

EL MODELO DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL ARGENTINO (2019). REFLEXIONES A PARTIR DEL DERECHO COMPARADO

ATTRIBUTION MODEL OF RESPONSIBILITY OF THE LEGAL PERSON IN THE ARGENTINE CRIMINAL CODE PROJECT (2019). REFLECTIONS FROM THE COMPARATIVE LAW

José Daniel Cesano¹
Profesor en Posgrado en Derecho penal
Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)

Al Sr. Académico Dr. Luis Moisset de Espanés (*in memoriam*): por su prolífica labor como Director del Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y sus valiosos aportes al comparatismo

Fecha de recepción: 7 de junio de 2019.

Fecha de aceptación: 10 de agosto de 2019.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar comparativamente las fuentes externas empleadas por el Proyecto de Código Penal Argentino (2019), con el propósito de determinar cuál es el modelo de atribución adoptado así como observar determinados déficits en la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze comparatively the external sources used by the Draft Argentine Criminal Code (2019), with the purpose of determining what is the attribution model adopted as well as observing certain deficits in the regulation of the criminal responsibility of the legal person.

¹ Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Director del Instituto de Derecho Comparado *Dr. Enrique Martínez Paz*.

PALABRAS CLAVES

Proyecto de Código Penal Argentino - responsabilidad penal de la persona jurídica
– Derecho comparado

KEY WORDS

Reform of the Argentine Criminal Code - corporate criminal liability – Comparative Law.

ÍNDICE

I. EN BÚSQUEDA DE LAS FUENTES EXTERNAS EMPLEADAS POR LA COMISIÓN AL DISEÑAR EL MODELO DE ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA. II. DE LAS FUENTES EXTERNAS EN PARTICULAR: ESPAÑA Y CHILE. III. EL USO DEL DERECHO COMPARADO COMO REFLEXIÓN CONCLUSIVA. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY

I. LOOKING FOR OUTSIDE SOURCES APPLIED BY THE COMMISSION TO DESIGN THE ATTRIBUTION MODEL OF THE CRIMINAL RESPONSIBILITY OF THE LEGAL PERSON. II. THE OUTSIDE SOURCES IN THE CASE: SPAIN AND CHILE. III. THE USE OF COMPARATIVE LAW AS CONCLUSION. BIBLIOGRAPHY.

I. EN BÚSQUEDA DE LAS FUENTES EXTERNAS EMPLEADAS POR LA COMISIÓN AL DISEÑAR EL MODELO DE ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA JURÍDICA

El 25 de marzo de 2019, ingresó al Senado de la Nación, el Anteproyecto de Código penal elaborado por la Comisión designada por el Poder Ejecutivo Nacional por decreto N° 103/2017.

El texto que ha tomado estado parlamentario prevé, en el Libro I, Título VII, arts. 38 y 39, la responsabilidad penal de la persona jurídica.

El art. 38 establece, entre otros aspectos, el modelo a atribución adoptado. Dispone dicha norma:

Las personas jurídicas privadas de cualquier clase, serán responsables, en los casos expresamente previstos en éste Código, por los delitos cometidos por los sujetos indicados en el artículo 37 que hubieren sido realizados, directa o indirectamente en su nombre, interés o beneficio.

También serán responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuera un tercero que careciera de atribuciones para obrar en representación

de ella siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuese de manera tácita. La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona física que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquélla.

En los casos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria, la responsabilidad de la persona jurídica será transmitida a la persona jurídica resultante o absorbente.

La responsabilidad de la persona jurídica subsistirá si, de manera encubierta o meramente aparente, continuare su actividad económica y se mantuviere la identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

La persona jurídica podrá ser condenada aun si no fuera posible identificar o juzgar a la persona que hubiese intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitiesen establecer que el delito no hubiere podido cometerse sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica.

Las personas jurídicas podrán ser responsables por los delitos previstos en el artículo 145 y los Títulos XI, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XXII, XXIII, XXIV, XXV y XXVII del Libro Segundo de este Código.²

La regulación se completa, con las penas que pueden imponerse a la persona jurídica (art. 39) y las pautas para su graduación y exención (art.41).

En la exposición de motivos con que se acompañó el texto presentado en la Cámara, hay tres aspectos destacables: a) que la incorporación de la responsabilidad penal se habría realizado de conformidad con la ley 27.401 de Responsabilidad Empresaria (B.O. 1/12/17); b) que en orden a las fuentes externas se menciona el art. 30 del Código Español y c) que, según la Comisión redactora el proyecto estableció un criterio de responsabilidad por culpa in vigilando, que prevé la exención de pena si la persona jurídica cumple con los siguientes requisitos: espontáneamente denuncia la comisión del delito como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna, ha implementado un sistema de control y supervisión adecuados, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito, y devuelve el beneficio indebido obtenido³.

De lo expresado hasta aquí puede deducirse que, salvo la referencia a la legislación española, no hay otra alusión a derechos extranjeros que puedan haber servido de insumo para la elaboración de la norma proyectada. Sin embargo, la utilización como interna preponderante de la menciona ley 27.401, hace necesario que indaguemos, en que ordenamientos jurídicos foráneos se inspiró el legislador al sancionar dicha norma.

²Proyecto de Código Penal de la Nación Argentina, Bs. As., Ediciones SAIJ, 2019, pp. 354/355. Disponible en: http://www.bibliotecadigital.gob.ar/files/original/27/2572/proyecto_codigo-penal.3.pdf.

Accedido:30/08/2019

³Proyecto..., pp. 16/17 y 51.

Puesto es este cometido si analizamos el debate suscitado en la reunión de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales de la Cámara de Senadores, es posible señalar que, entre las fuentes externas empleadas, los expertos invitados – junto a la ley española – mencionaron, además, a la legislación chilena⁴.

II. DE LAS FUENTES EXTERNAS EN PARTICULAR: ESPAÑA Y CHILE

2.1. Introducción

¿Por qué esta insistencia en una indagación comparativa?

Al menos por tres razones:

Por una parte, en relación a la fuente interna que se utilizó (ley 27.401), indudablemente no hay acuerdo en la doctrina nacional en relación al modelo de atribución que adoptó; visualizándose, al menos, tres posicionamientos distintos; concretamente: a) que se establece un modelo de heteroresponsabilidad (también llamado de responsabilidad vicarial o por transferencia)⁵; b) que se trata de un modelo de autoresponsabilidad o responsabilidad propia del ente ideal⁶; y c) que la ley consagró un sistema mixto⁷.

En segundo término porque si se coteja la Exposición de Motivos del Proyecto con las disidencias parciales efectuadas, es posible observar cómo, algunos de los propios miembros de la Comisión, no están de acuerdo con el modelo con que se vincula al art. 2, en los citados fundamentos. En efecto – como ya lo anticipamos – la Exposición expresa: “Se establece un criterio de responsabilidad por *culpa in vigilando*”⁸. Sin embargo, en su disidencia conjunta, Fernando Córdoba y Patricia Ziffer señalaron al respecto: “En el acápite referente a la responsabilidad de las personas jurídicas, consideramos insuficiente la regulación de corte vicarial que se adoptó, y en su reemplazo propusimos otra, basada en un modelo de responsabilidad por defecto de organización”⁹. La contradicción es flagrante y, especialmente preocupante porque aquella disidencia controvierte, ni más ni menos, que el texto de la Exposición de Motivos; instrumento de singular valor para la interpretación de las normas que integran el texto que ha tomado estado parlamentario.

4Dijo en aquella reunión Mora Kantor, una de las responsables de la redacción del anteproyecto del Poder Ejecutivo Nacional: “Nuestra ley (...) está muy basada en el modelo chileno de responsabilidad penal de personas jurídicas. Esto para que lo tengan en cuenta. Y también estudiamos mucho la ley española” (cfr., Versión Taquigráfica Cámara de Senadores de la Nación. Reunión de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales, 1° de agosto de 2017, Publicación de la Dirección General de Taquígrafos. 18).

5De esta opinión LASCANO, CARLOS JULIO, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la ley 27.401”, en *Foro de Córdoba*, Córdoba, Ed. Advocatus, Año XXVIII, n°198, 2019, pp. 97/98.

6Así lo afirma RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, JUAN MARÍA, “Comentario al art. 2”, en LINA ANLLO (dirección), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Programas de integridad (Compliance). Ley 27.41. Comentada*, Bs. As., Ed. Hammurabi, 2019, pp. 117/118.

7Esta es nuestra opinión. Al respecto, cfr. AROCENA, GUSTAVO A. – CESANO, JOSÉ DANIEL, *Responsabilidad penal empresarial y “criminal compliance”*, Bs. As., Ed. Hammurabi, 2019, p. 26 y siguientes.

8Proyecto..., cit., p. 17.

9 Proyecto..., cit., p.213.

Es que, si no están de acuerdo en relación al tópico, los propios miembros de la Comisión, los problemas hermenéuticos que, de sancionarse este texto, generaría, resultan incalculables.

En tercer lugar Córdoba y Ziffer se lamentaron porque el texto finalmente consensuado por la Comisión no sacó el aprovechó debido de “la evolución legislativa, doctrinaria y jurisprudencial en países con los que compartimos nuestra tradición jurídica, como España y Chile, y que ofrece una descripción precisa y detallada de [la responsabilidad de] las personas físicas que pueden generarla, los criterios de atribución y exención de esa responsabilidad”¹⁰.

De esta forma, el análisis de las legislaciones española y chilena tendrá una doble utilidad:

Por una parte, servirá para esclarecer cuál es el modelo de atribución que adoptó el proyecto. En este cometido el comparatismo puede aportar un mejor conocimiento del sistema jurídico local, propiciado por la evidencia de características afines a otros sistemas que le han servido como fuente externa; en la medida que las normas jurídicas nacionales se inspiran en aquéllas¹¹.

Desde otra perspectiva, la visualización de cada sistema extranjero y su comparación, permitirá extraer todos aquellos aspectos que sean de interés para optimizar la regulación legal nacional.

2.2. La legislación chilena

La responsabilidad penal de la persona jurídica fue introducida en la legislación chilena a través de la ley 20.393, entrando en vigencia el 1/12/2009. El sistema de atribución de responsabilidad está previsto por el art. 3°, cuyo texto dispone:

Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.

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

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere

¹⁰Proyecto..., cit..., p.213.

¹¹FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS – MORAIS CARVALHO, JORGE, *Introducción al Derecho Comparado*, Santiago – Chile, Ed. Olejnik, 2018, p. 33.

adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.¹²

Junto a esta previsión, el art. 4 determina las características que debe tener el modelo de prevención de los delitos, previéndose, en su inc. 3, el contenido mínimo de los mismos; a saber:

a) La identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos señalados en el artículo 1°.

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

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

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

Estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en los reglamentos que la persona jurídica dicte al efecto y deberán comunicarse a todos los trabajadores. Esta normativa interna deberá ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos los máximos.¹³

¿Cómo fue caracterizado este modelo por la doctrina chilena?

En términos generales se sostiene que esta ley ha abrazado un modelo atenuado de responsabilidad derivada (vicarial) que, además de la conexión entre individuo responsable y su hecho con la persona jurídica, requiere que ésta haya contribuido al hecho por la vía de haberse organizado deficitariamente, de tal modo que favorezca o, en todo caso, no impida ni dificulte la realización de ese tipo de hechos. Esta última particularidad constituye el núcleo de lo que se ha denominado responsabilidad por defecto de organización. En efecto, conforme al art. 3º de la ley los requisitos de la

12 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Legislación Chilena. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_chl_ley20393.pdf. Accedido: 2/8/2019.

13Idem nota anterior.

responsabilidad penal por los delitos. Desde un punto de vista político más amplio, “el modelo de responsabilidad por defecto de organización se inscribe en la estrategia de control del delito vía *autorregulación forzada* (*enforced self-regulation*), esto es, imponiéndole a las empresas en cuyo seno se produce la actividad delictiva el deber de organizarse y regularse de modo que sirvan también como instancias de prevención y detección de la misma, concretamente mediante la adopción e implementación de *programas de cumplimiento* (*compliance programs*)”¹⁴.

Esta caracterización ha sido compartida por la jurisprudencia. En efecto, el carácter mixto que se le adjudica al sistema de atribución de responsabilidad previsto en la ley reposa en el incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión por parte de la persona jurídica, que refiere el inciso 3, del artículo 3 ya citado¹⁵: se trata de la existencia de un delito cometido tanto por una persona física vinculada a la empresa (núcleo del modelo vicarial o de transferencia), como de la existencia de un defecto de organización de la propia empresa que se refleja en aquellos incumplimientos, facilitadores de la comisión del delito respecto a las personas naturales. La necesidad de que concurra esta exigencia para fundar la responsabilidad de la corporación es admitida en los casos “Colbún”, “Pehuenche” y “Universidad del Mar”; fallos condenatorios dictados respectivamente por los Juzgados de Garantías de Talca, 7° y 8° de Santiago respectivamente¹⁶.

2.3. La legislación española

¿Qué sucede con la legislación española?

El art. 31 bis del Código Penal regula la responsabilidad penal de la persona jurídica de la siguiente manera:

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De 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.

14Cfr. HERNANDEZ BASUALTO, HÉCTOR, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, en Revista *Política Criminal*, Vol. 5, Nº 9, Julio 2010, pp. 217/218. disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf. Accedido el 2/8/2019. Esta opinión es compartida, casi en forma pacífica, por la doctrina chilena. Así se ha dicho: “En este contexto, la doctrina chilena parece sumarse a la opinión de que el modelo adoptado por la legislación es el denominado modelo mixto (...)” (cfr. NAVAS, IVÁN - JAAR, ANTONIA, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena”, EN Revista *Política Criminal*, Vol. 13, Nº 26, Diciembre 2018, p. 1033. Disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_26/Vol13N26A10.pdf. Accedido: 3/8/2019).

15Así lo reconocen NAVAS – JAAR, “la responsabilidad...”, cit., p. 1038. Los autores refieren que esta exigencia del inciso 3, constituye “uno de los requisitos más complejos de la responsabilidad de la persona jurídica que da origen al modelo mixto que sigue el ordenamiento jurídico chileno”.

16Cfr. NAVAS – JAAR, “la responsabilidad...”, cit., p. 1039/1040.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1. 9 Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
2. 9 Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.
3. 9 Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
4. 9 Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
5. 9 Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.
6. 9 Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.¹⁷

¿Cuál es el modelo de atribución de responsabilidad de este texto? Analizando el formante doctrinario, existe una firme tendencia que lo vincula, también, con los sistemas mixtos.

Sin duda, la reforma que introdujo, en esta materia, la Ley Orgánica 1/2015, fue amplia y profunda¹⁸. Sin embargo, existe un nutrido elenco de autores que al analizar la cuestión de la autonomía o dependencia de la responsabilidad penal de los entes ideales, ha concluido adoptando posicionamientos mixtos. Feijoo Sánchez ha señalado que si bien la responsabilidad tiene como presupuesto imprescindible un hecho o unos requisitos de conexión con un delito individual, ello no significa que la responsabilidad penal no exija unos requisitos propios adicionales que han de legitimar la intervención punitiva. La responsabilidad penal de la persona jurídica “parte del hecho cometido por una persona física, pero el fundamento de dicha responsabilidad es independiente del de dicha persona física. En definitiva, el modelo español (...) se caracteriza por ser un modelo de co-responsabilidad en el que cada uno de los responsables del mismo hecho lo son por razones normativas distintas, y por eso tanto la exclusión como la atenuación de dicha responsabilidad se rige por parámetros diferentes”¹⁹. En similar dirección, Gómez Jara – Díez expresa que el actual sistema español, si bien contiene algunos preceptos que parten

17El texto transcrito lo tomamos de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Accedido 30/8/2019.

18 GALÁN MUÑOZ, ALFONSO, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la L.O. 1/2015*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2017, p. 70.

19 FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ, “Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal Español”, en BAJO FÉRNANDEZ, MIGUEL – FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ – GÓMEZ JARA - DÍEZ, CARLOS, *Tratado de responsabilidad penal de la persona jurídica*, Pamplona, Civitas - Thomson Reuters, 2016, p. 67.

de premisas basadas en las teorías de la representación – que exigen el punto de conexión con la responsabilidad de la persona natural – el conjunto de la regulación vigente “se centra en mayor medida en determinados principios propios de la fundamentación moderna tales como la autoregulación, el cumplimiento normativo (*Compliance*) y la ciudadanía corporativa”²⁰.

¿Qué sucede con la doctrina judicial española en esta materia?

Por de pronto se advierte una discrepancia notoria entre la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La mentada Circular se posiciona a favor del sistema vicarial o de transferencia, descartando “cualquier tipo de responsabilidad penal de la empresa. Expresamente la de culpabilidad por defecto de organización. Es decir, se hace responsable a la persona jurídica por los delitos cometidos por las personas físicas”²¹.

Sin embargo, no parece tan claro el posicionamiento de la doctrina del Tribunal Supremo. En efecto, mientras algunos autores afirman que dicho Tribunal, en sus primeros pronunciamientos (Sentencias 514/2015, 154/2016, 221/2016 y 516/2016), señala que el Código ha adoptado un modelo de autoresponsabilidad²²; otro sector de la doctrina considera que el citado Tribunal, en las Sentencias 154/2016 y 221/2016, si bien considera que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad, esto “no impide que se sostenga la opinión contraria, de que el sistema es de heteroresponsabilidad (o de responsabilidad por el hecho de las personas físicas)”²³.

III. EL USO DEL DERECHO COMPARADO COMO REFLEXIÓN CONCLUSIVA.

Una de las utilidades prácticas del Derecho Comparado reside en la interpretación de los preceptos jurídicos nacionales. Se ha dicho, en opinión que compartimos (más allá de las formulaciones que luego especificaremos), que el empleo de material extranjero no puede usarse para pasar por alto principios nacionales inequívocos: en ningún sistema legal debe controvertirse el principio de respeto a su legislación vigente. Sin embargo, cabe plantear esta cuestión cuando, entre otros casos, “hay dudas respecto de la elaboración de una regla”²⁴. En este sentido, sabemos que el legislador moderno toma sus soluciones del Derecho Comparado²⁵. Por tanto, “merced a

20 GÓMEZ – JARA DÍEZ, “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BAJO FERNÁNDEZ, FEIJOO SÁNCHEZ, GÓMEZ JARA - DÍEZ, *Tratado*, cit., pp. 90/91.

21 GOENA VIVES, BEATRÍZ, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2017, p. 56.

22 GALÁN MUÑOZ, *Fundamentos...*, cit., p. 97.

23 GOENA VIVES, *Responsabilidad...*, cit., p. 62.

24 ZWEIGERT, KONRAD – KÖTZ, Hein, *Introducción al Derecho comparado*, México, Oxford University Press, 2012, p.19.

25 Al respecto, CESANO, JOSÉ DANIEL, *Introducción al Derecho Penal Comparado*, Córdoba, Ed. Brujas, 2017, p. 66 y ss.

la más amplia visión que nos proporciona esta disciplina, debemos incluir el método comparativo en los criterios que, tradicionalmente, se aplican a la interpretación de los principios nacionales”²⁶. Indudablemente, tal empleo, no está exento de ciertas dificultades. No es éste el ámbito – por el contenido fuertemente teórico metodológico de tal debate – para discutir esos problemas. Sin embargo, consideramos conveniente precisar dos cuestiones en relación a dicha utilización; a saber: por una parte, que recurrir a este criterio interpretativo, tiene como presupuesto conocer las fuentes externas de donde deriva la ley nacional (en este caso: Chile y España) y, sobre aquellas fuentes, integrando en la indagación los formantes legales, doctrinarios y jurisprudenciales, determinar cuáles son los modelos de atribución que han adoptado aquellas legislaciones; situación que – y esta es la segunda precisión – requiere que la “investigación tenga por objeto exponer las relaciones existentes entre varios sistemas represivos. Para que esta investigación tenga valor científico debe perseguir una trascendencia explicativa, y no limitarse a una labor puramente informativa o descriptiva. El comparatista no puede referirse únicamente al estudio de las similitudes y divergencias, sino esforzarse por determinarlas causas de tales similitudes y divergencias, cuidando de especificar sus valores fundamentales e incidentales, así como señalar sus relaciones con la estructura general de los sistemas considerados”²⁷.

Sentado lo anterior, como primera medida, habremos de comparar el subsistema normativo que establece el proyecto con el diseñado por las legislaciones extranjeras que le sirvieron de fuente.

Consideramos que el proyecto argentino y las leyes chilena y española adoptan modelos que caracterizamos como mixtos. Este dato, sin embargo, no significa postular una identidad entre ellos. En efecto, es posible visualizar, al menos dos elementos en común que nos permiten subsumir los subsistemas normativos comparados en aquellos modelos; concretamente:

a) Que los tres textos exigen, para generar responsabilidad penal a la corporación, un punto de conexión con la comisión de delitos, por parte de personas naturales, que integran un círculo de posibles autores. El aspecto significativo porque, la atribución de responsabilidad al ente ideal requiere de este actuar humano.

b) Que se establece como factor de exención de responsabilidad o de pena si antes de la comisión del delito la empresa hubiese previsto y ejecutado un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos²⁸. Si bien existe una diferencia entre el proyecto argentino, en relación a las leyes chilena y española, en tanto en la primera, la previsión de aquellos sistemas opera como una excusa absolutoria²⁹ que

26 ZWEIGERT – KÖTZ, Introducción..., cit., p. 20.

27 HERZOG, JACQUES - BERNARD, “Los principios y métodos del Derecho Penal Comparado”, *Revista de derecho*, Universidad de Concepción, Año XXXIX – N°155 – Enero – Abril de 1971, p. 47.

28 Arts. 31 bis, inc. 4, Código Penal español; 41, inc. 2, 2°, proyecto de Código Penal argentino y art 3, 1° y 2° párrafos de la ley 20.393; norma que condiciona la responsabilidad a que “la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión”.

29 AROCENA - CESANO, *Responsabilidad...*, cit., p. 49.

impide la imposición de pena y, en el caso chileno y español se vincularían más con la culpabilidad³⁰; el efecto es idéntico en la medida en que, implementado esos sistemas de prevención, no hay reproche para la empresa. Estas normas, además, permiten reafirmar el carácter mixto de la atribución de responsabilidad, por cuanto al hablar de exención de responsabilidad o de evitación de la pena (lo que supone previamente la existencia de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), es indudable que están predicando esos efectos respecto de un ente que goza de autoresponsabilidad.

Sin embargo, estas similitudes no significan desconocer la existencia de un aspecto diferenciable. Éste está dado por la mayor minuciosidad en orden a regular el contenido de los programas de prevención, que establecen las legislaciones española y chilena y de la que adolece el proyecto argentino. De hecho, la parquedad de la ley argentina hizo decir – como ya lo apuntamos – a dos miembros de la comisión redactora (Córdoba y Ziffer), que el anteproyecto, tal como se aprobó, adoptaba un modelo de atribución vicarial en vez de un modelo de autoresponsabilidad. Y si bien, por los argumentos ya vertidos, en nuestra opinión, los tres sistemas establecen modelos mixtos, no puede negarse que las fuentes externas utilizadas, efectivamente, se han caracterizado por dar una mayor densidad al que, sin duda, conforma el núcleo de mayor gravitación en los modelos de responsabilidad por culpa en la organización; esto es: los *compliance programs*.

El otro aspecto que nos interesa remarcar en orden al uso del derecho comparado se refiere a la calidad del producto normativo del proyecto argentino en esta materia. En efecto, también ya es un uso consagrado del comparatismo, el ofrecer materiales extranjeros a los legisladores nacionales, como insumo para el diseño de sus textos³¹.

Indudablemente el sistema de atribución de responsabilidad que trae el proyecto tiene, al menos, un gran déficit; que un atento análisis comparativo con las fuentes externas hubiese permitido superarlo. Nos referimos a la falta de previsión, en el texto proyectado de un contenido mínimo de los programas de integridad; tal cual lo hace la legislación chilena, en su artículo 4 y el C.P. Español en su artículo 31 bis, inciso 5°. De hecho, en su disidencia conjunta, Ziffer y Córdoba señalaron que: “consideramos que una

30 Respecto del art. 31 bis del Código Penal Español, ha señalado GÓMEZ – JARA DÍEZ, CARLOS, “La culpabilidad de la persona jurídica”, en BAJO FÉRNANDEZ, FEIJOO SÁNCHEZ, GÓMEZ JARA - DÍEZ, *Tratado*, cit., p. 149: “... la reciente reforma del Código penal mediante la Ley Orgánica 1/2015, del 3 de marzo, se ha tomado ciertamente en serio la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Probablemente, la mayor novedad, vinculada con la culpabilidad propia de la persona jurídica, ha sido establecer que la existencia de los programas de *Compliance* con anterioridad a la comisión del hecho delictivo pueden, bajo determinadas circunstancias, servir como causa de exención de responsabilidad”.

31 Al respecto, CESANO, JOSÉ DANIEL, *El uso legislativo del Derecho Comparado. Algunas reflexiones a partir de los trabajos preparatorios del proyecto de Código Penal Argentino (2019)*, Córdoba, Ed. Lerner, 2019, p. 23 y ss.

regulación de esta naturaleza debía fijar, ya a nivel legal, algunos contenidos mínimos para los programas de *compliance*, que aseguren una cierta uniformidad”³².

Ya nos hemos referido, en investigaciones anteriores³³, que el empleo del derecho extranjero por parte del legislador local debe realizarse con suma prudencia, por cuanto no se puede reparar únicamente en los formantes legales y copiarlos sino que, es necesario, también prestar atención en el resto de los formantes y, sobre todo en la compatibilidad de los modelos que se pretenden utilizar, especialmente, desde la perspectiva de los contextos de las normas extranjeras que deben guardar cierta similitud con el propio del Estado que pretende importar aquellas soluciones.

En orden a los formantes, concordamos con la opinión de Pegoraro en el sentido que:

No siempre, incluso muy raramente, el dato normativo textual brinda un conocimiento real de las soluciones jurídicas ofrecidas por el ordenamiento. El paso en dirección a una comparación más profunda se da mediante el cotejo que se desarrolla en base al ‘derecho en acción’, el denominado ‘derecho viviente’, el derecho que en un determinado momento histórico ha encontrado implementación efectiva y representa la interpretación de una regla elegida conscientemente por sus operadores jurídicos. Entra en juego, por tanto, el conjunto de significados que se asignan a las fórmulas normativas textuales en el momento de aplicación a sus casos concretos por parte de autoridades encargadas de ello. El comparatista indaga el objeto de estudio a través de las líneas de evolución de la jurisprudencia, la *praxis* administrativa, las orientaciones de la doctrina e, incluso, a través de aquellos elementos accesorios que considere útiles para una comprensión que no se limite a estudiar la superficie de un fenómeno jurídico, aun cuando para ello necesite recurrir a categorías e instrumentos de análisis propios de otras ciencias.³⁴

Siguiendo estos criterios hemos visto que respecto de los casos de Chile y España, el formante doctrinal, en su orientación prevaleciente, coincide en que, ambos textos han adoptado un modelo de atribución mixto; lo que concuerda con el sentido que le hemos dado a la fórmula del proyecto. Por su parte, desde la perspectiva del formante jurisprudencial también advertimos, en relación a las fuentes extranjeras analizadas, el énfasis que se pone en la cuestión de los programas de integridad y en las consecuencias que se derivan del incumplimiento en su previsión; todo lo cual aproxima a estas

32 *Proyecto...*, cit., p.213. De hecho, el art. 23 de la ley 27.41, fuente interna también utilizada por la comisión, contiene una previsión en donde se detallan algunas exigencias mínimas en relación a los programas de integridad. Al respecto, cfr. AROCENA - CESANO, *Responsabilidad...*, cit., p. 94 y ss.

33 Cfr. CESANO, JOSÉ DANIEL, “Consideraciones sobre algunas funciones del Derecho Comparado”, en AROCENA, GUSTAVO A. – CESANO, JOSÉ DANIEL, *Repensando los métodos y desafíos del Derecho Penal del Siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. Fabián I. Balcarce*, Córdoba, Ed. Lerner, 2018, pp. 43/45.

34 PEGORARO, LUCIO, *Derecho Constitucional Comparado. 1. La Ciencia y el método*, en PEGORARO, LUCIO – RINELLA, ANGELO, Directores, *Derecho Constitucional Comparado*, Astrea, Bs. As., 2016, p. 140.

legislaciones a componentes propios de los sistemas de autoresponsabilidad. De allí que la indagación realizada permite validar nuestra propuesta en relación al empleo de aquellas legislaciones como inspiradoras de las normas locales proyectadas y en interpretar a dicho subsistema, en cierta sintonía con aquéllas.

Sin embargo, al mismo tiempo, indicamos una grave falencia en el proyecto – en comparación con las fuentes externas – al no definir los elementos mínimos para el diseño de los programas de integridad; con lo cual no se sacó el debido provecho a la legislación inspiradora; cuando la similitud de los contextos de recepción permitía esta posibilidad.

¿Por qué hablamos de similitud de contextos?

Lo hacemos porque, los tres textos que hemos analizado surgieron por un mismo interés político: cumplir con exigencias de la **Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (O.C.D.E)**, en los casos de Argentina y Chile; o Decisiones – Marco de la Unión Europea, para España.

La propia Exposición de Motivos del proyecto argentino así lo confiesa³⁵. Y la doctrina que se ha ocupado de los textos chileno y español lo ha reconocido expresamente³⁶.

Por tal motivo hubiese sido razonable tomar en cuenta también aquellas legislaciones fuente para este cometido; estableciendo los contenidos mínimos que debe tener un programa de cumplimiento.

BIBLIOGRAFÍA

AROCENA, GUSTAVO A. – CESANO, JOSÉ DANIEL, *Responsabilidad penal empresaria y “criminal compliance”*, Bs. As., Ed. Hammurabi, 2019.

CESANO, JOSÉ DANIEL, *Introducción al Derecho Penal Comparado*, Córdoba, Ed. Brujas, 2017.

-----, “Consideraciones sobre algunas funciones del Derecho Comparado”, en AROCENA, GUSTAVO A. – CESANO, JOSÉ DANIEL, *Repensando los métodos y desafíos del Derecho Penal del Siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. Fabián I. Balcarce*, Córdoba, Ed. Lerner, 2018.

35 Este fue, también, el motivo que impulsó la sanción de la ley 27.401.

36 Para el caso de Chile, GARCÍA CAVERO, PERCY, “Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista de Estudios de la Justicia* – Nº 16 – Santiago, Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2012, p. 58, expresa: “En el caso de Chile es un hecho incuestionable que la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha hecho para cumplir con ciertos requisitos para poder acceder a la OCDE.” Respecto de España, señala ORTIZ DE URBINA GIMENO, IÑÍGO, “Sanciones penales contra empresas en España (Hispanica societates delinquere potest)”, en Kuhlen, LOTAR – MONTIEL, JUAN PABLO – ORTÍZ DE URBINA GIMENO, IÑÍGO, *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 213, pp. 275/276, que las razones del legislador español se vinculan con instrumentos jurídicos internacionales de la U.E. que dimanen de un amplio abanico de Decisiones Marco.

-----, *El uso legislativo del Derecho Comparado. Algunas reflexiones a partir de los trabajos preparatorios del proyecto de Código Penal Argentino (2019)*, Córdoba, Ed. Lerner, 2019.

FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ, “Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal Español”, en BAJO FÉRNANDEZ, MIGUEL – FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ – GÓMEZ JARA - DÍEZ, CARLOS, *Tratado de responsabilidad penal de la persona jurídica*, Pamplona, Civitas - Thomson Reuters, 2016.

FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS – MORAIS CARVALHO, JORGE, *Introducción al Derecho Comparado*, Santiago – Chile, Ed. Olejnik, 2018.

GALÁN MUÑOZ, ALFONSO, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras las reforma de la L.O. 1/2015*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2017.

GOENA VIVES, BEATRÍZ, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2017.

GÓMEZ – JARA DÍEZ, “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BAJO FÉRNANDEZ, MIGUEL – FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ – GÓMEZ JARA - DÍEZ, CARLOS, *Tratado de responsabilidad penal de la persona jurídica*, Pamplona, Civitas - Thomson Reuters, 2016.

-----, “La culpabilidad de la persona jurídica”, en BAJO FÉRNANDEZ, MIGUEL – FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ – GÓMEZ JARA - DÍEZ, CARLOS, *Tratado de responsabilidad penal de la persona jurídica*, Pamplona, Civitas - Thomson Reuters, 2016.

HERNANDEZ BASUALTO, HÉCTOR, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, en Revista *Política Criminal*, Vol. 5, Nº 9, Julio 2010, pp. 217/218. disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf.

HERZOG, JACQUES - BERNARD, “Los principios y métodos del Derecho Penal Comparado”, *Revista de derecho*, Universidad de Concepción, Año XXXIX – Nº155 – Enero – Abril de 1971.

LASCANO, CARLOS JULIO, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la ley 27.401”, en *Foro de Córdoba*, Córdoba, Ed. Advocatus, Año XXVIII, nº198, 2019.

NAVAS, IVÁN - JAAR, ANTONIA, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena”, EN Revista *Política Criminal*, Vol. 13, Nº 26, Diciembre 2018, p. 1033. Disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_26/Vol13N26A10.pdf.

PEGORARO, LUCIO, *Derecho Constitucional Comparado. 1. La Ciencia y el método*, en PEGORARO, LUCIO – RINELLA, ANGELO, Directores, *Derecho Constitucional Comparado*, Astrea, Bs. As., 2016.



Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad

ISSN: 2531-1565

RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, JUAN MARÍA, “Comentario al art. 2”, en LINA ANLLO (dirección), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Programas de integridad (Compliance). Ley 27.41. Comentada*, Bs. As., Ed. Hammurabi, 2019.

ZWEIGERT, KONRAD – KÖTZ, Hein, *Introducción al Derecho comparado*, México, Oxford University Press, 2012.