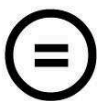




# Reflexiones sobre algunas cuestiones vinculadas con la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Anteproyecto de Reforma Integral al Código Penal de Argentina.

Prof. Dr. José Daniel Cesano  
Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

<http://www.cienciaspenales.net>



## Reflexiones sobre algunas cuestiones vinculadas con la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Anteproyecto de Reforma Integral al Código Penal

JOSÉ DANIEL CESANO<sup>1</sup>

### I.- Propósito

A través del presente trabajo nos proponemos abordar algunos aspectos de la regulación propuesta por el Anteproyecto de Reforma Integral al Código Penal que un destacado grupo de juristas elevara al Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación en mayo del año 2006. Con tal finalidad, luego de describir las principales características de la normativa propuesta, realizaremos su análisis crítico con el objeto de aportar algunos elementos que permitan rediscutir aspectos de la cuestión y – en caso de no admitirse nuestras premisas – introducir ciertos correctivos que podrían conducir a un perfeccionamiento del modelo diseñado.

### II.- La regulación propuesta<sup>2</sup>

El examen de la parte general (Libro I) del anteproyecto nos permite individualizar dos núcleos centrales que se vinculan, directamente, con la temática que seleccionamos como objeto de abordaje en esta ponencia<sup>3</sup>; a saber: a) la inclusión de una cláusula de actuación en lugar de otro (artículo 43) y b) la regulación de un nuevo título (Título XIII) destinado a las sanciones a las personas jurídicas (artículos 67 y 68). Ambas innovaciones serán tratadas seguidamente.

### III.- Análisis preliminar del proyecto

#### 1.- Valoración general del Título XIII.

Las previsiones de los artículos 67 y 68 ¿importan el abandono del principio “societas delinquere non potest”?

---

<sup>1</sup> Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Profesor de postgrado en las Universidades Nacional de Córdoba (Carreras de Especialización en Derecho Penal y en Derecho de los Negocios) y en las Universidades Siglo XXI (Diplomado en Derecho Penal Económico) y Blas Pascal (Especialización en Derecho Penal Económico). Miembro del International Center of Economic Studies (New York). Dirección electrónica: cesano@ciudad.com.ar

<sup>2</sup> Para el texto del proyecto puede consultarse la página web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ubicación del sitio: <http://www.jus.gov.ar/>

<sup>3</sup> Ello, por cierto, no significa que, en la estructura del anteproyecto, no existan otras innovaciones que pueden guardar conexión con nuestra perspectiva de análisis. Por ejemplo, la regulación expresa de la autoría mediata que surge del artículo 39. Sin embargo, no abordaremos aquí esta cuestión por cuanto, si bien en el sistema del código vigente este instituto no se legisla **tan explícitamente**, su base legal no ha merecido mayores cuestionamientos por parte de la doctrina y la jurisprudencia. Distinto es, el alcance de los casos de autoría mediata. Empero, en este punto, el texto proyectado no parece haber dado pautas firmes para algunas hipótesis particulares; quedando abierta la discusión respecto de determinadas categorías (por ejemplo, autoría mediata a través de aparatos organizados de poder) y su extensión (aplicabilidad o no respecto de los delitos cometidos en una empresa).

Consideramos que no. La razón de esta apreciación se basa en que, para nosotros, la propuesta elaborada por la Comisión no se inclina por diseñar un sistema directo de doble imputación sino, más bien, **a establecer consecuencias sancionatorias administrativas para las corporaciones**<sup>4</sup>.

¿Por qué sostenemos esta tesis?

Lo hacemos a partir de un canon interpretativo sistemático<sup>5</sup>. En efecto, repárese en que los artículos en cuestión se ubican en un nuevo título cuyo epígrafe alude, expresamente, a **“sanciones”** para las personas jurídicas. No se habla aquí, **en particular**, de penas ni de medidas de orientación y seguridad; manifestaciones propias del sistema de reacciones penales (de derecho común) que prevé el propio anteproyecto (Título II, artículos 5° y 6°). La constatación precedente no constituye una cuestión menor desde que, en un sentido formal, el Derecho penal se encuentra definido por el tipo de sus sanciones: un precepto pertenece al Derecho penal “porque su vulneración es sancionada con una pena o una medida de seguridad”<sup>6</sup>. Pareciera, de esta forma, que el perfil de responsabilidad diseñado resulta coincidente con ciertas interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales que, al abordar la cuestión desde la perspectiva de la legislación especial aduanera, consideran que las previsiones de los artículos 876, inciso 1° y 888, constituyen verdaderas consecuencias administrativas que se imponen a la corporación, por las conductas delictivas de los órganos de dirección o representación<sup>7</sup>.

La postura recién sostenida, quizá pueda objetarse con el siguiente argumento: si se trata de una sanción administrativa ¿por qué razón la impone el juez penal?. En palabras de Zugaldía Espinar: “no dejarían de ser unas ‘extrañas’ sanciones administrativas aquéllas que están previstas por el Código Penal, impuestas por el Juez Penal, como consecuencia de una infracción penal y orientadas a los fines de la pena”<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> De esta manera la Comisión optó por uno de los tres modelos que, recientemente describiera José Luis De la Cuesta Arzamendi: “(...) configuración (...) [de las medidas] como una intervención accesorio de carácter fundamentalmente administrativo y sobre la base de una conducta individual típica, antijurídica, culpable y punible, manteniendo el principio *societas delinquere non potest*” (Cfr. “Una ‘nueva’ línea de intervención penal: el derecho penal de las personas jurídicas”, en Ana Messuti y Julio Andrés Sanpedro Arrubla, *La administración de justicia en los albores del tercer milenio*, Ed. Universidad, Bs. As., 2001, p. 76).

<sup>5</sup> En virtud del mismo, entendemos, que el significado de una palabra de la ley debe ser buscado a partir de sus relaciones con el resto del sistema; en particular por su ubicación interna dentro del contexto de la propia ley. Al respecto, Cfr. Aulis Aarnio, *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1991, p. 175.

<sup>6</sup> Así, Silvina Bacigalupo, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, p. 254. De hecho, uno de los destacados juristas que integra la Comisión, David Baigún – quien, a través de su producción doctrinaria, se enrola como uno de los más firmes defensores de la tesis de la responsabilidad penal de la persona jurídica - en su obra de síntesis [*La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un modelo teórico)*], Ed. Depalma, Bs. As., 2000, pp. 245/288], analiza la problemática de las consecuencias sobre la base de las penas y las medidas de seguridad; es decir: no utiliza la expresión genérica – como sí sucede en el anteproyecto – de **“sanciones”**.

<sup>7</sup> Sobre esta tendencia, cfr. José Daniel Cesano, *Estudios sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica*, Ed. Ediar, Bs. As., 2006, pp. 93 (nota n° 191) y 116/118.

<sup>8</sup> José Miguel Zugaldía Espinar, “Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica”, *Sistemas penales iberoamericanos. Libro homenaje al Profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario*, Ara Editores, Lima, 2003, p. 654.

La objeción no nos parece relevante desde que, si admitimos – como ocurre en forma casi unánime en la doctrina universal – una distinción **no sustancial entre la infracción administrativa y la penal sino de mero corte cuantitativo, la lógica consecuencia de esta falta de diversidad ontológica entre una y otra se manifiesta (entre muchos otros aspectos) en que, la imposición de una sanción administrativa también debe respetar el principio de su imposición jurisdiccional.**

Por cierto que este traslado del problema hacia el ámbito de la responsabilidad penal administrativa, **de por sí**, no constituye ninguna garantía de que, el principio de culpabilidad<sup>9</sup> no se vea vulnerado. De hecho – y partiendo siempre de la imposibilidad de establecer diferencias cualitativas entre delito y contravención – muchos de los sistemas legislativos que han adoptado este modelo (como el caso del Alemán) no se han podido desligar de esta mácula<sup>10</sup>.

Sin embargo, el anteproyecto ofrece una variante significativa que, en cierta medida, se orienta a mitigar esta crítica. Nos referimos, concretamente, al párrafo 4º del artículo 67. Esta previsión intenta limitar los posibles efectos perjudiciales que se deriven de la imposición de una sanción respecto de aquellos a quienes no quepa atribuir responsabilidad en el hecho delictivo. Dice – al respecto – la norma en cuestión: “Cuando se trate de personas jurídicas que hagan oferta pública de sus acciones o de otros instrumentos negociables, las sanciones deberán ser aplicadas cuidando de no perjudicar a los accionistas o titulares de los títulos respectivos a quienes no quepa atribuir responsabilidad en el hecho delictivo. A ese fin deberá escucharse al síndico de la sociedad.”.

¿Resulta suficiente la previsión?

Consideramos que no. En rigor, la norma transcripta no deja de ser una expresión de deseos que no permite sortear las críticas que se le formulan al modelo. En efecto:

a) Por una parte, el ámbito de aplicación de este resguardo, no puede conectarse con la totalidad de las sanciones previstas en el artículo 68. En varios casos, la gravedad de la consecuencia hará inviable la no afectación de derechos de quienes no resulten responsables por el hecho delictivo. Piénsese, por ejemplo, en la cancelación de la personería jurídica (artículo 68, inciso “b”).

b) Desde otra perspectiva tampoco parece claro como lograr esta distinción: si uno de los argumentos más frecuentes que se utilizan para justificar la responsabilidad de la corporación está dado por las dificultades probatorias para determinar las personas

<sup>9</sup> Que, más allá de su innegable jerarquía constitucional, en el texto del anteproyecto, también se lo reconoce explícitamente (artículo 1, inciso “c”).

<sup>10</sup> Hemos explicitado nuestra crítica al respecto en *Estudios (...)*, op. cit., pp. 54/60.

individuales que han realizado el hecho delictivo<sup>11</sup>, resulta incongruente pretender, ahora, materializar esa diferenciación para no perjudicar, por ejemplo, a un socio inocente. En otras palabras: o reconocemos que, en muchos casos, es imposible realizar esta diferenciación, **con lo cual la afectación al principio de culpabilidad sigue en pie** o, por el contrario, admitimos que es posible esa individualización, con lo que el argumento que habilita esta forma de responsabilidad pierde todo sentido.

Como epílogo de este análisis nos parece que la previsión normativa elaborada por la Comisión, deja intacto el cuestionamiento central que se opone a este tipo de responsabilidad (violación al principio de culpabilidad); resultado, en definitiva, objetable constitucionalmente.

## **2.- Presupuestos y sanciones respecto de las personas jurídicas.**

### **A) Carácter**

Al igual que sucede con el artículo 129 del Código Penal español, el artículo 67 del anteproyecto utiliza como operador deóntico el verbo “podrá”.

Esto, sin duda, de sancionarse el documento, reproducirá, en nuestra doctrina, los debates que aquel texto ha generado en su respectivo ámbito cultural.

Acotados a ese ámbito, algunos autores han sostenido que, la utilización del giro idiomático transformaría estas sanciones en facultativas<sup>12</sup>. A nuestro ver – y sin perjuicio de que, lo deseable, sería explicitar el extremo – una interpretación plausible podría ser la siguiente: verificada la comisión de un delito por una persona física (dentro de la estructura societaria) el juez no necesariamente deberá aplicar la sanción a la corporación. Por el contrario, será imprescindible para ello justificar el fin preventivo que se persigue a través de la imposición de la misma; esto es: evitar que la persona jurídica deje de ser un escenario propicio para la actividad delictiva de sus directores o representantes<sup>13</sup>.

No desconocemos que, de acuerdo al texto proyectado, no surge esta vinculación con fines preventivos<sup>14</sup>; sin embargo la conexión la juzgamos razonable desde que permitiría evitar la imposición automática de las mismas. Por cierto que, esta interpretación exigiría un

---

<sup>11</sup> Esto es tan así que, el propio artículo 67, 3° párrafo, autoriza la imposición de la sanción a la corporación “aún en caso en que quienes hubieran actuado en su nombre, representación, interés o beneficio, no resultaran condenados, siempre que el delito se haya comprobado.”.

<sup>12</sup> Así, Bacigalupo, *La responsabilidad (...)*, op. cit., p. 290 y nota n° 51, ubica entre estos autores a Mir Puig; aclarando que esta apreciación (del carácter facultativo de la norma) “en definitiva no aporta mucho a clarificar la situación”.

<sup>13</sup> Obviamente, la propuesta no significa estar de acuerdo con la decisión de política criminal tomada. Ello por cuanto, bien examinada, esa vinculación guarda conexidad con uno de los presupuestos (peligrosidad objetiva) que caracterizan al sistema de medidas de seguridad y que también, en nuestra opinión, resulta censurable (cfr. Cesano, *Estudios*, op. cit., pp. 60/62).

<sup>14</sup> La posibilidad de asignar fines preventivos a las sanciones administrativas es admitida por la doctrina. Así, entre nuestros autores, Cfr. Daniel E. Maljar, *El Derecho administrativo sancionador*, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 2004, p. 355.

específico deber de motivación para los casos en que se resuelva la aplicación de alguna de ellas<sup>15</sup>.

Un aspecto de particular interés es el de sí, estas sanciones pueden aplicarse respecto de cualquier forma de criminalidad establecida en el libro II o si, por el contrario, exigen que el tipo respectivo, puntualmente, autorice cada caso. En la legislación española, la cuestión se ha resuelto por la primera alternativa; opinando la doctrina que el Código ha adoptado un sistema de “*numerus clausus*”. No pareciera ser éste el caso del anteproyecto desde que: a) por una parte, en su redacción no incluyó una cláusula (como sí lo hace el texto español) en el sentido que, las consecuencias se aplicarán “en los supuestos previstos en el Código” y b) en segundo término, ya que al diseñar la parte especial no realizó una conminación específica.

Este aspecto nos merece dos observaciones:

- a) Quizá pueda pensarse que, al proceder de esta manera, los redactores del anteproyecto han querido establecer en vez de una sanción administrativa (como lo sostenemos) una pura consecuencia accesoria. No creemos que ése sea el caso (y de allí que reafirmamos aquella naturaleza) por cuanto, de lo contrario, se hubiese establecido como epígrafe un título similar al del Código penal español.
- b) Si se trata de una sanción administrativa, la técnica utilizada puede afectar el principio de legalidad – obviamente aplicable respecto del derecho penal administrativo – en la medida en que no se adscriba a cada tipo delictivo alguna (o varias) de las sanciones que se establecen en el artículo 68.

## **B) Presupuestos.**

Vislumbramos dos presupuestos: a) uno, de carácter sustantivo y b) el otro, vinculado a lo procesal. Veamos:

- a) La aplicabilidad de la sanción a la corporación está condicionada a un presupuesto **sustancial**: que exista un delito cometido por una persona física que haya actuado “en nombre, en representación, en interés o en beneficio de una persona jurídica de carácter privado” (artículo 67, 1º párrafo); aún cuando, por cualquier motivo, ese autor (en el sentido amplio de la expresión) no resultase condenado; siempre que – en este último caso – **el delito, igualmente, se haya comprobado** (artículo 67, párrafo 3º).

La disposición resulta aplicable también cuando se verifique un defecto en la representación; siempre que “la gestión haya sido ratificada aunque fuera de manera tácita” (artículo 67, 1º párrafo).

Como puede apreciarse de la estructura idiomática del mismo párrafo 1º, a contrario sensu, no es factible aplicar sanciones a las personas jurídicas de carácter público. Por tales, se entenderán – tratándose de un concepto normativo que remite a una valoración jurídica extrapenal – aquellos entes que enumera el artículo 33 del Código Civil.

---

<sup>15</sup> Por supuesto que, para aventar todas estas dificultades, lo más correcto sería incluir la necesidad de esta conexión (que la sanción se aplica en la medida de que satisfaga, en el caso, algún fin preventivo) en el mismo texto del anteproyecto.

b) Desde el punto de vista procesal, el párrafo 2º del artículo 67, preceptúa que “(...) será condición para la imposición de sanciones a personas de existencia ideal que la entidad haya tenido oportunidad de ejercitar su derecho de defensa en el transcurso del proceso”. Esto supone que la persona jurídica sea, efectivamente, parte en el proceso penal; con todas las garantías que le corresponderían al imputado<sup>16</sup>.

Asimismo, y como una proyección del adecuado respeto al principio acusatorio, la imposición de estas sanciones estará supeditada a su previa petición por parte del órgano acusador (fiscal o querellante)<sup>17</sup>.

### **C) De las sanciones en particular.**

El artículo 68, en sus doce incisos, establece las distintas sanciones aplicables a las personas jurídicas. A diferencia de la técnica legislativa utilizada al momento de definir las penas, la Comisión, en este caso, no ha delineado, específicamente, el alcance de los derechos particulares que se verían afectados con su imposición.

En tal sentido, consideramos que hubiese sido más conveniente su precisión. La propuesta no es una mera formalidad sino que, amén de constituir una exigencia del principio de reserva penal<sup>18</sup>, permitiría evitar ciertas zonas de superposición (según lo especificaremos infra) entre algunas de las distintas sanciones que se establecen.

Veamos sucintamente el contenido de las mismas:

C.1) La primera sanción prevista es la multa. El inciso “a” establece como criterio de cuantificación un parámetro dual: por una parte, la magnitud del daño causado y, de otro, el patrimonio de la entidad. Asimismo, con el objeto de evitar que, como consecuencia de una sanción pecuniaria muy elevada, la corporación se vea obligada a pedir su liquidación, se ha previsto un límite por encima del cual, el quantum concreto de la multa no puede elevarse: el treinta y tres por ciento del patrimonio neto de la entidad, de conformidad con las normas de contabilidad aplicables. De esta manera, resulta atinado concluir que, si la sanción llegara exceder ese porcentaje, la misma se transformaría en una suerte confiscación, vedada por el artículo 17 de la Constitución Nacional.

C.2) No obstante el orden de su ubicación, sin duda, la sanción más grave es la prevista por el inciso “b”: cancelación de la personería jurídica. De hecho importa la denominada “muerte civil” del ente ideal<sup>19</sup>.

Es aquí donde quizá pueda verse con mayor claridad que cualquier tentativa – por más bien intencionada que sea – de evitar la responsabilidad de las personas individuales que no participaron en la comisión del hecho delictivo, inevitablemente está destinada al fracaso. Ello así por cuanto, importando la cancelación una verdadera disolución de la

<sup>16</sup> En tal sentido, y razonando a partir del artículo 129 del Código penal Español, Silvina Bacigalupo (op. cit., p. 289) expresa: “(...) es necesario [que la persona jurídica haya] (...) sido realmente parte en el proceso”.

<sup>17</sup> Cfr. Zugaldía Espinar, “Bases (...)”, op. cit., p. 661.

<sup>18</sup> Cuya aplicación no puede soslayarse aún cuando se trate de un derecho penal administrativo; según la naturaleza que le adjudicamos al título en comentario.

<sup>19</sup> Así, Bacigalupo, *La responsabilidad (...)*, op. cit., p. 262.

entidad, parece obvio que las consecuencias de semejante sanción tendrán una significación social gravitante e inexorable, pudiendo alcanzar a socios inocentes.

Es por esto, precisamente, que la doctrina prevaleciente aconseja reservar la cancelación para aquellas corporaciones con actividad ilícita. Empero, no faltan los autores que, además, admiten su extensión a situaciones menos graves. Por ejemplo, cuando, sin tratarse de una actividad ilícita, se produce una desviación del objeto social dirigida a facilitar una tal actividad<sup>20</sup>; situación en la cual, la afectación perjudicial a miembros de la corporación no vinculados directamente con la maniobra, parece aun más factible.

Una cuestión interesante se vincula con el órgano jurisdiccional competente para disponer la disolución. En tal sentido – refiere Baigún – que las opciones posibles son dos: que se trate de una atribución del juez mercantil o, por el contrario, que sea el mismo juez penal quien la decreta<sup>21</sup>. El proyecto no ha tomado, explícitamente, postura sobre este aspecto.

La imposición de esta sanción conlleva, lógicamente, la disposición – por parte de quien la dispone – de las formalidades legales necesarias prescriptas, en cada caso, para la disolución de la persona jurídica (Vgr. cancelación de la inscripción en el registro público de comercio, etc)<sup>22</sup>.

C.3) El inciso “c” prevé la “suspensión total o parcial de actividades que en ningún caso podrá exceder de tres años”. Se trata – como surge de la propia limitación de la norma – de una sanción temporal; ya que, de ser definitiva entrañaría prácticamente la disolución de la persona jurídica<sup>23</sup>.

C.4) El inciso “d” establece como sanción la “clausura total o parcial del establecimiento”; previendo, también, como límite temporal un plazo que no podrá exceder de tres años.

El proyecto no define los alcances de la clausura; aspecto que no constituye una cuestión menor desde que podría resultar necesario para diferenciarla de la sanción prevista en el inciso precedente. Lingüísticamente, clausurar significa tanto como “cerrar, poner fin a la actividad de (...) establecimientos industriales (...)”<sup>24</sup>. Y de hecho cuando algún texto legislativo la ha previsto como sanción, ésa es la inteligencia que se le ha dado. Así, en el ámbito del Derecho infraccional tributario, se está de acuerdo en que “(...) ‘todos los supuestos legales en donde procede la clausura, tienen un elemento común cual es el que implica una prohibición temporaria para ejercer el comercio o cualquier otra actividad industrial o de servicios cuando no se ejercen conforme los reglamentos que rigen la actividad (...)’. Es decir, que en la clausura tributaria, el bien jurídico disminuido será (...) [la] actividad económica del contribuyente”<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> Así, expresamente, Baigún, *La responsabilidad (...)*, op. cit., p. 262.

<sup>21</sup> Baigún, *La responsabilidad (...)*, op. cit., p. 263.

<sup>22</sup> Bacigalupo, *La responsabilidad (...)*, op. cit., p. 303.

<sup>23</sup> Así, Bacigalupo, *La responsabilidad (...)*, op. cit., p. 303.

<sup>24</sup> Cfr. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 21ª edición, Ed. Espasa – Calpe, Madrid, 1992, Tº I, p. 488.

<sup>25</sup> Cfr. Carlos Enrique Edwards, *La pena de clausura tributaria*, Ed. Astrea, Bs. As., 1994, p. 11.



Para tratar de establecer un deslinde entre ésta y la sanción de suspensión, a nuestro ver resulta clave que, la clausura, puede ser parcial; lo que significa vedar la realización de determinadas actividades de la empresa; sin mengua de otras. Esto supone, necesariamente, la posibilidad de que la actividad de la corporación resulte materialmente fraccionable.

Pareciera que, empero, subsiste un ámbito de superposición entre los incisos “c” y “d”. Nos referimos a los casos en que se dispone una clausura total. En tal hipótesis ¿qué diferencia podría establecerse con la suspensión que asume la misma extensión (total)?

C.5) El inciso “d” consagra la sanción de “pérdida o suspensión de beneficios estatales”. Desde una perspectiva político criminal juzgamos relevante la propuesta por cuanto, en el contexto económico actual, “la actividad empresarial, para su desarrollo, recurre permanentemente a los subsidios, beneficios tributarios, créditos, licitaciones y otros medios operativos. Es natural que el aprovechamiento distorsionado de tales mecanismos acarree su contrapartida; es decir, la decisión del Estado de recomponer el proceso normal del sistema económico y de las prácticas comerciales, neutralizando, al mismo tiempo, sus disfunciones”<sup>26</sup>.

C.6) El inciso “f” prevé como sanción, la publicación de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica. Se trata, también aquí, de un instrumento importante desde que, en el ámbito del mercado, la publicidad de la condena genera efectos significativos, no sólo por la ejemplaridad de la sanción en sí misma, “sino porque también importa una descalificación del agrupamiento societario”<sup>27</sup>.

Los medios para esta difusión no se deben limitar a la prensa sino que comprenderán todos aquellos sistemas de publicación que permitan los avances técnicos (por ejemplo, audiovisuales); dejando la selección de los mismos al juez interviniente<sup>28</sup>

C.7) En el inciso “g” se establece como sanción la realización, por parte del ente ideal, de prestaciones obligatorias vinculadas con el daño producido. La medida permite “una amplia gama de modalidades si se toma en cuenta que la prestación está íntimamente conectada con la actividad habitual que realiza la empresa y con la posibilidad de reparación”<sup>29</sup>.

Un ejemplo de las posibilidades que entraña la imposición de esta sanción puede apreciarse con respecto a la criminalidad ambiental (también, legislada, ahora, en el texto del anteproyecto<sup>30</sup>). En tal sentido – y desde una perspectiva iuscomparativa – la ley brasileña 9605 prevé, entre otros, la obligación de hacerse cargo de los costos de programas y proyectos ambientales, la ejecución de obras de recuperación en áreas degradadas; etcétera<sup>31</sup>.

C.8) A través del inciso “h” se establece, como otra sanción para la corporación, el comiso. Como no se determinan los alcances del mismo, creemos que una interpretación sistemática

<sup>26</sup> Cfr. Baigún, *La responsabilidad (...)*, op. cit., p. 268.

<sup>27</sup> Cfr. Baigún, *La responsabilidad (...)*, op. cit., p. 268.

<sup>28</sup> Así, Baigún, *La responsabilidad (...)*, op. cit., 269.

<sup>29</sup> Cfr. Baigún, *La responsabilidad (...)*, op. cit., p. 269.

<sup>30</sup> Cfr. Libro II, Título VIII, artículos 206 a 210.

<sup>31</sup> Así, Baigún, *La responsabilidad (...)*, op. cit., p. 269. Con relación a la legislación ambiental brasileña, Cfr. Paulo Affonso Leme Machado, *Direito ambiental brasileiro*, 4ª Ed., Malheiros editores, Sao Paulo, 1992, pp. 404/405.

del precepto lo haría definible en función del artículo 63 del mismo documento analizado. De esta manera, a través de la medida se perseguirá la pérdida a favor del Estado nacional, provincial o municipal de los objetos o instrumentos, pertenecientes a la corporación y por medio de los que se hubiese facilitado – a los directores o representantes del ente – la comisión de un delito.

C.9) En el inciso “i” se prevé la sanción de intervención judicial de la empresa; la que no podrá exceder de tres años. La norma establece una finalidad particular – no presente en las restantes previsiones del artículo-; cual es: que la medida debe operar como salvaguarda de los derechos de los trabajadores o acreedores. Se trata de una previsión similar a la contenida en el artículo 129, inciso “e”, del Código Penal español. Por esta razón, también resultarían aplicables a su respecto ciertas precisiones interpretativas derivadas de aquella doctrina. En particular, que la imposición de esta sanción requerirá – por parte de la autoridad jurisdiccional penal que interviene – el nombramiento de uno o varios administradores a los efectos de que lleven adelante la intervención, dentro de los cometidos y límites que estableció el juez<sup>32</sup>.

C.10) El inciso “j” consagra, a título de sanción, la disposición judicial de someter a la empresa a una auditoria periódica. Se trata aquí, también, de una medida de corte netamente preventivo; y aún cuando, a diferencia de lo que sucede con el inciso anterior, los redactores no adosaron la finalidad allí apuntada, es evidente que la imposición de la medida busca salvaguardar derechos de terceros. Lingüísticamente, la auditoria supone una revisión de la contabilidad de la empresa.

C.11) A través del inciso “k”, se establece como sanción la suspensión temporal – respecto de la corporación – del uso de patentes y marcas. El impedimento no podrá ser superior a un plazo de tres años.

En este caso, el contenido de la sanción afecta no al titular de la patente sino a la empresa que suscribió con éste el contrato de licencia. Precisamente, tal acto jurídico permite al titular del derecho exclusivo de explotación del invento a autorizar a su contratante para ejercer los derechos que le confiere la patente<sup>33</sup>. De verificarse esta hipótesis, la aplicación del inciso que analizamos impedirá, al ente ideal contratante, el disfrute de los mismos.

En lo que concierne a las marcas, cuya titularidad también puede ser ejercida por una persona jurídica<sup>34</sup>, cabe consignar que el plazo máximo de la suspensión en su uso – que entraña la sanción – no pone en peligro ni su caducidad ni el término legal de su duración que surgen, respectivamente, de los artículos 5° y 26 de la ley 22.362.

C.12) Por fin, merced al inciso “l” se prevé la sanción de suspensión temporal del ente ideal (por hasta tres años como máximo) en los registros de proveedores del Estado.

<sup>32</sup> Así, Bacigalupo, *La responsabilidad (...)*, op. cit., p. 305.

<sup>33</sup> Cfr. Félix A. Nazar Espeche, “Derecho de patentes: explotación y licencias obligatorias. ¿Instituciones en crisis?”, en AA.VV., *Derecho económico actual. Homenaje al Profesor Manuel A. Laquis*, Ed. Depalma, Bs. As., 1992, p. 632.

<sup>34</sup> Para la evolución de esta cuestión en nuestra legislación, Cfr. Iván Alfredo Poli, “MERCOSUR y propiedad industrial: asimetrías entre las legislaciones de Argentina y Brasil”, en AA.VV., *Derecho económico actual. Homenaje al Profesor Manuel A. Laquis*, Ed. Depalma, Bs. As., 1992, pp. 656/657.

La medida en cuestión se vincula con la exigencia de la inscripción registral de oferentes en las licitaciones y otras contrataciones administrativas. Tal inscripción no constituye un simple requisito formal, sino que es un acto de gran significación desde que “otorga garantías de real cumplimiento, de conocimiento de la materia, de las modalidades de la contratación y de antigüedad en el servicio”<sup>35</sup>. Como consecuencia de la suspensión corresponderá la inadmisión del oferente por falta de capacidad del contratista<sup>36</sup>.

### **3.- La actuación en lugar de otro.**

Receptando los reclamos de nuestra doctrina, el anteproyecto ha tomado la sabia decisión de incorporar una cláusula de actuación en lugar de otro.

En efecto, dentro del Título VI (del libro I) el artículo 43 preceptúa:

“El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica, o como representante legal, o voluntario de otro u otros, o el que asumiere funciones correspondientes al sujeto o entidad en cuyo nombre o beneficio actuare, responderá personalmente por el hecho punible aunque no concurren en él las calidades típicas para determinar la autoría, si tales características corresponden a la entidad o personas en cuyo nombre o representación obrare. Esta disposición se aplicará también a la persona que reviste la calidad de encargado de un establecimiento o empresa, o al responsable del cumplimiento de determinadas obligaciones de su titular y al que, sin actuar con mandato alguno, realiza el hecho en interés del titular. Lo dispuesto en este artículo será aplicable aún cuando el acto jurídico determinante de la representación o del mandato sea ineficaz”

La fórmula propuesta destaca, en primer lugar, por su amplitud; aspecto que debe ser reputado como una **virtud** de la norma dado que, siendo una de sus funciones centrales conformar un instrumento idóneo para la imputación de las conductas delictivas que sucedan en la empresa, la división de tareas que ocurren en el seno de ésta exige un precepto que – **sin mengua de la claridad de hipótesis que encierra** – se aleje de tesis inútilmente restrictivas.

Antes realizar una sistematización de las distintas situaciones captadas por la norma, permítasenos formular tres precisiones:

- Por una parte, el texto proyectado tiene vinculación directa con la comisión de algunos de los denominados delitos especiales propios; esto es: “delitos que no pueden ser cometidos por cualquier persona (no son ‘comunes’), sino que requieren la concurrencia en el sujeto activo – el denominado intraneus – de determinados ‘elementos objetivos’ (relaciones, condiciones o cualidades especiales) de autoría”<sup>37</sup>;
- pero también, y dada la amplitud de hipótesis que encierra la norma, el artículo se conecta con casos de disociación entre actuación (quien realiza el hecho es un extraneus [“representante legal o voluntario”] y titularidad de las referidas condiciones, cualidades

<sup>35</sup> Cfr. José Roberto Dromi, *Derecho administrativo*, T° 1, Ed. Astrea, Bs. As., 1992, p. 371.

<sup>36</sup> Así, Dromi, *Derecho administrativo*, op. cit., pp. 322, 371 y 373.

<sup>37</sup> Así, Jesús – María Silva Sánchez, *Instituciones de Derecho penal*, Ángel Editor, México, 2001, p. 216.

o relaciones (el intraneus no actúa). Por eso, lleva razón Silva Sánchez cuando afirma que, preceptos como éste si bien tienen una aplicación preponderante con relación a la responsabilidad penal de las corporaciones; en algunos aspectos la trascienden (actuación en nombre de una persona física)<sup>38</sup>;

- por fin, parece conveniente subrayar que, en todo caso, la imputación de responsabilidad penal por un delito especial a título de este artículo exigirá, como condición previa, que el órgano, directivo o representante de la persona jurídica hubiere realizado el hecho típico que constituye la base material del delito<sup>39</sup>.

¿Qué situaciones capta la norma?

El análisis del precepto nos permite formular la siguiente sistematización:

a) En el marco de la actividad de las personas jurídicas:

- Al que actúe como directivo u órgano de la corporación;
- Al administrador de hecho de aquélla cuyo nombramiento resulte formalmente ineficaz; y
- A los sujetos que asuman de hecho la actividad de administración del ente ideal.

b) Respecto de las personas físicas:

- Al que actúe como representante legal o voluntario de otro;
- Al que lo haga en virtud de un mandato que resulte ineficaz (administrador de hecho);
- A quien, sin poseer la condición anterior, asuma de hecho, total o parcialmente, las funciones en nombre de aquél.

Como podrá apreciarse, el proyecto ha sido muy cuidadoso en orden a la regulación de las cuestiones que entraña la administración de hecho; siendo fiel a las recomendaciones de la más calificada doctrina científica en el sentido de integrar aquella categoría (administración de hecho) tanto con la hipótesis de nombramiento formalmente ineficaz como la de asunción de hecho de tal actividad (administrador)<sup>40</sup>.

Un aspecto que marca lo cuidadoso de la regulación está dado por la previsión de aquellos casos de asunción de funciones parciales de administración. Se trata de aquellas situaciones en las que, pese a no existir una plena asunción de la posición de administrador,

---

<sup>38</sup> Silva Sánchez, *Instituciones (...)*, op. cit., p. 216. Como bien lo refiere Gonzalo Quintero Olivares: avvicinado “al problema de los actos de las personas físicas en nombre de personas jurídicas se encuentra el de las actuaciones en nombre de otra persona física, pero con la particularidad de que las condiciones exigidas por el tipo se cumplen en el representado, pero no en el representante. La situación es similar, y la solución legal, por esa causa, se reúne en el mismo precepto [se refiere al artículo 31 del Código Penal español]. Por supuesto se trata de encontrar aquí una fórmula que permita evitar impunidades al abrigo de la falta de la condición exigida por el tipo, presente en el representado” (Cfr. *Curso de Derecho penal. Parte general [Acorde con el nuevo Código Penal de 1995]*, Cedecs, Barcelona, 1997, p. 503).

<sup>39</sup> Una interpretación contraria importaría consagrar un caso de responsabilidad objetiva; constitucionalmente inadmisibile. Así, Silva Sánchez, *Instituciones (...)*, op. cit., p. 223. Del mismo criterio, Quintero Olivares, *Curso (...)*, op. cit., p. 505.

<sup>40</sup> Sobre estos aspectos, de lectura imprescindible resulta Percy García Cavero, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, J.M.Bosch Editor, Barcelona, 1999, pp.110/128.

se desempeñan ciertas competencias que pertenecen a dicho cargo. En tal sentido, la doctrina se pregunta si, en casos como éste ¿puede dicha calificación extender de alguna forma la responsabilidad penal a otras competencias de administración no asumidas?. La respuesta, desde nuestra perspectiva, debería ser negativa. En este sentido lleva razón García Cavero cuando afirma que: “la responsabilidad penal del administrador de hecho que ha asumido sólo determinadas competencias de administración, pero que se mantiene alejado de otras funciones de administración desempeñadas por otros miembros de la empresa (de derecho o de hecho) o no asumidas por nadie, se limita solamente a la organización de las competencias asumidas”<sup>41</sup>.

#### **IV.- Conclusiones.**

1.- El Título XIII del anteproyecto no importa un abandono del principio “societas delinquere non potest”. En tal sentido, consideramos que el documento analizado no incorpora la responsabilidad penal directa de la corporación. Se trata en cambio de previsiones que diseñan un sistema de responsabilidad penal administrativa que tiene como presupuesto la comisión de un delito por parte de las personas físicas que actúan en su representación.

2.- No obstante la naturaleza asignada, la imposición de sanciones administrativas conculca el principio de culpabilidad respecto de los miembros de la corporación ajenos a la decisión y comisión delictivas. En tal sentido, la previsión contenida en el párrafo 4° del artículo 67 no es suficiente garantía para evitar la tensión constitucional apuntada.

3.- La naturaleza administrativa de la sanción no permite eludir la problemática constitucional reseñada en la conclusión anterior. En tal sentido, en la actualidad, la doctrina científica es pacífica respecto a la inexistencia de diferencias cualitativas u ontológicas entre infracciones delictuales y administrativas. Como consecuencia de este presupuesto, los principios propios del Derecho penal convencional deben extenderse respecto del Derecho administrativo sancionador (entre ellos, en especial, el de culpabilidad y el de legalidad).

4.- Más allá de la tensión constitucional señalada, de mantenerse la decisión político criminal de establecer sanciones para las corporaciones estimamos que los textos propuestos (artículos 67 y 68) serían susceptibles de mejora. En tal sentido proponemos:

A) Que se adscriba la imposición de estas sanciones a determinados tipos de la parte especial; de esta manera – y al igual que sucede con la legislación española – se establecería un sistema de “numerus clausus”;

B) Que en el párrafo 1° del artículo 67, luego del operador deóntico utilizado (“podrán”) se incluya una cláusula en virtud de la cual se determine una concreta finalidad preventiva

---

<sup>41</sup> Cfr. *Responsabilidad penal (...)*, op. cit., p. 154. El autor ejemplifica con la siguiente hipótesis: “si una persona no nombrada como administrador se ocupa fácticamente con dominio social del área de distribución y ventas de la empresa, no responderá de los delitos contra el medio ambiente que pudieran producirse debido a la decisión del área de producción de la empresa de abrir las compuertas de desechos más allá de lo autorizado por las normas administrativas. En estos casos, la responsabilidad penal se determinará entre los sujetos que han participado de la organización de este sector” (op. cit., pp. 154/155).

especial que oriente al Juez sobre la conveniencia o no de aplicar la medida. Asimismo, se debería establecer un especial deber de fundamentación vinculado con aquella finalidad.

C) Es necesario definir el alcance de algunas de las sanciones que se establecen en el artículo 68.

5.- Representa una marcada evolución la incorporación de una cláusula de actuación en lugar de otro. El acierto de la inclusión es mayor aún dada la amplitud de su redacción que permite captar no sólo la actuación en nombre de una persona jurídica sino también respecto de personas físicas. Asimismo, debe reputarse como acertado el minucioso diseño de los casos de administración de hecho.