerosas publicaciones sobre la responsabilidad penas de las personas jurídicas y profundo conocedor, por tanto, de la materia, el lector encontrará un análisis de lo que ha supuesto en Argentina la ley 27.401, una ley que, a juicio del autor, habría puesto fin, ya sin ningún género de dudas, al antiguo aforismo *societas delinquere non potest*. Se trata de una lectura recomendada para todo aquél que desee una aproximación al tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Argentina. Una aproximación crítica, además, pues el autor se pronuncia con severidad sobre algunos de los aspectos de dicha ley.

El artículo del doctor Cesano puede dividirse en dos partes bien diferenciadas a las que hay que añadir una introducción y unas conclusiones.

La introducción, que coincide con el apartado titulado “Algunas apreciaciones político criminales” sirve al autor para censurar la forma en la que actúa el legislador argentino criticando la celeridad y premura con la que lo habría hecho en este caso. Un *modus operandi* que, en vez de responder a una justificación racional, sería el resultado de la presión de grupos económicos internacionales (en este caso la OCDE) que ha acabado conduciendo a un producto legislativo poco maduro, que incurre en incongruencias, y que acaba por convertirse en Derecho penal puramente simbólico

Se pone así el acento en uno de los grandes problemas de que adolece la legislación penal del momento, también la española: el afán homogeneizador de los ordenamientos nacionales que, bajo la justificación de la necesidad de una lucha transnacional contra el delito, está determinando que en más ocasiones de las deseables el quehacer de los parlamentos no venga dirigido por las necesidades político-criminales reales de cada país, sino por los informes y decisiones de burócratas pertenecientes a instancias supranacionales desconocedoras de la realidad legislativa nacional. Una situación que estaría conduciendo (gracias también a la falta de cualificación del propio legislador, todo hay que decirlo) a la incorporación de institutos jurídicos que chocan con los principios rectores de nuestra tradición legislativa penal (la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una buena prueba) y a una preocupante reduplicación y dispersión de nuevas figuras delictivas a lo largo de los distintos códigos penales.

La primera parte del trabajo la dedica el doctor Cesano a estudiar la naturaleza y algunas de las notas que caracterizan el régimen de responsabilidad introducido por la ley 27.401. Y así, frente a otros intentos habidos ya en Argentina, considera que en esta ocasión dicha ley sí introduce ya un verdadero régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas, conclusión a la que llega utilizando tanto argumentos lingüísticos como sistemáticos e históricos.

En cuanto a los primeros, el que la ley 27.401 utilice expresamente el término “penas” y no hable de “sanciones” (como hacían las leyes 26.683, 26.733 y 26.734) resulta determinante. Como determinante es, también, el hecho de que, desde un punto de vista sistemático, el art. 1 del Código penal argentino haya ampliado el ámbito de la aplicación espacial de la ley penal para el caso del delito previsto en el artículo 258 bis del mismo cuerpo legal cometido en el extranjero por personas jurídicas con domicilio en la República Argentina. Finalmente, excluye cualquier duda sobre la naturaleza penal del régimen de responsabilidad introducido el que los trabajos parlamentarios, cuya precariedad denuncia el Dr. Cesano, pongan de manifiesto cómo el propio legislador parecía ser consciente de que lo existente hasta ese momento en el Código penal argentino no era un verdadero régimen de responsabilidad penal para los entes morales.

En este sentido no podemos menos que recordar también los bandazos que nuestro legislador ha ido dando en la materia desde que en la reforma del Código Penal de 2003 hiciese un primer amago de introducción de la responsabilidad penal para las personas jurídicas en un art. 31.2 que no tenía de tal más que las palabras utilizadas en la Exposición de Motivos de la L.O. 15/2003 (“Se aborda la responsabilidad penal de las personas jurídicas” -letra L del apartado II-), hasta la última y reglamentista reforma de 2015 que, según el legislador, viene a esclarecer lo que supuso en la materia la L.O. 5/2010.

El Dr. Cesano califica al argentino como un régimen de carácter especial, entendiendo el autor por tal aquel de incriminación cerrada o de *numerus clausus* (como el español) frente al de *numerus apertus* por el que se decantan otros ordenamientos jurídicos. Concretamente, en el caso del modelo argentino, la exigencia de responsabilidad penal a la persona jurídica se circunscribiría sólo a los delitos relacionados con la corrupción en el ámbito de la Administración (cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional -arts. 258 y 258 bis del Código penal-; negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas -art. 265 del Código penal-; concusión -art. 268 del Código penal-; enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados -arts. 268 (1) y (2) del Código penal-, y balances e informes falsos agravados -art. 300 bis del Código penal)¹ un catálogo de delitos mucho más restringido que el del Código Penal español y que es una muestra muy evidente de la incidencia que la OCDE, especialmente preocupada por el tema de la corrupción, ha tenido en la

¹ Incluso en el caso de los balances e informes falsos agravados -incluidos entre los fraudes al comercio y a la industria, como delitos contra la fe pública (Capítulo V del Título XII del Libro II del Código penal argentino)-, previstos por el artículo 300 bis del Código penal argentino, la conducta falsaria debe haberse realizado con el fin de ocultar la comisión de los delitos previstos en los artículos 258 y 258 bis -cohecho- [N. del A.].

reforma legislativa llevada a cabo en Argentina. Con todo, una vez abierta la puerta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas lo más lógico es pensar que, tal y como ocurre hoy día con todo aquello que se introduce de forma excepcional en los códigos penales, el ámbito aplicativo vaya incrementándose en el futuro con la incorporación de nuevos delitos al catálogo.

A continuación, el Dr. Cesano analiza el ámbito subjetivo de la ley 27.401 destacando el hecho de que queden fuera del régimen de responsabilidad penal las personas jurídicas públicas -como sucede también por regla general en el derecho extranjero y más concretamente en el español con excepción de las sociedades mercantiles públicas², así como el hecho de que, entre las privadas, no excluya a ninguna ni por razón de su naturaleza ni de su tamaño, lo que tiene especial importancia, para el autor, en el caso de las PyMEs, cuyas dificultades para implementar y desarrollar una cultura de cumplimiento es mucho mayor que en el caso de las empresas de grandes dimensiones por el hecho de contar con menos medios económicos, menor capacidad de administración y menos personal capacitado, lo que redundaría en cierta informalidad en su manejo. Sus características económicas propias, sus objetivos diferenciados de corto y medio plazo y su organización burocrática simple hacen que el autor se muestre crítico con la inclusión de este tipo de empresas, concluyendo que tales notas debieron ser tenidas en cuenta por el legislador frente a las altas exigencias que representan los programas de cumplimiento.

En ese sentido, teniendo en cuenta el papel de las PyMEs en el volumen global de la economía de un país como Argentina (o como España), parece lógico incluirlas en el régimen de responsabilidad penal, como hemos hecho aquí, aunque también lo habría sido introducir alguna previsión que hiciese más llevadero todo lo que se desprende del cumplimiento normativo en el sentido de “relajar” la necesaria existencia de órganos específicos de control. Es cierto que hacer coincidir “controlador” y “controlado”, como ocurre entre nosotros cuando se trata de personas jurídicas de pequeñas dimensiones, no es lo más adecuado para evitar la comisión de delitos en el seno de la empresa, pero no lo es menos que esa dejación de funciones por parte del Estado que subyace a la exigencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas y al régimen de compliance (el Estado delega en el propio operador económico la función de control que realmente le correspondería a él) no puede acabar “asfixiando” económica y operativamente la vida de una PyME.

Continuando con su análisis, el autor sí considera razonable, por el contrario, la respuesta que la ley 27.401 da al problema de las transformaciones que se pudieran

² Según el art. 146 del Código Civil y Comercial de Argentina, son personas jurídicas públicas:
“a) El Estado nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter;
b) los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable;
c) la Iglesia Católica” [N. del A.].

producir en el ámbito de la empresa con el fin de que dichas transformaciones no se conviertan en un mecanismo fraudulento de elusión de una eventual responsabilidad. Así, el nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas distingue entre aquellas transformaciones que derivan de algún instituto jurídico de reorganización regulado por el derecho societario, de aquéllas que no se vinculan directamente con estos mecanismos, y mientras en el primer caso la solución por la que se opta, siguiendo el modelo español o norteamericano, es que la responsabilidad penal se transmita a la persona jurídica resultante o absorbente, en el segundo es declarar subsistente la responsabilidad penal cuando pese al cambio operado la empresa mantenga su misma actividad económica, sus mismos clientes, proveedores, etc.

Tras analizar estas cuestiones, el Dr. Cesano aborda, en lo que podría considerarse la segunda parte de su trabajo (coincidiendo con el epígrafe III), cuál es el modelo de atribución de responsabilidad penal por el que se ha decantado la ley 27.401. Para ello, lo primero que hace es introducir la cuestión enumerando los tres que la doctrina ha considerado existentes, el de responsabilidad derivada, transferencia o vicarial, el de responsabilidad autónoma u originaria, y el mixto, de cada uno de los cuales destaca sus notas esenciales deteniéndose en mayor medida en el modelo mixto, al que se adscribe, por ejemplo, el norteamericano de las *guidelines*, por ser aquél con el que a la postre acabará comparándose el sistema introducido en el ordenamiento argentino por la ley objeto de su estudio.

En efecto, el autor considera que son varios los argumentos que permiten afirmar que la ley 27.401 da entrada a un modelo mixto de responsabilidad penal para la persona jurídica:

Así, son elementos propios de un modelo de responsabilidad penal autónoma el hecho de que se contemple la posibilidad de condena de la persona jurídica con independencia de que una persona física resulte condenada; el que se haga responsable a las personas jurídicas por los delitos que se hubieren cometido “con su intervención”, o el análisis comparativo que puede hacerse entre el modelo argentino y dos de los textos que se tuvieron en cuenta como fuente, el español y el chileno, que exigen un hecho de conexión que conecta a la persona jurídica con la conducta de la persona física.

Frente a estos, constituye, por el contrario, un elemento propio de un modelo de responsabilidad vicarial el párrafo 2º del art. 2 de la ley argentina, cuando demanda un hecho de conexión con la conducta de la persona física³. El que dicho párrafo comience con la utilización del adverbio “también” implicaría, a su juicio, que se

³ “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” [N. del A.].

refiere a un caso de responsabilidad de distinta naturaleza -vicarial, en definitiva- que aquel otro con el que se relaciona⁴.

Además de lo anterior, sería también un elemento propio de un modelo de responsabilidad derivada el régimen previsto por la ley argentina para los casos de reorganización en la medida en que una persona jurídica acaba asumiendo la responsabilidad penal en la que otro ente distinto había incurrido con carácter previo.

Tras llegar a esta conclusión, el autor manifiesta que este modelo mixto no es fruto de un reposado estudio por parte de legislador (ya antes había criticado cómo los tiempos reposados del trabajo legislativo habían dado paso a nuevas formas de proceder caracterizadas por la premura más propia del Ejecutivo), sino de acuerdos parlamentarios que han acabado generando ciertas inconsecuencias en el seno del modelo finalmente alumbrado: un modelo de responsabilidad autónoma en el que se pretende al mismo tiempo atemperar la culpabilidad de la empresa con algunos casos que exigen un hecho de conexión con la conducta humana (modelo vicarial).

Un régimen, y esta es la principal inconsecuencia que denuncia el Dr. Cesano, que no sigue lo que viene siendo la forma de proceder habitual en los modelos mixtos, en los que primero se fija la responsabilidad de la persona jurídica a partir de un hecho de conexión que la conecta con la conducta de la persona física, y a partir de ahí se gradúa la pena de ésta atribuyéndole un determinado rol a los programas de cumplimiento. De aquí, concluye el autor, se desprenderían importantes consecuencias prácticas, pues dada la trascendencia que se da en el art. 9 al cumplimiento de programas de prevención⁵, el punto de conexión personal que caracteriza a un sistema vicarial pasaría a un segundo plano, y ello contribuiría, al menos fácticamente, a cierta cuota de impunidad de quienes dirigen las empresas.

Una vez más se observa el paralelismo entre la situación descrita por el Dr. Cesano y la que se desprende de los arts. 31 bis y siguientes del Código Penal español. Aunque nuestro legislador decía tener claro por qué modelo de atribución de responsabilidad se decantaba (al menos, así se desprende del Preámbulo de la L.O. 1/2015), no ha sabido luego plasmarlo en el Código Penal. De hecho, aunque la reforma de 2015 tuvo entre sus objetivos acabar con las dudas interpretativas que había llevado a cierto sector doctrinal (en el que me incluyo) a considerar que se trataba de un modelo vicarial, las dudas siguen estando presentes pudiendo constatarse que la redacción de los artículos 31 bis a 31 quinquies del Código Penal

⁴ El del primer párrafo del art. 2: “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” [N. del A.].

⁵ “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 intervinientes en la comisión del delito;
- c) hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido” [N. del A.].

permanece abierta a ambas posibilidades (así lo ponen de manifiesto también las propias discrepancias en el seno de la jurisprudencia y la Fiscalía General del Estado).

El trabajo del Dr. Cesano finaliza con unas conclusiones en las que vuelve a incidir en algunas de las ideas puestas ya de manifiesto a lo largo del trabajo:

- 1) Precipitación.
- 2) Régimen insatisfactorio para las PyMEs.
- 3) Lagunas de punición para cuadros directivos.
- 4) Modus operandi del legislador argentino, que no ha tenido en cuenta la literatura europea sobre cómo debe diseñarse una ley penal.