

**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**

**THE CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL PERSONS IN THE RECENT ARGENTINIAN LEGISLATIVE  
REFORM. CERTAIN DOGMATIC AND CRIMINAL POLITICIAN ISSUES OF THE LAW NUMBER  
27.401**

José Daniel Cesano<sup>1</sup>

Profesor de Posgrado en Derecho Penal  
Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)

*Fecha de recepción:* 15 de abril de 2018.

*Fecha de aceptación:* 18 de mayo de 2018.

**RESUMEN**

Este artículo se propone analizar algunos aspectos jurídicos y político-criminales de la ley 27.401, que introdujo, en la Argentina, la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

---

1 Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor de Posgrado en la Carrera de Especialización en Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Contacto: danielcesano@gmail.com

## **ABSTRACT**

This article proposes to analyze some legal and criminal policy aspects of Law 27.401, which introduced, in Argentina, the criminal liability of legal persons.

## **PALABRAS CLAVE**

Persona Jurídica – Responsabilidad penal – Política criminal – Derecho comparado - Derecho penal económico.

## **KEYWORDS**

Legal persons - Criminal liability - Criminal policy - Comparative law – Economic criminal law.

## **ÍNDICE**

**I.- ALGUNAS APRECIACIONES POLÍTICO CRIMINALES. II.- NATURALEZA Y CARACTERES DE LA RESPONSABILIDAD. III.- LOS MODELOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA. IV.- CONCLUSIONES. V.- BIBLIOGRAFÍA.**

## **SUMMARY**

**I.- SOME CRIMINAL POLICY'S COMMENTS. II.- NATURE AND CHARACTERISTICS OF THE LIABILITY. III.- MODELS OF CRIMINAL LIABILITY OF THE LEGAL PERSONS. IV.- CONCLUSIONS. V.- BIBLIOGRAPHY.**

## **I.- ALGUNAS APRECIACIONES POLÍTICO CRIMINALES**

Se ha señalado que la tarea parlamentaria, ponderada desde una dimensión diacrónica y en comparación con la labor del Poder Ejecutivo, aparece como el

producto del tiempo largo, que marca su identidad y, por consiguiente, la manera en que desempeña sus funciones y las actividades que se relacionan con éstas<sup>2</sup>.

Este tiempo largo es constitutivo de una identidad institucional, a partir de la cual se desarrollan las funciones del parlamento<sup>3</sup>. Por el contrario, la actividad del poder ejecutivo, suele distinguirse, más bien, con las necesidades del instante. En palabras de Basile Ridard “Le rythme politique semble ainsi varier dans de proportions importantes selon qu'il s'inscrit dans le cadre de Parlement ou au-delà”<sup>4</sup>.

Esta descripción, sin embargo, exige, actualmente, una precisión: estos ritmos jurídicos diversos, hoy, suelen desdibujarse; de manera tal que aquella tarea reposada de los tiempos parlamentarios se ven jaqueadas con estos ritmos del ejecutivo; que se caracterizan por priorizar el instante.

¿Por qué hacemos estas referencias?

Simplemente porque, en estas páginas nos proponemos describir aspectos de la reciente ley 27.401, que introdujo en Argentina, la responsabilidad penal de la persona jurídica; descripción que, en algunas cuestiones, lamentablemente, permite apreciar los efectos desfavorables que puede producir una sanción apresurada de un producto normativo; premura que no parece tener un justificativo racional, sino, más bien, ser el resultado de la presión de grupos económicos internacionales – en este caso la OCDE – que no sólo marcan la agenda legislativa sino que, además, catalizan sus productos normativos con notas de perentoriedad.

## II.- NATURALEZA Y CARACTERES DE LA RESPONSABILIDAD

A diferencia de lo sucedido con las reformas al Código Penal argentino por la leyes Nº 26.683 y 26.733, la Ley de Responsabilidad Penal Empresarial, Nº 27.401, introdujo un verdadero sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas.

---

2 Cartier, “Le Parlement et la durée”, en AA. VV., AA. VV., *Le Parlement et le temps. Approche Comparée*. Sous la direction scientifique de Giles Toulemonde et Emmanuel Cartier, Institut Universitaire Varenne, Collection Colloques & Essais, 2017, p. 41.

3 Cartier, “Le Parlement et la durée”, op. cit., p. 42.

4 cfr. “L’activité parlementaire et l’instant”, en, *Le Parlement et le temps...*, op. cit., p. 77.,

Actualmente, aquellas discusiones que se produjeron en relación a los artículos 304 y 313 del Código, en orden a la naturaleza de la responsabilidad que dichos textos establecían, han perdido su razón de ser<sup>5</sup>.

En efecto, la conjunción de argumentos lingüísticos, sistemáticos y genéticos, nos permiten afirmar que la ley 27.401 implicó un abandono del viejo principio *Societas delinquere non potest*.

Lingüísticamente porque los artículos 1°, 2° y 7° de la citada ley, utilizan expresiones idiomáticas que se identifican con esta forma de responsabilidad (penal); especialmente en orden a las consecuencias jurídicas establecidas; las que, a diferencia del mencionado artículo 304 del Código penal, ya no hablan de *sanciones* sino, directamente, de *penas*.

Desde una perspectiva sistemática, también parece claro que la nueva ley alude a una forma de responsabilidad penal en la medida que, al modificar el artículo 1° del Código penal, amplió 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, ya sea aquel fijado en sus estatutos o el correspondiente a los establecimientos o sucursales que posea en el territorio argentino. La previsión, reconoce así, que la figura delictiva del Cohecho y tráfico de influencias transnacional puede tener como agente a una corporación, lo que ratifica la naturaleza penal de la responsabilidad que se establece.

Finalmente, el análisis de los antecedentes parlamentarios – más allá de la notable precariedad que los caracterizan – también ofrece argumentos en esta dirección. Por ejemplo, en la primera intervención de la Cámara de Diputados, hay un pasaje de la alocución de la legisladora María Gabriela Burgos que es esclarecedora de este aspecto; en tanto, su argumentación se encarga de contrastar la realidad normativa vigente al tiempo de la propuesta con lo que el proyecto presentado

---

5 Sobre esta discusión, cfr. Cesano, José Daniel, “Las sanciones las personas jurídicas en las leyes 26.683, 26.733 y 26.734”, *Revista de Derecho Penal. Derecho Penal Económico. Delitos contra el orden económico y financiero (Título XIII del Código Penal) – I*, Rubinzal – Culzoni Editores, 2015 – 1, Santa Fe, pp. 41/67.

representaba: “En la República Argentina” – dijo la diputada – “no existía una pena para los delitos contra la administración pública, destinada a las personas jurídicas; solamente se aplica a las personas humanas, a las personas físicas”<sup>6</sup>; reconociendo, además, que esta iniciativa “tampoco es una novedad a nivel internacional porque son muchos los países que hoy en día han dado cumplimiento a la normativa internacional”; en referencia a las recomendaciones de la OCDE.

Ahora bien, el sistema de responsabilidad penal que establece la ley Argentina **es de carácter especial**; entendiendo por tal a aquellos sistemas en los cuales la posibilidad de imputar a las corporaciones queda legalmente limitada a un determinado *numerus clausus* de delitos; rechazando algunas experiencias legislativas extranjeras, como es el caso, por ejemplo, de Holanda, que adoptó un modelo diverso al aceptar la responsabilidad de las personas jurídicas por cualquiera de las infracciones previstas en su legislación penal. En el caso de la ley argentina, el artículo 1° circunscribe este régimen a los siguientes delitos: a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, previstos por los artículos 258 y 258 bis del Código Penal; b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previstas por el artículo 265 del Código Penal; c) Concusión, prevista por el artículo 268 del Código Penal; d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previsto por los artículos 268 (1) y (2) del Código Penal y e) Balances e informes falsos agravados, previsto por el artículo 300 bis del Código Penal.

Una cuestión de interés se vincula con las entidades penalmente responsables. Nieto Martín y García Moreno, han señalado que el Derecho comparado muestra que este concepto está sometido “a un buen número de modificaciones, restricciones y ampliaciones a la hora de diseñar el ámbito subjetivo de la responsabilidad”<sup>7</sup>; verificándose aspectos divergentes que reflejan importantes problemas de política criminal y técnicos.

---

6 Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Período 135°, 11a. Reunión - 7a. Sesión, SESIÓN ORDINARIA (Especial), 28 de Junio de 2017, p. 24.

7 Nieto Martín, Adán – García Moreno, Beatriz, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una visión desde el derecho comparado y europeo”, en Marcelo A. Riquert (Director), *Insolvencias punibles y delitos contra el orden económico y financiero*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2017, pp. 456/457.

La ley sancionada concreta las entidades penalmente responsables en las “personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal”.

Tres cuestiones parece conveniente precisar en relación a este aspecto:

Por una parte, que quedan excluidas – como de hecho sucede, por regla, en el derecho extranjero – las personas jurídicas públicas, de acuerdo a la clasificación y enumeración taxativa que surge de los artículos 145 y 146 del Código Civil y Comercial de la república Argentina.

En segundo lugar, dentro del concepto de persona jurídica privada, la ley argentina no excluye a ninguna entidad y tampoco diferencia los sujetos en atención a las dimensiones del ente ideal. Este último dato es relevante; especialmente si tenemos en cuenta lo que sucediera con el despacho de la mayoría, aprobado por la Comisión de Legislación Penal y de Legislación General, de la Cámara de Diputados de la Nación, que excepcionaba, de entre las entidades responsables, a las pequeñas y medianas empresas (en adelante PyMEs)<sup>8</sup>; texto que mereció una crítica, en la reunión de comisión de la Cámara de Senadores, por parte de la Licenciada Laura Alonso, titular de la Secretaría de ética Pública, Transparencia y Lucha contra la Corrupción del gobierno nacional, quien había tenido una intervención protagónica en el anteproyecto que remitiera el Poder Ejecutivo Nacional<sup>9</sup>.

Esta omisión es muy delicada<sup>10</sup> porque, por regla, las PyMEs se caracterizan por manejarse con cierta informalidad y sus capacidades de administración se encuentran limitadas. Laura Lavia ha señalado que “la implantación y desarrollo de una cultura de

---

8 Decía el artículo 2°, in fine, del texto contenido en dicho despacho: “Esta última disposición no será aplicable a aquellas personas jurídicas establecidas en los términos de la ley 25.300, de fomento para la micro, pequeña y mediana empresa, o aquella que la reemplace”. Cfr. Cámara de Diputados de la Nación, Sesiones Ordinarias 2017, Orden del Día N° 1367, 15 de junio de 2017, p. 1.

9 Alonso, expresamente, señaló: “Las pymes no tienen por qué ser excluidas” (cfr. Cfr. Versión Taquigráfica, 1° de Agosto de 2017, Publicación de la Dirección General de Taquígrafos, p. 16).

10 Personalmente destacamos esta cuestión, frente al texto que aprobara el Senado de la Nación. Al respecto, cfr. Cesano, José Daniel, “De paseo por las Cámaras... (Observaciones al sistema de penas en el proyecto de ley de responsabilidad penal empresaria aprobado por la Cámara de Senadores de la Nación)”, *Revista de Derecho Penal. Derecho Penal Económico. Delitos contra el orden económico y financiero (Título XIII del Código Penal)* – VI, Rubinzal – Culzoni Editores, 2017 – 2, Santa Fe, pp. 58 y 60.

cumplimiento es mucho más difícil para las PyMEs que para las grandes empresas, dado que no tienen personal capacitado y cuentan con fondos limitados para contratar especialistas o profesionales que los asistan en estos procesos. Por otra parte, las normas que establecen el cumplimiento de requisitos u obligaciones son de compleja interpretación y, adicionalmente, muchos reguladores imponen exigencias formales que encarecen y hacen engorroso el cumplimiento”<sup>11</sup>. En tal sentido, no puede perderse de vista que las PyMEs son empresas pequeñas, con características económicas propias, objetivos diferenciados de corto y mediano plazo y organización burocrática simple<sup>12</sup>. Esto, necesariamente, debió ser atendido por el legislador; sobre todo frente a las altas exigencias que representan los programas de cumplimiento que diseña la propia ley que analizamos.

Finalmente un problema que también merece atención es el de las transformaciones que pudiese experimentar la persona jurídica como consecuencia de su reorganización.

Trasladando la cuestión al ámbito del Derecho societario, el concepto de reorganización alude “al conjunto de operaciones que, de manera alternativa o acumulativa, permiten reconfigurar la estructura jurídica de las sociedades comerciales, uniendo o desunido organizaciones jurídicas y económicas, en pos de alcanzar diversos objetivos empresariales”<sup>13</sup>. La reorganización se origina en la permanente evolución y modificación de las circunstancias por las cuales atraviesan las sociedades. La fusión y la escisión “se insertan en los denominados procesos de reorganización societaria que regulan una mejor asignación de recursos económicos y funcionales de dos o más empresas”<sup>14</sup>.

---

11 Lavia, Laura, “Desafíos en materia de *compliance*: Diseño e implementación de un programa de *compliance* eficaz”, en Francisco Castex (Director) – Andrés M. Dubinski – Sebastián Martínez (Coordinadores), *Responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance*, Ed. Ad – Hoc, Bs. As., 2018, p. 180.

12 Cfr. Raspall, Miguel Ángel – Raspall, María Laura – Rubiolo, Miguel Rubén, *Transferencia de empresas*, Ed. Astrea, Bs. As., 2017, p. 26.

13 Cfr. Gebhardt, Marcelo (Director) – Romero, Miguel Álvaro (Coordinador), *Sociedades. Según la reforma de la ley 26.994*, Ed. Astrea, Bs. As., 2016, p. 173.

14 Raspall, Miguel Ángel – Raspall, María Laura – Rubiolo, Miguel Rubén, *Transferencia de empresas*, op. cit., p. 404.

Estos fenómenos han merecido en la ley argentina una solución concreta; distinguiendo las transformaciones que derivan de algún instituto jurídico de reorganización regulado por el derecho societario de aquéllas que no se vinculan directamente con estos mecanismos.

En relación a la primera situación, el artículo 3°, 1° párrafo, de la ley 27.401, resuelve la cuestión en los siguientes términos: “En los casos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria, la responsabilidad de la persona jurídica es transmitida a la persona jurídica resultante o absorbente”.

Hay transformación cuando una determinada sociedad, definida según alguno de los tipos establecidos, adopta otro de los tipos previstos por el Capítulo II de la ley 19.550. En tal caso, según la previsión del artículo 74 de la Ley General de Sociedades, en ente que se transforma no se disuelve ni se alteran sus derechos y obligaciones.

La fusión comprende dos situaciones: a) cuando dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse, para constituir una nueva y b) cuando una ya existente incorpora a una u otras, que sin liquidarse son disueltas.

En tales casos, la nueva sociedad o la incorporante “adquiere la titularidad de los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas, produciéndose la transferencia total de sus respectivos patrimonios al inscribirse en el Registro Público de Comercio el acuerdo definitivo de la fusión y el contrato o estatuto de la nueva sociedad, o el aumento de capital que hubiere tenido que efectuar la incorporante” (artículo 82, 2° párrafo, ley 19.550).

Por su parte, la escisión, según el artículo 88 de la ley 19.550 se verifica cuando: a) una sociedad, sin disolverse, destina parte de su patrimonio para fusionarse con sociedades existentes o para participar con ellas en la creación de una nueva sociedad; b) una sociedad, sin disolverse, destina parte de su patrimonio para constituir una o varias sociedades nuevas; o c) una sociedad se disuelve sin liquidarse para constituir con la totalidad de su patrimonio nuevas sociedades.

La ley 27.401 ha receptado aquí una suerte de *responsabilidad sucesiva*; solución normativa que las fuentes utilizadas por el legislador argentino han receptado

claramente. En efecto, en el caso del Código penal español, su artículo 130.2.1º párrafo, así lo hizo al preceptuar que: “La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión”; facultando al órgano jurisdiccional que, para estos supuestos, “podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella”.

Lo mismo sucede en el derecho norteamericano para el caso de los *mergers*. Con tal expresión, el derecho societario estadounidense entiende la fusión de dos *corporations* entre sí; integrándose en una sola entidad. En la actualidad, según señala Villegas García, en la mayor parte de las jurisdicciones estatales “las entidades resultantes de estos procesos asumirán las obligaciones y las responsabilidades de las entidades que se disuelvan como consecuencia de los mismos”<sup>15</sup>.

La solución adoptada por la ley argentina, para tales casos, ha sido juzgada como razonable al “darle eficacia a la norma y evitar cualquier evasión del cumplimiento de las penas”<sup>16</sup>; afirmación con la que coincidimos por cuanto, como lo ha sostenido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación al derecho sancionador de la competencia, “[s]i se excluyera la trasmisión de dicha responsabilidad, una fusión constituiría un medio para que una sociedad escapara de las consecuencias de las infracciones que hubiera cometido (...)”<sup>17</sup>.

Finalmente, el párrafo 2º, del citado artículo 3º de la ley 27.401, clausura las cuestiones referidas a este aspecto de la temática analizada, regulando aquellas situaciones que, sin importar un estricto caso de reorganización jurídica expresamente previsto por la ley mercantil, se relacionen con alguna forma posible de mutación,

---

15 Villegas García, María Ángeles, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*, Thomson Reuters – Aranzadi, Navarra, 2016, p. , p. 266

16 Castex, Francisco – Dubinski, Andrés M., “La nueva ley 27.401 y la responsabilidad penal empresarial”, en Castex (Director) – Dubinski – Martínez (Coordinadores), *Responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance*, op. cit., p. 26.

17 TJUE, Sala Quinta, Asunto C-343/13; citado por Nieto Martín – García Moreno, “La responsabilidad (...)”, op. cit., p. 461.

como podría ser una sustitución del nombre de la corporación<sup>18</sup>, previendo que, para dichas hipótesis, subsista la responsabilidad penal de la persona jurídica “cuando, de manera encubierta o meramente aparente, continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos”.

### III.- LOS MODELOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

Determinada la naturaleza y algunos caracteres de la responsabilidad que ha establecido la ley argentina, debemos ahora indagar cual es el modelo al que responde el sistema legal previsto en ella.

La doctrina científica viene individualizando tres grandes modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>19</sup>.

El primero, al que denominaremos de *responsabilidad derivada*, también conocido como de *transferencia* o *vicarial*, se caracteriza porque “hace recaer sobre la persona jurídica la responsabilidad penal de una persona natural, en virtud de algún criterio de conexión entre una y otra, generalmente la circunstancia de ser la persona natural órgano o al menos subordinado del ente moral”<sup>20</sup>. En este sistema suele ubicarse, por ejemplo, al código penal francés; tal cual consagraba originariamente<sup>21</sup> a la responsabilidad penal de las personas morales (art. 121 – 2, al. 1).

---

18 Señala Muguillo, Roberto Alfredo, *Derecho societario*, Ed. Thomson Reuters – La Ley, Bs. As., 2017, p. 54: “El nombre (razón o denominación social) es el atributo identificador por excelencia de la sociedad como persona y como tal interesa no sólo a ésta y a los socios, sino también al orden jurídico en general. Por ello no es posible considerar el nombre comercial pura y exclusivamente como un derecho subjetivo de las personas jurídicas, sino también como un instituto de policía civil, regulado en función de los intereses jurídicamente protegidos, cuales son la seguridad y la estabilidad de las relaciones contractuales”.

19 Nieto Martín – García Moreno, “La responsabilidad penal...”, en Riquert, (Dirección), *Insolvencias punibles...*, op. cit., p. 465.

20 Hernández, Héctor, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, *Polít. crim.* Vol. 5, Nº 9 (Julio 2010), Art. 5, p. 216. Disponible en [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_05/n\\_09/Vol5N9A5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf). Accedido: 05/05/2018.

21 Hacemos esta aclaración porque la ley del 12 de julio de 2000 ha modificado los artículos 121 – 2 y 121 – 3, dando lugar a la introducción de un caso posible de responsabilidad de la persona jurídica basado en el defecto de la organización. Al respecto, cfr. , Jean Pradel, *Droit Pénal Comparé*, 4e edition, Dalloz, Paris, 2016, p. 190.

Un segundo modelo es el de *responsabilidad autónoma u originaria*, en virtud del cual “la responsabilidad surge directamente de una conexión entre el hecho prohibido y una característica de (o un cierto estado de cosas en) la entidad, siendo irrelevante la eventual responsabilidad de una persona natural”<sup>22</sup>. Según Pradel, este modelo ha sido consagrado en la legislación holandesa, belga y suiza<sup>23</sup>, entre otros. Asimismo, se considera que, en 1998, *Tiedemann* incorporó aspectos de esta concepción en la discusión alemana a partir de la “culpa organizativa como base de la multa al ente colectivo”, a partir de la lesión de deberes prevista por el parágrafo 30 de la Ordenanza Federal de Infracciones al Orden. “Esta prescripción establecía la vinculación entre la conducta del directivo y la imposición de una multa a la persona jurídica basada en una auténtica violación del deber de organización de la propia corporación (...)”<sup>24</sup>.

Finalmente se describe un *modelo mixto* que incluye elementos propios de ambos sistemas. Tal modelo suele partir del esquema vicarial de responsabilidad empresaria “pero, a su vez, dado el caso (la existencia de una declaración o veredicto de culpabilidad por el hecho) toman en consideración la culpabilidad de la propia persona jurídica o corporación para agravar o atenuar el castigo a imponer en el proceso de determinación de la pena. En estos casos la medición punitiva se vuelve central por sobre los criterios de atribución corporativa”<sup>25</sup>.

Podríamos adscribir a este último modelo, entre otros sistemas jurídicos, al norteamericano.

El sistema de imputación en la jurisdicción federal en Estados Unidos “descansa en un modelo de responsabilidad por el hecho de otro, “donde lo que existe es una transferencia de responsabilidad desde el representante o empleado de la persona

---

22 Hernández, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, op. cit., p. 216.

23 Pradel, *Droit Pénal Comparé*, op. cit., pp. 194/195.

24 Zysman Quirós, Diego, “Compliance, responsabilidad y castigo a las personas jurídicas. Breve genealogía de las reformas a partir de las US Sentencing Guidelines para corporaciones”, *Ius Puniendi. Sistema penal integral*, Año I, Nº 6, ene. - feb. 2018, ISSN: 2410-5759, p. 318.

25 Zysman Quirós, “Compliance, responsabilidad y castigo a las personas jurídicas. Breve genealogía de las reformas a partir de las US Sentencing Guidelines para corporaciones”, op. cit., p. 318.

jurídica que comete el delito, a esta misma; que es culpable del hecho porque lo es aquél”<sup>26</sup>. Esta transferencia – expresa Villegas García – “no implica la extinción de la responsabilidad del propio directivo o empleado; como tampoco, y a la inversa, la condena penal de la persona jurídica exigirá la de la persona física, pues será posible la condena de unas de estas entidades sin que a su vez se condene a la persona física en cuestión, sin la que ni siquiera se tendrá que haber formulado acusación. De hecho, porque esta es la idea esencial que subyace en el modelo, uno de los problemas fundamentales que se plantea es cómo trasladar el *state of mind* exigido por el delito de la persona física a la jurídica”<sup>27</sup>.

Sin embargo se describiría insuficientemente este modelo si nos quedásemos con el aspecto recién explicitado. En efecto, el sistema norteamericano federal tampoco es ajeno a cuál ha sido el propio comportamiento de la persona jurídica. “La culpabilidad de la organización aparece como elemento a valorar a la hora de individualizar la pena, convirtiéndose así en la medida de la sanción. Así lo disponen las *sentencing guidelines* para organizaciones, donde esta culpabilidad se graduará en función de factores como la colaboración con las autoridades o el hecho de que la entidad se hubiera dotado o no de algún programa de cumplimiento o *compliance program*”<sup>28</sup>.

Las *United States Sentencing Guidelines (U.S.S.G.)* de los EE.UU, vigente desde 1991 y modificada en diversas ocasiones, se constituye en un punto de inflexión para cualquier estudio sobre la genealogía reciente de la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues se entiende que, entre otros aspectos, marcó las exigencias de la OCDE de *Good Practice Guidance* y constituyó, además, no obstante sus diferencias, una fuente de inspiración de las legislaciones italiana y austríaca<sup>29</sup>.

¿Es posible adscribir la ley argentina a algunos de los modelos descritos?

---

26 Villegas García, *La responsabilidad...*, op. cit., p. 292.

27 Villegas García, *La responsabilidad...*, op. cit., p. 292.

28 Villegas García, María Ángeles, *La responsabilidad...*, op. cit., pp. 292/293.

29 Zysman Quirós, “*Compliance*, responsabilidad y castigo a las personas jurídicas. Breve genealogía de las reformas a partir de las US Sentencing Guidelines para corporaciones”, op. cit., p. 318.

Consideramos que el texto aprobado optó por un modelo mixto. Esta opinión es compartida, aún cuando con matices argumentativos, por parte de un significativo sector de la doctrina argentina; cual sucede con Francisco Castex y Andrés M. Dubinski<sup>30</sup>, Guillermo J. Yacobucci<sup>31</sup> y Diego Zysman Quirós<sup>32</sup>.

¿En base a qué sostenemos esta adscripción?

Por de pronto es posible individualizar en la ley un fuerte componente a favor de un sistema de responsabilidad autónoma. Esto surge del propio artículo 6° en tanto establece la independencia de las acciones al disponer 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”.

---

30 Castex, Francisco – Dubinski, Andrés M., “La nueva ley 27.401 y la responsabilidad penal empresarial”, en Francisco Castex (Director) – Andrés M. Dubinski – Sebastián Martínez (Coordinadores), *Responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance*, Ed. Ad – Hoc, Bs. As., 2018, p. 25. Estos autores, si bien a partir del artículo 6 de la ley, argumentan que dicha previsión introduce “el elemento de autonomía de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”; aclaran que “no la podemos entender en sentido estricto, es decir, no es responsabilidad directa”.

31 Yacobucci, Guillermo J., “La empresa como sujeto de imputación penal”, *La Ley*, 27/11/2017, p. 1 y ss. Dice el autor: “El enunciado de la nueva ley busca salvar uno de los primeros escollos que se suscitan, al menos en la tradición continental, cuando se analiza esta imputación de cara al principio de culpabilidad penal. Dentro de las exigencias básicas de este principio, se incluye la necesidad de que los sujetos respondan por aquello que está dentro de su propia competencia, no la de otros. Si respondiera por hechos ajenos, en verdad, estaría asumiendo una función vicarial, pues se terminaría haciendo cargo de lo que corresponde a terceros. Por eso, en el texto legislado, se indica que la persona jurídica será responsable por aquellos delitos que se han previsto taxativamente —no por el entero catálogo de la Parte Especial— cuando se hubieren realizado, directa o indirectamente, ‘con su intervención’, ‘en su nombre’, ‘interés’ o ‘beneficio’. Sin embargo, también se integran los casos donde aquel que 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”.

32 Zysman Quirós, “*Compliance*, responsabilidad y castigo a las personas jurídicas. Breve genealogía de las reformas a partir de las US Sentencing Guidelines para corporaciones”, op. cit., p. 319. Este autor, luego de señalar la ascendencia del modelo mixto al momento de legislar sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica expresa: “A pesar de las grandes diferencias que existen entre estos textos y (no pueden ser evaluadas aquí) en estos términos también ha comenzado a entenderse la Ley 20.393 de 2009 (Chile), la reciente reforma legal de Perú en materia de la llamada “responsabilidad administrativa” del ente en materia de corrupción (Ley 30.424 de 2016) (...016) y también la responsabilidad claramente penal de Argentina (Ley 24.701, del 2017) en materia de delitos de soborno nacional y trasnacional que otorga una gravitación central a la responsabilidad autónoma para la determinación de la pena”.

Es cierto que, el obstáculo señalado, es de carácter procesal. Sin embargo, el artículo 2º, en su primer párrafo, contiene otro elemento que se identifica con la responsabilidad autónoma al prever 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”. Precisamente, a partir de este precepto, Yacobucci señala que con “la inclusión del término ‘intervención’ se pretende señalar que ha sido la propia entidad jurídica la que ha ‘obrado’”. Es decir, remite a una responsabilidad por el hecho propio. Intervenir debe entenderse en términos normativos como ‘tomar parte o hacer suyo’ el hecho”<sup>33</sup>.

A favor de esta interpretación concurre un argumento de carácter comparativo; cual es la fórmula empleada en dos de los textos que, según los propios trabajos parlamentarios de la ley analizada, fueron tenidos como fuente; concretamente las legislaciones española y chilena<sup>34</sup>.

En efecto, por una parte, el artículo 31 bis del Código penal español, texto según Ley Orgánica nº 1, del 30 de marzo de 2015, expresamente exige un hecho de conexión con la persona humana al expresar que la responsabilidad de la corporación se evidencia en los delitos “cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma” (art. 31 bis,1,a)<sup>35</sup>.

Algo similar sucede con la legislación chilena (Ley 20.393, del año 2009) que conforme a su art. 3º, y en la interpretación realizada por calificada doctrina, establece

---

33 Yacobucci, Guillermo J., “La empresa como sujeto de imputación penal”, op. cit., p. 2.

34 Así lo expresó Mora Kantor en la reunión de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales de la Cámara de Senadores de la Nación. Cfr. Versión Taquigráfica, 1º de Agosto de 2017, Publicación de la Dirección General de Taquígrafos, p. 18.

35 Semánticamente la diferencia entre el texto argentino y el español aparece clara: en tanto que la ley española, sin perjuicio de algunas críticas de *lege ferenda*, requiere la ineludible exigencia “de un hecho de conexión en la medida en que lógicamente sin éste no hay hecho tampoco de la persona jurídica misma” (cfme. Gómez Tomillo, Manuel, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Thomson Reuters – Aranzadi, Navarra, 2ª edición, Navarra, 2015, p. 79); la previsión argentina no incluye aquella prescripción literal.

como uno de los requisitos de la responsabilidad penal al siguiente: “Que el delito haya sido cometido por personas pertenecientes a un determinado círculo que la propia ley define, a saber, los dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes de la empresa o quienes realicen actividades de administración y supervisión en ella, o bien por otras personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de dichos sujetos”<sup>36</sup>.

Ahora bien, de lo dicho hasta aquí no puede concluirse que, en todos los casos, el sistema de imputación diseñado por la nueva ley argentina pueda desvincularse del soporte humano de un *hecho de conexión*. En efecto, el 2° párrafo del artículo 2°, consagra una hipótesis en donde requiere este punto de contacto al indicar que las corporaciones son responsables cuando “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”. La forma idiomática con que se inicia el párrafo (“También”, dice la norma) permite saturar el argumento sistemático con el lingüístico; en el sentido que el empleo del adverbio está indicando un caso de responsabilidad que se relaciona *con otro* (el del 1° párrafo) aunque de una naturaleza distinta, al ya nombrado.

Por otra parte igualmente puede observarse un caso de responsabilidad transferida o vicarial en la hipótesis de transformación jurídica de una corporación. En efecto, hemos visto que según la Ley General de Sociedades Comerciales, la fusión se verifica cuando dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse, para constituir una nueva o cuando una ya existente incorpora a una u otras, que sin liquidarse son disueltas. En ambos casos, cuando se exige responsabilidad respecto a una entidad nueva, resultante de un proceso de fusión, se trata de una responsabilidad imputable a entidades distintas a aquellas disueltas como consecuencia del proceso. De manera

---

36 Hernández, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, op. cit, p. 218.

que la responsabilidad de estas últimas (las sociedades disueltas), se traslada a la nueva entidad resultante de la fusión, que la asume como propia<sup>37</sup>.

Ahora bien, que la legislación argentina adopte un modelo mixto, no quiere decir que esto sea el producto de una reposada actividad legislativa que haya arribado, tras meditado estudio, a una adopción consiente de lo que, finalmente, se sancionó.

A nuestro ver, esta reforma aparece como el producto de acuerdos parlamentarios, con fuerte incidencia del Poder Ejecutivo y, en donde, se ha llegado a un texto que presenta, al momento del diseño del modelo de imputación al que adscribe, ciertas inconsecuencias.

Ya en la reunión de Comisión que tuvo lugar en el Senado, el 1° de agosto de 2017 – único espacio en donde se dio una relativa intervención a algunos expertos –, el Director Nacional de Política Criminal, Carlos González Guerra, señaló que la definición de este aspecto podía tener únicamente dos alternativas; que se concretaban en la responsabilidad vicarial o la responsabilidad por defecto de organización. En su exposición, González Guerra advirtió que el anteproyecto del Poder Ejecutivo se basaba en una responsabilidad por defecto de organización; en tanto que el que obtuvo media sanción en Diputados, se perfilaba más como un sistema vicarial<sup>38</sup>. Pues bien, de acuerdo a lo que venimos exponiendo hasta aquí, el texto finalmente sancionado representa la asunción de un modelo mixto; pero un modelo mixto muy particular; porque parte de déficit de organización y luego pretende atemperar uno de sus componentes – la culpabilidad propia de la empresa – con algunos casos que exigen un punto de conexión con el soporte humano. Normalmente, los sistemas mixtos que hemos descrito parten un razonamiento inverso: primero, la conexión personal y, luego, para graduar la pena, le asignan un importante rol a los programas de cumplimiento. Y esto tiene una trascendencia práctica importante, especialmente a partir de la exención de pena que prevé el

---

37 En la jurisprudencia norteamericana esta situación fue analizada en el precedente “Melrose Distiller v. United States” (359, U.S. 271[1959]). Según Villegas García, *La responsabilidad criminal...*, op. cit., p.287, éste es un caso de responsabilidad vicarial.

38 Cfr. Versión Taquigráfica, 1° de Agosto de 2017, Publicación de la Dirección General de Taquígrafos, p. 9.

artículo 9 de la ley; norma que enfatiza, especialmente a través de sus dos primeros incisos, la gravitación que tiene el cumplimiento de programas así como la actitud de la empresa en orden a facilitar la investigación penal a su interior. Al ser esto así, pasaría a un segundo plano ese punto de conexión personal que caracteriza a un sistema vicarial y esto, a su vez, contribuiría, al menos fácticamente, a cierta cuota de impunidad de quienes dirigen las empresas.

#### IV.- CONCLUSIONES

Indudablemente la ley sancionada es un producto precipitado. Hay dos aspectos que resultan preocupantes:

En primer término que no haya una previsión de excepción para las PyMEs. Los contenidos de los programas de integridad que surgen del artículo 23 resultan de difícil viabilidad para este tipo de empresas. Y la cuestión no es baladí porque, según la propia información que brinda la OCDE las pequeñas y medianas empresas cumplen un importante papel en la economía de todos los países; especialmente en relación a la capacidad de empleo. Los países incluidos en la OCDE "suelen tener entre el 70% y el 90% de los empleados en este grupo de empresas"<sup>39</sup>.

En segundo término, el diseño del sistema de imputación, parece priorizar el modelo de responsabilidad por defecto de organización; un modelo que suele ser pensado en las experiencias iuscomparadas, como una válvula utilizable al momento de la determinación judicial de la pena. Como contrapartida de ello, este énfasis puede proyectarse en la configuración de bolsones de impunidad para los cuadros directivos de la persona jurídica.

Permítasenos finalizar con una referencia a la política criminal europea. Más allá que, en los propios países de origen de aquel espacio cultural, se alzan voces críticas en relación a los productos normativos que se elaboran, no puede negarse la actual preocupación que existe en aquella región, en relación a cómo debe diseñarse

---

<sup>39</sup> Raspall, Miguel Ángel – Raspall, María Laura – Rubiolo, Miguel Rubén, Transferencia de empresas, op. cit., p. 26.

una ley penal. Hay un concepto central que es el de la evaluación de la racionalidad de las leyes penales, que está generando, en estos últimos años, una significativa literatura científica; marcando, además, la agenda académica<sup>40</sup>. Nos atrevemos a señalar que la ley argentina, algunos de cuyos aspectos acabamos de reseñar, se ha confeccionado sin apelar a aquellas sugerencias que provienen de esa literatura. Creemos que, como en muchos casos, se trató nuevamente de una ley *exprés*; la cual ha sido elaborada a partir de instancias perentorias que jamás deben operar; generando un producto poco maduro y que, en definitiva, quizá, sea, como ocurre con esa ingente masa de textos que se vienen sancionando en estos últimos años, una manifestación más de un derecho penal puramente simbólico.

#### V.- BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. “L’activité parlementaire et l’instant”, en AA.VV., Le Parlement et le temps. Approche Comparée. Sous la direction scientifique de Giles Toulemonde et Emmanuel Cartier, Institut Universitaire Varenne, Collection Colloques & Essais, 2017.
- Cartier, Emmanuel, “Le Parlement et la durée”, en AA. VV., AA. VV., Le Parlement et le temps. Approche Comparée. Sous la direction scientifique de Giles Toulemonde et Emmanuel Cartier, Institut Universitaire Varenne, Collection Colloques & Essais, 2017.
- Castex, Francisco – Dubinski, Andrés M., “La nueva ley 27.401 y la responsabilidad penal empresarial”, en Castex (Director) – Dubinski – Martínez (Coordinadores), *Responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance*, Ed. Ad – Hoc, Bs. As., 2018.
- Cesano, José Daniel, “Las sanciones las personas jurídicas en las leyes 26.683, 26.733 y 26.734”, *Revista de Derecho Penal. Derecho Penal Económico. Delitos*

---

40 Cfr., entre otros, los trabajos de Nieto Martín, Adán – Muños de Morales Romero, Marta – Becerra Muñoz, José (dirs.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016 y Rodríguez Ferrández, Samuel, *La evaluación de las normas penales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016.

- contra el orden económico y financiero (Título XIII del Código Penal) – I*, Rubinzal – Culzoni Editores, 2015-1.
- Cesano, José Daniel, “De paseo por las Cámaras... (Observaciones al sistema de penas en el proyecto de ley de responsabilidad penal empresaria aprobado por la Cámara de Senadores de la Nación)”, *Revista de Derecho Penal. Derecho Penal Económico. Delitos contra el orden económico y financiero (Título XIII del Código Penal) – VI*, Rubinzal – Culzoni Editores, 2017 – 2.
  - Gebhardt, Marcelo (Director) – Romero, Miguel Álvaro (Coordinador), *Sociedades. Según la reforma de la ley 26.994*, Ed. Astrea, Bs. As., 2016.
  - Gómez Tomillo, Manuel, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Thomson Reuters – Aranzadi, Navarra, 2ª edición, Navarra, 2015.
  - Hernández, Héctor, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, *Polít. crim.* Vol. 5, Nº 9 (Julio 2010), Art. 5, p. 216. Disponible en [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_05/n\\_09/Vol5N9A5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf). Accedido: 05/05/2018.
  - Lavia, Laura, “Desafíos en materia de *compliance*: Diseño e implementación de un programa de *compliance* eficaz”, en Francisco Castex (Director) – Andrés M. Dubinski – Sebastián Martínez (Coordinadores), *Responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance*, Ed. Ad – Hoc, Bs. As., 2018.
  - Muguillo, Roberto Alfredo, *Derecho societario*, Ed. Thomson Reuters – La Ley, Bs. As., 2017.
  - Nieto Martín, Adán – Muños de Morales Romero, Marta – Becerra Muñoz, José (dirs.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016.
  - Nieto Martín, Adán – García Moreno, Beatriz, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una visión desde el derecho comparado y europeo”, en

Marcelo A. Riquert (Director), *Insolvencias punibles y delitos contra el orden económico y financiero*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2017.

- Pradel, Jean, *Droit Pénal Comparé*, 4e edition, Dalloz, Paris, 2016.
- Raspall, Miguel Ángel – Raspall, María Laura – Rubiolo, Miguel Rubén, *Transferencia de empresas*, Ed. Astrea, Bs. As., 2017.
- Rodríguez Ferrández, Samuel, *La evaluación de las normas penales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016.
- Villegas García, María Ángeles, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*, Thomson Reuters – Aranzadi, Navarra, 2016.
- Yacobucci, Guillermo J., “La empresa como sujeto de imputación penal”, *La Ley*, 27/11/2017.
- Zysman Quirós, Diego, “*Compliance*, responsabilidad y castigo a las personas jurídicas. Breve genealogía de las reformas a partir de las US Sentencing Guidelines para corporaciones”, *Ius Puniendi. Sistema penal integral*, Año I, Nº 6, ene. - feb. 2018.