

PRÓLOGO

El profesor Marcelo Riquert, en un gesto de amigo que agradezco, me invitó a escribir el prólogo de su libro “Corrupción pública y *compliance* penal. Ley 27.401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas”.

Siempre he pensado que un buen libro (una buena conferencia, etcétera) es aquel que simultáneamente nos brinda información y —esto es lo importante— nos hace pensar el tema sobre el que trata, más allá de coincidencias o discrepancias con las ideas del autor.

Riquert expresa que habrá de hacer un análisis dogmático de la ley 27.401, esa es la labor que lleva a cabo y esa es la tarea del jurista. Nos dice, además, que no se ocupará de la discutida cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como tampoco de cuestiones criminológicas o de política criminal. Entiendo que en los trabajos de dogmática el jurista debe ocuparse de las normas. Los trabajos de criminología y política criminal, ciencias de difícil delimitación en cuanto a sus respectivos objetos, tienen otros campos de investigación.

En nuestro país es frecuente ver en estudios que se presentan como de teoría jurídico-penal consideraciones sobre cuestiones criminológicas o de política criminal —muchas veces hechas por voces no autorizadas—, que hacen difícil la comprensión de lo jurídico. Me limito al mundo de las normas, no soy criminólogo, pues carezco de la formación intelectual (sociología, antropología, psiquiatría, etcétera) que ese campo del saber implica.

Hecha la aclaración precedente confieso que la lectura del libro del profesor Riquert sobre la ley 27.401 renovó, en mis reflexiones, el interrogante: *¿es posible la responsabilidad penal de las personas jurídicas?*

Debo decir que en esta materia soy “conservador”. Intento exponer brevemente las razones de ello: en un Estado de derecho, por elementales razones de seguridad jurídica, cuesta pensar que la responsabilidad criminal no requiera como presupuesto esencial la *conducta* (acción u omisión) humana de quien habrá de ser penado. Causa profunda intranquilidad pensar que el Estado pueda imponer esa san-

ción tan grave llamada “pena” por lo que hizo otro, no por la conducta del penado. Qué tremendo pensar que se pueda imponer pena por actos de un familiar, amigo, socio, etcétera, o que se pueda castigar por simples pensamientos o por cierta pertenencia racial, religiosa. A modo de ejemplo, hay que recordar que el Código soviético de 1926 castigaba a familiares de militares que se fugaban, ¡aunque esos familiares ignorasen la fuga!

He aquí la importancia decisiva de la conducta propia como primer requisito de la pena; no en vano la Constitución Nacional, art. 18, ordena que nadie puede ser penado sin un “hecho” propio y “hecho” es acción u omisión. Hecho. El maestro Nuñez hace muchos años enseñó: “El hombre es delincuente por su propio hecho”. Y aunque parezca casi una obviedad, a esta altura de la civilización a la que decimos pertenecer, es inimaginable también pensar un derecho penal sin la *ley previa, escrita, estricta*, etcétera (de nuevo, art. 18, CN); aterra realmente pensar el principio de legalidad reemplazado por el “sano sentimiento del pueblo ...”, o por “... actos positivos de lucha contra la clase obrera y el movimiento revolucionario” o productos similares (pues los dictadores cambian, pero sus hábitos no); siempre hay que tener presente la célebre ley nazi del 28 de junio de 1935, modificatoria del párr. 2º del CP alemán, el art. 10 del Código ruso de 1922 o el art. 16 del Código ruso de 1926.

También es inimaginable y preocupante que haya responsabilidad penal *sin dolo o culpa*; su anulación —“prejuicios burgueses”, se dijo durante la dictadura de Stalin— es nada menos que ¡la responsabilidad objetiva!; responsabilidad por simple causación de efectos (por ejemplo, respondo porque el suicida se arrojó delante de mi auto; respondo por causaciones de otro o culpas ajenas, el empleado que maneja mi auto en forma imprudente mata y ¡termino siendo penalmente responsable de homicidio!). Es entendible la responsabilidad objetiva en el campo del derecho civil, respondo por las lesiones que a un tercero causó mi perro cuando se escapó de mi casa sin que haya sido culpa mía; en el derecho laboral, el patrón responde por la muerte del operario debida a la máquina recién comprada que por una falla de fábrica causó graves lesiones al trabajador. Pero hacer penalmente responsable en estos casos a quien lo es civilmente o a la luz del derecho laboral, sin duda que causa honda preocupación.

Quienes creemos en el derecho penal liberal, también pensamos que, además de todas esas exigencias, es necesario que quien lleva a cabo un acto doloso o imprudente, definido por la ley, actúe con cierto grado de libertad y conocimiento frente a la norma penal; no viene al caso escudriñar detalles de este requisito, simplemente recordemos que se lo llama “culpabilidad” (más allá de las discusiones que tengamos en torno a este concepto).

Todas las formas totalitarias de “derecha” o “izquierda”, de “arriba” o “abajo”, etcétera, tienen en común —la historia pasada y la de nuestros días son pruebas irrefutables de ello— que el derecho penal liberal es su “enemigo”, pues es un freno insostenible a toda forma autoritaria de organización política de la sociedad.

Por estas razones entiendo que el presupuesto esencial de la responsabilidad criminal en un Estado de derecho es el “delito” y “delito” es conducta, típica, antijurídica y culpable, más condiciones de punibilidad definidas por la ley penal liberal.

Sucede que nadie se atreve a decir que hay que abandonar estas pautas de imputación en materia criminal. Al menos nadie se atreve a aparecer en forma explícita como un “Atila” frente a estas reglas que forman parte de nuestra cultura jurídica y que han costado “sangre, sudor y lágrimas”.

A esta altura de la reflexión se impone este interrogante: *¿qué es el derecho penal de las personas jurídicas?*

Expresado en forma simple: son reglas de imputación de “responsabilidad penal”, más específicamente de imposición de penas, mediante las cuales se castiga con un plus de pena a ciertas personas individuales que cometieron determinados comportamientos sancionados por la ley penal. A la pena “tradicional”, de carácter absolutamente individual, gobernada por principios liberales (culpabilidad, proporcionalidad, personalidad, etcétera), se le suma una sanción que permite: 1) afectar bienes (téngase presente que la pena consiste en la privación de un bien jurídico al sujeto castigado), por ejemplo, el patrimonio, derechos, etcétera, de los que *no* es titular el autor del comportamiento sancionado por la ley penal; y 2) imponerse tal tipo de pena, en este caso, a ese sujeto de derecho “persona jurídica privada” a causa de un acto de una persona física.

Es posible que, en razón de este mecanismo de atribución de responsabilidad, sufran consecuencias jurídicas personas físicas que no intervinieron en comportamientos sancionados por la ley penal. Generalmente son sanciones vinculadas al patrimonio de la persona jurídica, multas, privaciones de derechos y/o beneficios de carácter económico y, otras veces, consecuencias que afectan la propia existencia de la persona jurídica, así, su disolución, suspensión temporal, etcétera; al respecto, véase el comentario al art. 7º de la ley en estudio.

Un ejemplo sencillo: directivos de una sociedad anónima realizan ciertos actos ilegales, por ejemplo, los enumerados en el art. 1º de la ley 27.401. Se impone cierta “pena” sobre el patrimonio de tal persona jurídica y, en consecuencia, se lesiona el patrimonio de directores que realizaron los actos ilegales, pero también el patrimonio de directores y accionistas ajenos a tales actos. En otras palabras, sufren, tal “pena”, “culpables” e “inocentes”.

Cuando se analiza con cierta atención este tipo de reglas, se advierten dos rasgos centrales y definatorios: 1) las mismas a pesar de ser de carácter “penal” pocas veces definen comportamientos punibles, un claro ejemplo es la ley motivo del libro del profesor Riquert; dicho con rigor, ninguno de los artículos de esta ley —a modo de ejemplo, el art. 1º— crea un tipo penal. Esto es lógico y he allí la causa de la problemática de este “derecho penal”, ¡pues es imposible pensar, por ejemplo, en una sociedad anónima haciendo un balance falso! El balance falso es hecho por personas físicas; 2) en principio, se asientan sobre la responsabilidad penal individual

construidas sobre los parámetros tradicionales; nuevamente a modo de ejemplo, véase lo dispuesto por el art. 2º, última parte, de la ley 27.401. Pero, a veces, parece que esta "responsabilidad penal" se aleja de los principios liberales y entonces comienzan los problemas.

Desde esta visión, que posiblemente no "esté a la moda", he leído el trabajo dogmático de mi amigo Riquert respecto a las reglas de la ley 27.401 y su esfuerzo por hacerlas compatibles con la Constitución Nacional.

Quiero ocuparme del estudio hecho por el autor de algunas de tales reglas. Se trata en primer lugar de "los delitos comprendidos en el régimen" y, obviamente, el trabajo de Riquert ratifica la idea antes expuesta: la ley no crea tipos (*Tatbestand*), simplemente establece que las sanciones a personas jurídicas privadas, consagradas por esta ley, se aplican a los delitos indicados en el art. 1º de la misma, cuyos alcances están definidos por el Código Penal. Dicho con otras palabras, una "persona jurídica privada" no puede cometer, por ejemplo, el delito sancionado por el art. 268, incs. 1º y 2º, del CP, o hacer un balance falso (art. 300, CP). Los autores de tales injustos solo pueden ser personas de existencia física.

Luego se trata la "responsabilidad de las personas jurídicas", art. 2º, allí explica el autor la falta de autonomía de la responsabilidad de este sujeto de derecho respecto de la persona física que actúa "en su nombre, interés o beneficio". Nos informa de la discusión en doctrina sobre la llamada "responsabilidad vicarial o heterorresponsabilidad": la persona jurídica responde siempre por delitos de personas físicas vinculadas a ella. Y, oh sorpresa, precisamente se discute que este sistema conduce a responsabilidad objetiva y ello es motivo de crítica. Preguntas: ¿por qué razón esa "culpa" por introducir responsabilidad objetiva en el mundo del derecho penal de personas jurídicas, si este campo nada tiene que ver con el "viejo" y "pasado de moda" derecho penal "liberal"?, ¿no es este "otro" derecho penal?

El estudio del art. 3º, "responsabilidad sucesiva" de personas jurídicas en supuestos 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 ...", cuya idea es transmitir la responsabilidad a la nueva persona jurídica, lleva al autor a señalar una falencia de esta norma y es la siguiente: "La regla del primer párrafo del artículo en comentario no contiene en forma explícita—como sí lo tenía el citado anteproyecto— una cláusula que deje a salvo los derechos de terceros de *buena fe* y limite la responsabilidad de la nueva persona jurídica a la proporción que correspondiere a la originariamente responsable. Era aquella una solución adecuada que ajustaba a las particularidades del sujeto las derivaciones del conocido principio de intrascendencia de la pena" (el destacado me pertenece). Esta observación de Riquert poniendo de manifiesto su preocupación por la lesión del principio de "intrascendencia de la pena" a la que habrá de conducir esta norma en ciertos casos, pone de manifiesto que el "viejo" derecho penal sigue creando "culpa" en los defensores/productores del "nuevo" (¿qué es?) derecho penal.

A esta altura de las reflexiones, pienso que ningún civilista cuando explica dogmáticamente la responsabilidad objetiva siente “culpa” por no construirla al margen de principios de “culpabilidad”, de “personalidad” de las sanciones, etcétera, propios del derecho penal. Aún más, si pretendiese hacer compatibles tales sistemas de responsabilidad es seguro que será criticado seriamente por otros especialistas de ese fragmento del mundo jurídico llamado derecho civil. Sin embargo, los penalistas del “nuevo” derecho penal siguen preocupados por el “viejo” derecho penal; es como un fantasma que molesta, ¿por qué será?, ¿a qué razón se deben estas preocupaciones a modo de “remordimientos”?

No le reprocho esto a Riquert, al contrario, su análisis del tema pone de manifiesto el problema con toda crudeza.

Tal vez, sea innecesario aclarar que nuestras observaciones a estas reglas, sobre responsabilidad penal de personas jurídicas, en este caso, privadas, no significan de manera alguna desconocer la gravedad de ciertos delitos generalmente aludidos con el término “corrupción”, vocablo con el que se designa a delitos contra la administración pública y otros, por ejemplo, contra el orden económico, en el que intervienen funcionarios y extraños, que causan graves consecuencias en términos sociales, así, privación de servicios de salud, educación, seguridad social, etcétera. Nada más de lejos de ello. Nuestras reflexiones se refieren a reglas jurídicas.

Quizá un momento de separación entre la responsabilidad individual de personas físicas y la de la persona jurídica es la regla consagrada por el art. 4º, cuando dispone que la extinción de la acción penal respecto de la persona física no extinguirá la acción penal respecto de la persona jurídica. Es probable que la subsistencia de la última se encuentre con inconvenientes de tipo prácticos. Imaginemos que se extingue la acción penal contra directivos de una sociedad anónima imputados del ilícito sancionado por el art. 300 del CP, por inexistencia del hecho o por atipicidad de la conducta (art. 336, incs. 2º y 3º, CPPN; art. 269, CPPF), ¿cómo se determina la existencia de tal delito a los fines de la imposición de la pena a la sociedad anónima, si no hay hecho ni autor a quien imputar? Luego analiza el autor la regla sobre prescripción de la acción para los delitos previstos en la ley señalando la peculiaridad de un monto único de seis años.

Otra cuestión interesante es la que surge del art. 6º de la ley: *“Independencia de las acciones. La persona jurídica podrá ser condenada aun 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”*. Lo que el autor señala es que más allá de la independencia de las acciones, porque no se pudo identificar o juzgar a la persona física que realizó el comportamiento que interesa a la ley, la responsabilidad de la persona jurídica depende del comportamiento permisivo —la tolerancia— de sus órganos, lo que pone de manifiesto otra vez la conexión o, mejor dicho, la influencia decisiva de la conducta de la persona física.

El estudio que se hace de las penas que consagra la ley (art. 7°) muestra claramente en qué consiste ese mecanismo normativo llamado “responsabilidad penal de las personas jurídicas”.

Dos cuestiones destaco sobre este punto. Primero, reproduzco estas palabras del autor que me eximen de mayor comentario: “Comenzando el análisis, hago hincapié en que ‘penas’ es la designación legal ya que para el amplio segmento de la doctrina argentina que se manifiesta en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es incorrecto llamarlas así, prefiriendo referirse a ellas como ‘consecuencias accesorias’, ‘sanciones administrativas’ o, incluso, ‘medidas de seguridad’ para estos entes ideales”. Segundo, señala el autor que esta ley “penal” parece “olvidar” —aquí la “culpa” no aparece— al “viejo” derecho penal, al dejar al arbitrio del juez escoger, entre una lista de penas, cuál de ellas imponer en el caso concreto; por ello decimos, ahora el “principio de legalidad” no provocó sentimientos de “culpa” al legislador, ahora sí estamos frente a un verdadero “nuevo” derecho penal liberado de “viejos prejuicios liberales”. Hace bien el autor en comparar la norma en cuestión con los arts. 304 y 313 del CP. En el primero, el legislador tuvo algún sentimiento de “culpa”, el derecho penal liberal ejerció algún remordimiento y entonces estableció que “... se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente ...”, el espíritu del principio de legalidad merodeó la cabeza del legislador (aunque no con mucha fuerza) y cuando redactó el segundo (art. 313, CP) el espíritu del principio de culpabilidad hizo su aparición en el Congreso y llevó a que se estableciera lo siguiente: “... Cuando se trate de personas jurídicas que hagan oferta pública de valores 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 ...”. Cuesta pensar que en un Estado de derecho la ley penal tenga que hacer semejantes “aclaraciones”. Bueno, ¿qué podemos esperar cuando es posible el decomiso antes que la sentencia condenatoria firme?! (art. 305, CP). Una aclaración al lector: en la Argentina rige el principio de inocencia y tiene rango constitucional (arts. 75, inc. 22, CN, y 8.2, CADH).

Se trata también (art. 9°) el instituto de la exención de pena, que es peculiar de leyes que sancionan comportamientos con consecuencias o referidas al ámbito económico. El autor hace un minucioso análisis de este mecanismo de eximición de responsabilidad penal.

Luego se ocupa de las normas que regulan la situación procesal de la persona jurídica privada sometida a proceso penal. Son normas que no son de fácil explicación, a modo de ejemplo, véase esta: “La persona jurídica tendrá los derechos y las obligaciones previstos para el imputado de acuerdo a lo establecido en los códigos de procedimiento, en cuanto le sean aplicables”. Es obvio que el lector se pregunta ¿cuáles son los derechos y obligaciones que la ley procesal consagra respecto del imputado “persona física” que son aplicables al imputado “persona jurídica”? El autor nos brinda elementos de derecho comparado y asume la dificultad del tema.

Y es en este campo que se estudian y explican las reglas que regulan notificaciones, representación, rebeldía, conflicto de intereses entre la persona jurídica y quien lo representa, registro nacional de reincidencia, competencia, competencia del juez federal.

Los capítulos siguientes tratan sobre el “acuerdo de colaboración eficaz” y “los programas de integridad”. El primer instituto está regulado por el art. 16, que dice: *“Acuerdo de colaboración eficaz. La persona jurídica y el Ministerio Público Fiscal podrán celebrar un acuerdo de colaboración eficaz, por medio del cual aquella se obligue a cooperar a través de la revelación de información o datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de sus autores o partícipes o el recupero del producto o las ganancias del delito, así como al cumplimiento de las condiciones que se establezcan en virtud de lo previsto en el art. 18 de la presente ley. El acuerdo de colaboración eficaz podrá celebrarse hasta la citación a juicio”*. Es realmente valioso el análisis normativo que el autor hace de esta figura, lo que es enriquecido con un muy interesante e importante estudio histórico de nuestra legislación y de derecho comparado, que permite aprehender el sentido y alcance de la regla mencionada. Se explica la confidencialidad del acuerdo o negociación y el contenido del acuerdo regulado por el art. 18 de la ley.

El programa de integridad está regulado en estos términos: *“Las personas jurídicas comprendidas en el presente régimen podrán implementar programas de integridad consistentes en el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley. El Programa de Integridad exigido deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica, de conformidad a lo que establezca la reglamentación”*. Otra vez, el autor lleva a cabo un minucioso análisis dogmático de la regla en cuestión, ayudado del derecho comparado, que pone de manifiesto el manejo de la materia por parte del profesor Riquert.

La obra culmina con algunas “conclusiones”. Es cierto, es innegable que el fenómeno de la corrupción es un gravísimo mal hoy expandido a nivel internacional; negar ello es imposible.

Pero también es cierto que leyes como la que es materia de estudio en la obra de Riquert nos hacen suscribir esta idea del autor: *“Tras la ‘americanización’ de la cultura jurídica y empresarial europea que describe Nieto Martín, sin duda, estamos en una instancia en que el contagio se proyecta sobre América Latina. No es más que otra muestra de la pérdida de soberanía en términos político-criminales. La decisión sobre qué y cómo penar se toma en escritorios muy alejados de nuestros territorios. Hay que firmar el contrato de adhesión para no quedar afuera del mundo globalizado”*.

El autor se interroga lúcidamente si no ha llegado el momento de plantearnos y cuestionar el “tabú” *societas delinquere non potest*. Respondo: es absolutamente

legítimo poner en tela de juicio tal axioma, pero al mismo tiempo debemos plantearnos si es posible, a los fines de enfrentar ese grave mal que es la corrupción, abandonar postulados centrales del derecho penal liberal que constituyen diques de seguridad frente al poder punitivo estatal.

Creo que la posición de quien escribe estas líneas habrá quedado clara al lector. Por ello invoco una vez más al maestro Nuñez cuando enseña que la pena no se justifica como simple respuesta a situaciones que sin duda pueden causar graves perjuicios sociales (por mi parte agregó, como son los delitos de corrupción), pues si así fuese, se podría castigar a la naturaleza cuando huracanes o inundaciones causan graves daños; no, la pena en un Estado de derecho solo puede tener un fundamento: la capacidad del hombre de conducta producto de su inteligencia y voluntad.

Por ello, concluyo compartiendo plenamente estas ideas del juez Zaffaroni, en su voto en la CSJN, el 30 de mayo de 2006, en "Fly Machine": "5º) Que más allá de lo que pueda establecerse en ciertas leyes de naturaleza penal, el requerimiento de conducta humana como presupuesto sistemático para la construcción del concepto de delito responde a una mínima exigencia de racionalidad republicana dentro del método dogmático jurídico-penal y su definición se halla condicionada por los contenidos que surgen de ciertos postulados de jerarquía constitucional, entre los cuales se destaca el *nullum crimen sine conducta*. 6º) Que en tal sentido, cabe relevar que de las expresiones "hecho del proceso y de la causa" (art. 18, CN) y 'las acciones' a que refiere el art. 19 constitucional —que *a contrario sensu*, serían acciones públicas (o privadas con implicancia pública)— surge el principio de materialidad de la acción (*nulla injuria sine actione*) según el cual ningún daño, por grave que sea, puede estimarse penalmente relevante sino como efecto de una conducta. Por lo demás, conforme a la incorporación del art. 75, inc. 22, de la CN se exige expresamente en varios textos de derecho internacional de los derechos humanos que solo pueden configurar delitos las acciones u omisiones (arts. 11, párr. 2º, DUDH; 15, párr. 1º, PIDCP; 9º, CADH y 40, párr. 2º, ap. a, CDN). 7º) Que por lo tanto, la construcción del concepto jurídico-penal de acción halla un límite concreto en ciertas coordenadas constitucionales en cuya virtud los delitos, como presupuestos de la pena, deben materializarse en conductas humanas, describibles exactamente en cuanto tales por la ley penal. 8º) Que, en síntesis, la operatividad de la máxima constitucional *nulla injuria sine actione* impone la delimitación del concepto jurídico-penal de conducta, sobre la base de un hacer u omitir que reconocería como único sujeto activo al ser humano, respecto del cual puede reaccionar el Estado con las penas legalmente previstas, excluyendo por ende a las personas jurídicas de acuerdo con el principio *societas delinquere non potest* (o *universitas delinquere nequit*); el cual salva además los irrenunciables principios de culpabilidad y personalidad de la pena (...) 11) Que más allá de lo expresado en torno al concepto de acción, existen otras limitaciones que no hacen viable la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En efecto, una de ellas está configurada por la imposibilidad de realizar a su

respecto el principio de culpabilidad dado que no resulta factible la alternativa de exigir al ente ideal un comportamiento diferente al injusto —precisamente por su incapacidad de acción y de autodeterminación—, negando así la base misma del juicio de reproche. En este sentido asiste razón al fallo apelado cuando afirma que la capacidad penal de una sociedad implica ‘la derogación de los principios que rigen la acción, la imputabilidad, la culpabilidad y la pena’ ”.

PROFESOR **NELSON R. PESSOA (UNNE)**

CORRIENTES, JUNIO DE 2020