

# Análisis dogmático de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con relación a los programas de *compliance*

María Florencia Masini<sup>1</sup>

El objeto del ensayo es determinar dónde corresponde situar al programa de cumplimiento o *compliance program* en la teoría de delito según los lineamientos previstos actualmente en el derecho positivo español y argentino. La categorización normativa de los protocolos de integridad como exención de pena no implica necesariamente su definición como causa de exclusión de la punibilidad. Por el contrario, su ubicación dogmática diferirá según se opte por al modelo de atribución de autorresponsabilidad o heterorresponsabilidad penal a la persona jurídica. En primer lugar, se efectuarán breves consideraciones sobre las previsiones normativas contempladas en el derecho positivo argentino y español. Asimismo, se sintetizarán algunas de las posiciones doctrinarias que aventuran sobre cuál es el modelo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica con consagración legislativa en ambos ordenamientos jurídicos. Finalmente, se analizarán los dos sistemas de imputación de responsabilidad penal empresaria más extendidos en la actualidad, en virtud de la influencia que éstos ejercen sobre la ubicación dogmática de la exención de pena de mención.

## Sumario

I. Introducción II. Normativa vigente en España y Argentina III. Exención de pena por programa de integridad *adecuado o eficaz* IV. ¿En qué categoría de la teoría del delito se ubica la exención de la pena? V. Reflexiones finales

---

<sup>1</sup> Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba y adscripta a la cátedra de Derecho Penal I de la misma universidad. Magister en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad Pompeu Fabra y Universidad de Barcelona. E-mail: flor.masini@gmail.com.

# I. Introducción

El presente trabajo buscará dilucidar cuál es la naturaleza de la eximente de pena vinculada al programa de cumplimiento o *compliance program* regulada tanto en el derecho penal español como argentino. Dicho programa consiste en un conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las organizaciones para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan; y, consecuentemente, establecer mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a los mismos<sup>2</sup>.

La hipótesis de trabajo elegida como punto de partida supone la efectiva comisión de un delito por parte de una persona física dependiente de una persona jurídica cuando ésta cuenta con un programa de integridad eficaz o adecuado a los riesgos propios de la empresa. Algunas posturas -a mi entender incorrectas- afirman que la existencia de estos protocolos de organización y gestión (en los términos exigidos por la norma) configura una causa de no punibilidad con relación a la responsabilidad penal del ente ideal.

Con el objeto de establecer cuál es la verdadera categorización del *compliance program* en la teoría del delito, en primer lugar, se efectuarán breves consideraciones sobre las previsiones normativas contempladas en el derecho positivo argentino y español. Asimismo, se sintetizarán algunas de las posiciones doctrinarias que aventuran sobre cuál es el modelo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica con consagración legislativa en ambos ordenamientos jurídicos. Finalmente, se analizarán los dos sistemas de imputación de responsabilidad penal empresaria más extendidos en la actualidad, en virtud de la influencia que éstos ejercen sobre la ubicación dogmática de la exención de pena de mención.

## II. Norma vigente en España y Argentina

Tanto el sistema jurídico penal argentino como el español prevén una excepción a la responsabilidad penal de la persona jurídica vinculada a la fase *post-ejecutiva* del programa de integridad. En este sentido, el artículo 9 de la ley que regula la responsabilidad penal empresaria argentina -nº 27.401, B.O. 01/12/2017- establece que *quedará eximida de pena y de responsabilidad administrativa la persona jurídica*, cuando (además de devolver la totalidad del beneficio obtenido y denunciar espontáneamente el delito previsto en

---

<sup>2</sup> *World Compliance Association*, s.f., recuperado de <http://www.worldcomplianceassociation.com/que-es-compliance.php>. (26 de junio de 2019).

esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna<sup>3</sup>) *...hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito (...).*

En términos similares, el artículo 31 bis del Código Penal español (Ley Orgánica 1/2015) exige para la exención de pena de la persona jurídica la verificación simultánea de las siguientes condiciones: *1. 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. 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. los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención; 4 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 grandes rasgos, el requisito central previsto por ambas legislaciones a efectos de la procedencia de la exención de pena podría resumirse en la implementación y ejecución de un programa de cumplimiento en forma eficaz o adecuada. La contracara de esta exigencia se observa en el texto legislativo cuando demanda un esfuerzo (en la ley argentina) o una elusión fraudulenta (en el código penal español) para sortear el *compliance program* por parte de los intervinientes en el delito. Considerando la importancia determinante que normativamente se atribuye a los programas de integridad en la ponderación de la responsabilidad penal empresarial, ambas normas sustantivas establecen elementos mínimos que debemos tomar en cuenta sobre el programa de integridad exigido (mapa de riesgos, protocolos o procedimientos, órgano de control, canal de denuncias, revisiones periódicas, entre otros, -art. 31 bis Código Penal español y arts. 22 y 23 ley argentina nº 27.401-).

Asimismo, y en el afán de delinear el concepto de eficacia/adecuación legalmente previsto para lograr el efecto desincriminatorio, en instrumentos reglamentarios se han diseñado guías técnicas integradas por

---

<sup>3</sup> Resultan interesantes en este punto las reflexiones de MONTIEL quien sostiene que una persona jurídica con un adecuado sistema de *compliance* no denuncia un hecho o no devuelve lo recaudado indebidamente, no tiene absolutamente nada que ver con la pregunta de si se encuentra bien o mal organizada. Ello no significa que dichas condiciones carezcan de importancia; todo lo contrario, ambas cosas deberían fomentarse en la ley. Sin embargo, no podrían condicionar la exención de pena, puesto que no hacen a la organización defectuosa de la persona jurídica. Cfr. MONTIEL, J. P. Apuntes sobre el nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho argentino. (2018a). *En letra: Derecho Penal, Año IV, número 6.*

una serie de parámetros o lineamientos sobre aquello que debe contener un sistema serio de prevención de ilícitos para diferenciarse de un modelo *cosmético -make up compliance-*. En España, la Circular 1/2016 de la Fiscalía General de Estado -FGE-, del 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015 efectúa una interpretación respecto de los requisitos que debe reunir un programa idóneo. En Argentina, la Secretaría de Ética Pública, Transparencia y Lucha contra la Corrupción hizo lo propio a través de la resolución 27/2018 (B.O. 4/10/18).

### **III. Exención de pena por programa de integridad *adecuado o eficaz***

La naturaleza jurídica de la eximición de sanción penal evidencia una conexión directa con el modelo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica que adopte el derecho positivo. Esta afirmación no pretende relativizar aquello que constituye el sentido de la previsión legal, ni tampoco aseverar que éste se exhiba como variable en los hechos. En cambio, y de manera similar a lo que ocurre con la demarcación de la responsabilidad criminal de la persona física cuyos fundamentos solventan el reproche penal a ella formulado, el esquema de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica al que adscriba el sistema jurídico vigente indefectiblemente atraviesa las reglas previstas. En consecuencia, los presupuestos asumidos como ciertos por aquel serán los puntos de partida que guiarán la tarea del intérprete del derecho<sup>4</sup>.

Se ha afirmado que cuando el art. 9 de la ley argentina n° 27.401 tipifica la exclusión de sanción penal utilizando los términos *quedará eximida de pena (...) la persona jurídica*, lo que hace la norma es definir a dicho instituto como una excusa absolutoria<sup>5</sup>. Ésta es una condición negativa cuya concurrencia no impide la antijuridicidad ni la culpabilidad, sino solo la conveniencia político-criminal de la pena por otras razones ajenas a la gravedad de la infracción que nada tienen que ver con la posibilidad de culpar al autor; por el contrario, se funda en razones de oportunidad, políticas, etc.<sup>6</sup> Igualmente, la Circular de la FGE antes

---

<sup>4</sup> En toda regulación sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica resulta fundamental partir de la clarificación del modelo de responsabilidad elegido por el legislador para que los aplicadores del Derecho estén en condiciones de interpretar más armónicamente la ley (Montiel, 2018b: 73). Profundizando aún más este argumento, VICTORERO afirma que “la opción por uno u otro modelo de atribución de responsabilidad excede el plano de la teoría del derecho penal y tiene implicancias extra-sistémicas que alcanzan al campo procesal” En VICTORERO, S. El modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la ley 27.401: los desafíos más allá de la cuestión dogmática (2019). *Derecho Penal y Criminología*, N° 1-2019.

<sup>5</sup> DURRIEU, N. La autodenuncia y otras exenciones de pena, *Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria*. (2018). Saccani, R. R.; Durrieu, N. (Directores) -1° Edición-. *La Ley*. P. 143.

<sup>6</sup> MIR PUIG, S. *Derecho Penal Parte General -10° Edición-*. (2016). Barcelona: Editorial Reppertor. P. 153.

citada, dispone en el apartado nº 20: *La cláusula de exención de la responsabilidad de la persona jurídica que incorpora el apartado 2 del art. 31 bis constituye una causa de exclusión de la punibilidad, a modo de excusa absolutoria, cuya carga probatoria incumbe a la persona jurídica (...).*

No obstante, a mi entender, aun cuando el cumplimiento de lo exigido por la ley conlleve a la eximición de sanción penal, esto no implica necesariamente que la conducta no penada constituya un injusto<sup>7</sup> culpable al cual, por diversas razones, se opta por dejar sin castigo. Es por ello que no debemos asumir que las normas analizadas regulan inexorablemente una causal de exclusión de la punibilidad del hecho delictivo. Corresponde, entonces, reflexionar sobre la naturaleza jurídica del supuesto bajo análisis o, en otras palabras, sobre cuál es su correcta localización en la teoría del delito.

## **IV. ¿En qué categoría de la teoría del delito se ubica la exención de la pena?**

Existe una controversia en la doctrina española a la hora de identificar si el legislador ha optado por el modelo de la heterorresponsabilidad o de la autorresponsabilidad de la persona jurídica. Por ejemplo, MIR PUIG afirma que “la reforma consagra un modelo de heterorresponsabilidad de la sociedad”.<sup>8</sup> En el mismo sentido, DIEZ RIPOLLÉS entiende que “la reforma penal española de 2010 ha optado por el sistema de imputación societaria basado en el modelo de transferencia de responsabilidad”.<sup>9</sup> En la postura opuesta, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ sostiene que “el respeto a los principios constitucionales (...) obliga a identificar aquellos elementos que (...) permitan fundamentar la responsabilidad de las personas jurídicas sobre su propio injusto”.<sup>10</sup>

El mismo debate se instaló entre los teóricos argentinos tras la sanción de la ley que regula la responsabilidad penal empresaria y sendas posturas han encontrado partidarios. En este contexto, NAZARENO EULOGIO expresa “aventuro ya que, a mi entender, el sistema por el cual se ha optado, pese a la deficiente técnica legislativa, es el de responsabilidad por el hecho propio”.<sup>11</sup> En la vereda contraria,

---

<sup>7</sup> El término injusto se utilizará a lo largo del presente trabajo como sinónimo de hecho típico antijurídico.

<sup>8</sup> MIR PUIG. Op.Cit. P. 839.

<sup>9</sup> DIEZ RIPOLLÉS, J. L. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española. (2012). *Indret 1/2012*. P. 14.

<sup>10</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa parte general -5º edición adaptada a la L.O. 1/2015-*. (2016). Valencia: Tirant Lo Blanch. P. 593.

<sup>11</sup> NAZARENO EULOGIO, J. L. La responsabilidad penal de las personas jurídicas Imputación al nivel del tipo objetivo y subjetivo. (2018). *El Derecho - Diario de Doctrina y Jurisprudencia*. ISSN 1666-8987, No 14.554, AÑO LVI, ED 280. P. 2.

LASCANO asevera: “pensamos que la ley 27.401 en realidad ha establecido un modelo de heteroresponsabilidad, también denominado de responsabilidad vicarial de la persona colectiva por el hecho ajeno”.<sup>12</sup>

### • Localización de la exención de pena en el modelo de la autorresponsabilidad<sup>13</sup>

Como es sabido, una de las principales críticas que se ha realizado a esta teoría versa sobre las dificultades de identificar y situar cuál es el hecho propio y concreto de la persona jurídica. No obstante, sus defensores afirman que el hecho típico del ente ideal consiste en un defecto de organización que permite o contribuye a la realización de conductas delictivas por parte de las personas físicas que actúan en su nombre<sup>14</sup> -un hecho propio de favorecimiento<sup>15</sup>-. Si consideramos que el legislador ha optado por este modelo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica, la eximición de sanción en cuestión deberá situarse en la parte objetiva del *tipo penal*; y, más precisamente, en el primer nivel de la imputación objetiva, es decir, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Para que la conducta causante de un resultado típico pueda considerarse realizadora de la parte objetiva del tipo es necesario que *ex ante* apareciese como una conducta creadora de un riesgo típicamente relevante.<sup>16</sup>

Los artículos citados en las páginas anteriores, tanto de la normativa argentina como española, legislan puntualmente este nivel de la teoría de la imputación objetiva: si se acredita la existencia de un programa de integridad eficaz o adecuado a los riesgos de la empresa, la conducta de la persona jurídica deberá catalogarse como atípica. En otros términos, si ésta ha instaurado (y ejecutado) protocolos con las características exigidas por la norma, no ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado y, por ende, no es procedente un reproche *ex post* por el resultado dañoso.

---

<sup>12</sup> LASCANO, C. J. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y compliance en la ley 27.401*. Relato efectuado el día 21 de agosto de 2018 en sesión ordinaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina. P. 8.

<sup>13</sup> Siguiendo este modelo, la responsabilidad de la persona jurídica no es resultado de una transferencia por la responsabilidad de la persona física, sino de su propia realidad como estructura organizada independiente de las personas que la hacen actuar. En: PEREZ ARIAS, J. *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. (2013). Tesis Doctoral. Murcia: Universidad de Murcia. Pp. 75 y 76.

<sup>14</sup> Cfr. NAVAS MONDACA, I. & JAAR LABARCA, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena. (2018). *Política criminal*, Vol. 13 (26), 1027-1054. Recuperado de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000201027>. P. 1033.

<sup>15</sup> Cfr. SILVA SANCHEZ, J. M. La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas. (2008). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Vol. 29. P. 135.

<sup>16</sup> MIR PUIG. Op. Cit. Pp. 259 y 260.

Aun cuando pueda predicarse que, en algún sentido, el programa de integridad “ha fallado” -lo cual quedaría evidenciado en virtud de la conducta delictiva que se ha llevado a cabo en el marco de la empresa pese a su existencia-, ello puede deberse a que el riesgo que se realiza en el resultado no haya sido previsible en cualquiera de las fases del programa de cumplimiento (no existe nexo de imputación entre riesgo y resultado, porque la empresa no ha creado un riesgo no permitido; en consecuencia, el resultado delictivo es un evento que le resulta extraño). En tal caso -diseño e implementación eficaz del protocolo de gestión y prevención de riesgos-, la mera corroboración *ex post* de la comisión delictiva (resultado dañoso) carece de relevancia penal para responsabilizar criminalmente al ente ideal. Se trata de un curso lesivo que deberá catalogarse como un riesgo extraño a lo que el programa buscaba prevenir, es decir, ajeno a su competencia. En los términos utilizados por las normas penales analizadas, este riesgo extraño se correspondería con la concurrencia de un esfuerzo o elusión fraudulenta del programa de cumplimiento por parte de los intervinientes en el delito para sortear los protocolos de actuación de la persona jurídica.

En suma, el *compliance program* incidirá directamente en la determinación de la creación de un riesgo prohibido, de manera que, si la empresa se ajusta a los estándares de la industria o sector de actividad en el que desarrolla su negocio, no creará un riesgo prohibido ni mucho menos un injusto de carácter penal. Se negará, asimismo, el segundo nivel de la imputación objetiva, pues no habrá riesgo alguno que deba materializarse en un resultado.<sup>17</sup> La existencia de modelos de organización eficaces constituiría, pues, un hecho negativo impeditivo para la apreciación de una tipicidad imputable al ente colectivo; o, si se opta por una teoría jurídica del delito bipartita, constituiría un elemento negativo del tipo.<sup>18</sup>

- **Localización de la exención de pena en el modelo de la heterorresponsabilidad<sup>19</sup>**

Una de las principales críticas que se efectúan a esta teoría radica en que se castiga a la persona jurídica aun cuando su dependiente -la persona física- obró de un modo no culpable o no ha sido identificado, desconociendo por completo esta regulación que ningún derecho penal moderno puede subsistir sin el

---

<sup>17</sup> En: RUIZ BALTAZAR, C. & PALOMINO RAMIREZ W. Incorporación de la responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas en el dictamen sobre el nuevo Código Penal ¿ahora si necesito un criminal compliance? (2015). *THEMIS-Revista de Derecho*, nº 68. P. 176.

<sup>18</sup> En: AYALA GONZALEZ, A. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: interpretaciones cruzadas en las altas esferas. (2019). *InDret 1/2019*. P. 6.

<sup>19</sup> Según esta teoría, la responsabilidad penal a la persona jurídica se manifiesta a través de la actuación de una persona física que la compromete con su previa actuación delictiva, siempre que se evidencie un hecho de conexión. (Conf. Circular 1/2016 de la Fiscalía General de Estado española sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica 1/2015, p. 5).

principio de culpabilidad.<sup>20</sup> A mi entender, esta observación puntualiza una consecuencia insalvable de esta postura: se impone una sanción penal a un agente por el injusto de otro sujeto no culpable. En otros términos, el derecho penal aplica una sanción por un suceso antinormativo que no ha podido ser atribuido -en términos penales- a una persona natural concreta y, no obstante, se *transfiere* una responsabilidad a la persona jurídica que, en rigor de verdad, no ha nacido.<sup>21</sup>

Cuando el ordenamiento jurídico establece que el ente ideal puede exonerarse de responsabilidad si se acredita -entre otras cosas- que no posee déficits organizativos, en realidad, introduce y valora una circunstancia ajena al hecho ilícito que da origen al reproche penal efectuado en su contra. Es decir, en el marco del proceso penal, la persona jurídica no debe demostrar su actuación correcta respecto del hecho concreto, por el contrario, debe acreditar que su manera de organizarse es adecuada o eficaz para afrontar los riesgos de la propia empresa. Por ejemplo, si existió una denuncia, el ente no debe acreditar qué fue lo que hizo al respecto, sino que tiene que demostrar que el canal de denuncias vigente es efectivo.

La valoración de programas de integridad a efectos del reproche penal implica -como mínimo- la inclusión de un rasgo de intervención delictiva propia del ente. Y es esta previsión legal, entre otras, la que ha llevado a ciertos autores a afirmar que la normativa contempla un sistema de *heterorresponsabilidad mixto*<sup>22</sup> y no puro. La realidad es que, dicho sistema también podría conceptualizarse como de *autorresponsabilidad mixto* o *mixto* a secas, teniendo en cuenta que las categorías de la teoría del delito -en las que se evaluarán aspectos de auto o heterorresponsabilidad- revisten la misma importancia en la configuración del hecho criminal. Si esta teoría combina aspectos de ambos modelos de atribución puede resultar sesgado o impreciso priorizar uno u otro en su *nomen iuris*.

La previsión de la exención de pena en los términos citados en los párrafos previos lograría dar respuesta a uno de los principales escollos que enfrentan quienes defienden la responsabilidad por transferencia: el castigo penal al ente ideal cuando la persona natural no es culpable. En este sentido, y en virtud de la tipificación de la eximición bajo estudio, se evidencia un cierto paralelismo con la teoría de la *accesoriedad limitada de la participación criminal* que exige al menos un hecho antijurídico del autor para que sea

---

<sup>20</sup> ROXIN, C. Nueva Doctrina Penal (1996). Extraído de GOMEZ-JARA DIEZ, C. *Tratado de Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Navarra: Civitas. P. 335.

<sup>21</sup> SILVA SANCHEZ. Op. Cit. 134.

<sup>22</sup> GOMEZ CONTRERAS, M. A & LICHTEMBERG BARAONA, C. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: confrontación y análisis de los modelos de imputación en Chile y el derecho comparado*. (2012). Recuperado de <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/112839>. P. 181.

precedente el castigo del partícipe.<sup>23</sup> Parece que el legislador ha acogido la *heterorresponsabilidad* (o autorresponsabilidad -según lo enunciado en el apartado precedente-) *limitada* como criterio de atribución: la acción u omisión del dependiente, calificada penalmente como ilícita, es la que se transfiere a la persona jurídica para poder evaluar, entonces, su propia culpabilidad.

En sustento de este criterio, MIR PUIG afirma que como la persona jurídica no responde en el caso de un actuar justificado de la persona física, de ello puede concluirse que la ley 1/2015 podría haber optado -del mismo modo que sucede con los intervinientes personas físicas que se encuentran en una relación de autoría/participación- por un modelo de accesoriadad limitada de la persona jurídica con respecto a la persona física que actúe en su nombre o representación<sup>2425</sup>.

A mi entender, la exigencia de un hecho antijurídico del dependiente y que luego deban concurrir en la persona jurídica los restantes presupuestos fundamentadores de su propia responsabilidad (del mismo modo que su inexistencia determinará la ausencia de reproche penal en su contra) no califica su intervención delictiva como partícipe. La propuesta esbozada en el párrafo anterior no da cuenta del verdadero lugar que ocupa la estructura de la persona jurídica en los eventos ilícitos cometidos en el marco de la criminalidad empresaria actual, considerando que se presenta como un personaje central por su influencia determinante o decisiva en el acontecimiento.<sup>26</sup>

En cambio, lo que sí resulta valioso para sortear la crítica citada, es que la identificación del hecho penalmente antijurídico del dependiente permite buscar, a continuación, la existencia de una relación subjetiva entre éste y la empresa -en calidad de autora- en función de la manera en la que ésta se autorregula. MARTINEZ-BUJAN PÉREZ esboza una breve crítica a esta propuesta, sin explayarse demasiado, al referir que dicha construcción obliga a buscar en la persona jurídica aquello que precisamente se ha considerado más difícil de hallar en ella: la culpabilidad.<sup>27</sup> En mi opinión, su observación no resulta

---

<sup>23</sup> VACCHELLI, E. La crisis de la accesoriadad limitada. (Noviembre/2015). *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, ISSN 0328-5642, Año 2014 - nº 2. P. 115.

<sup>24</sup> Mir Puig. Op. Cit. P. 845.

<sup>25</sup> En el mismo sentido, MONTIEL afirma que el modelo de la heterorresponsabilidad que podría llamarse más sofisticado, cuya lógica empieza a acercarse a la lógica de la participación, en donde tenemos un hecho principal que ha sido cometido por la persona física en el cual la persona jurídica acaba siendo simplemente un cómplice por generar un caldo de cultivo para que se produzcan una serie de ilicitudes. Entonces, la lógica de la imputación de la persona jurídica empieza a cuadrar mucho mejor con la lógica de la participación más que de una autoría propia y no sería una teoría de la heterorresponsabilidad en sentido estricto, pero estaría más cerca de ésta que de la autorresponsabilidad (Conf. MONTIEL, J.P. (30 de junio de 2019), entrevista con Andrea Zambriano Carpio y Marco Sulca Ychpas, recuperada de: <https://www.youtube.com/watch?v=u1Po-7Rs1dY>).

<sup>26</sup> ROXIN, C. *Derecho Penal Parte General – Tomo II, especiales formas de aparición en el delito*. (2014). Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas-Thomson Reuters. P. 75.

<sup>27</sup> MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ. Op. Cit. 593.

atendible. Primero, porque no desvirtúa su coherencia; segundo, debido a que las tensiones y rispideces que genera la responsabilidad penal de la empresa no se circunscriben a la culpabilidad y no resultan menores -sino todo lo contrario- en las restantes categorías de la teoría del delito.

Asumiendo como cierto que el legislador (español y argentino) ha optado por este modelo de atribución de responsabilidad, la exclusión de sanción se enmarcará, entonces, en la categoría de la *culpabilidad*<sup>28</sup>. En este contexto, si un programa de integridad eficaz niega la culpabilidad del ente, es dable afirmar -*contrario sensu*- que el sistema legal vigente ha receptado la construcción teórica que fundamenta su culpabilidad en el denominado *defecto de organización*, pudiendo comprenderse éste como un déficit de auto-regulación permanente en el tiempo. Examinar la existencia de dicho déficit equivale más bien a un reproche *por ser así* que no tiene relación con un acto puntual vinculado al evento delictivo cometido en su seno, sino que se vincula con su forma de obrar antes, durante e incluso después del agotamiento del delito. Un análisis que se extiende en el tiempo a efectos de determinar la responsabilidad penal no es en sí mismo incorrecto y se efectúa sin reparos en otras construcciones de la dogmática penal, *i.e. actio illicita in causa*.

Dicho examen involucra, de cierta manera, un análisis de la *conducción de la vida de la empresa* (Heine, 1996: 11) a efectos de esclarecer si se la puede hacer responsable por el suceso criminoso. Esta postura presenta ciertas ventajas, como, por ejemplo, dar cuenta de que la configuración de la responsabilidad de la persona jurídica se proyecta en el tiempo y va más allá del perfeccionamiento del hecho delictivo del dependiente. Por otra parte, muchas de las críticas esbozadas en contra de dicha concepción<sup>29</sup> se diluyen cuando se trata de un ente ideal, porque éstos son ajenos a vivencias o cargas genéticas únicamente predicables respecto de seres humanos. En este sentido, se ha sostenido que la manera de ser culpable desarrollada en este apartado implica aceptar la vigencia del derecho penal de autor en la configuración de la responsabilidad penal de la persona jurídica.<sup>30</sup>

Definitivamente, la analogía con el derecho penal de autor resulta falsa. Los entes ideales carecen de una capacidad de ser equiparable a la de las personas naturales. Éstas no son iguales a las jurídicas y la idea de que existe una forma de ser de la empresa es poco plausible. Las personas físicas, a diferencia de las personas jurídicas, si desarrollan planes de vida, buenos o malos; eso es lo que no se puede castigar en tanto no se lesione bienes jurídicos de terceros. Las personas jurídicas, por el contrario, no tienen esa

---

<sup>28</sup> En este sentido, SILVA SANCHEZ afirma "la existencia de modelos de prevención constituye un problema de culpabilidad del ente". En: SILVA SANCHEZ, J. M. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*. (2016). Madrid: Edisofer SRL. P. 400.

<sup>29</sup> ZAFFARONI, E. R. *Manual de Derecho Penal Parte General* – 6º edición. (1997). Buenos Aires: Ediar. Pp. 517 a 520

<sup>30</sup> SILVA SANCHEZ. 2016. Op. Cit. P. 314.

posibilidad de desarrollar planes de bien, sino que tienen un objeto preestablecido al que deben ajustarse. Entonces, no es correcto decir que el derecho penal la castiga por lo que es, ya que ella, desde su nacimiento, debe ser de acuerdo con lo que le manda, en Argentina, la ley de sociedades comerciales y, en España, la ley de sociedades de capital -entre otras-.

En otro orden de ideas, la opción por uno u otro de los modelos descriptos impacta directamente en la configuración de la responsabilidad civil *ex delicto* de la persona jurídica y en el reproche penal que pudiera corresponder a otros intervinientes criminales. En efecto, si se afirma que la exención de pena debida al programa de *compliance* eficaz excluye la culpabilidad del ente, el hecho penalmente ilícito no se reprochará a la persona jurídica; pero aun podrá afirmarse su antijuridicidad (estaríamos en presencia de un injusto no culpable). Entonces, si se concluye que el comportamiento es antijurídico, se derivan -al menos- dos consecuencias importantes: por una parte, habrá responsabilidad civil *ex delicto* del ente ideal y, por otra, existirá la posibilidad del castigo de eventuales partícipes.

En cambio, no es un corolario menor el que resulta de los postulados de la teoría de la autorresponsabilidad, considerando que nada de ello sucederá si -como lo afirma esta postura- la existencia de un programa de cumplimiento adecuado excluye el tipo penal. Esto es así, porque se exige (salvo supuestos excepcionales<sup>31</sup>) la antijuridicidad penal del comportamiento para que nazca la responsabilidad civil *ex delicto*. Entonces, si la implementación de un *compliance program* eficaz suprime el tipo penal, necesariamente queda descartado el análisis de la antijuridicidad de la conducta. En lo que respecta a la participación criminal, incluso el criterio que menos demanda en la conducta del autor (teoría de la accesoriadad mínima) reclama que el hecho principal sea típico para que proceda el castigo del partícipe. Si para la doctrina de autorresponsabilidad la tipicidad del comportamiento de la persona jurídica queda excluida cuando el programa de integridad es eficaz, no habrá posibilidad de extender el reproche penal a eventuales intervinientes.

## V. Reflexiones finales

Teniendo en cuenta que tanto el legislador argentino como el español omitieron una mención expresa respecto del modelo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica por el cual optaron, se abre un espacio de debate con relación a cuál es la ubicación de la exención de pena vinculada a la

---

<sup>31</sup> En realidad, ni siquiera requiere siempre la antijuridicidad penal de la conducta, como se pone de relieve a propósito de los casos de estado de necesidad agresivo. En: SILVA SANCHEZ, J. M. ¿"ex delicto"? Aspectos de la llamada "responsabilidad civil" en el proceso penal. (2001) *InDret* 03/2001. P. 6.

existencia de un programa de organización y gestión eficaz o adecuado. Asumiendo que el sistema elegido por la ley es el de la *autoresponsabilidad*, un protocolo de cumplimiento idóneo excluirá la tipicidad del hecho de la persona jurídica.

Si consideramos que la propuesta dogmática receptada en el plano legislativo es el modelo de la *heteroresponsabilidad limitada* -tal como fuera conceptualizado en los párrafos anteriores- aquello que se transfiere de la persona natural a la empresa se limita al hecho típico antijurídico y la existencia de un *compliance program* apropiado negará la culpabilidad del ente ideal. La valoración de programas de integridad a efectos del reproche penal de la persona jurídica implica -como mínimo- la inclusión de un rasgo de intervención delictiva propia del ente, es por ello que en los sistemas jurídicos analizados no puede predicarse la existencia de un modelo de heteroresponsabilidad puro.

Si el *compliance program* que excluye la pena es aquel que resulta eficaz o adecuado a los riesgos de la actividad empresarial, la responsabilidad penal quedará fundamentada -*contrario sensu*- en la existencia de un programa de integridad ineficaz o inadecuado o, en otros términos, debido a un defecto de organización. A mi entender, la valoración del déficit organizativo no tiene las mismas implicancias ya sea que se analice en el injusto (tipo o antijuridicidad) o en el reproche personal o individual (culpabilidad). Esto es así porque en el primer supuesto, dicho déficit da cuenta de aquello que podría llamarse un estado de cosas penalmente antijurídico<sup>32</sup> y permite definir la culpabilidad del ente en otros términos (por ejemplo, a través de un concepto funcional de culpabilidad). Mientras que, si el defecto organizativo se analiza con el fin de atribuir un evento ilícito a una persona jurídica determinada, dicha configuración legal obliga a definir su culpabilidad necesariamente en esos términos. A mayor abundamiento, la elección de uno u otro de los modelos descritos tiene serias implicancias en la configuración de la responsabilidad civil *ex delicto* como así también en la posibilidad de castigo a eventuales partícipes criminales.

## Bibliografía

AYALA GONZÁLEZ, A. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: interpretaciones cruzadas en las altas esferas. (2019). *InDret 1/2019*.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española. (2012). *Indret 1/2012*.

---

<sup>32</sup> SILVA SANCHEZ. 2016. Op. Cit. Pp. 358 y 359.

- DURRIEU, N. La autodenuncia y otras exenciones de pena, *Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria*. (2018). Saccani, R. R.; Durrieu, N. (directores) -1º Edición-. *La Ley*.
- GOMEZ CONTRERAS, M. A & LICHTENBERG BARAONA, C. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: confrontación y análisis de los modelos de imputación en Chile y el derecho comparado*. (2012). Recuperado de <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/112839>
- HEINE, G. La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales. (1996). *Anuario de Derecho Penal, Vol. 96*.
- LASCANO, C. J. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y compliance en la ley 27.401*. Relato efectuado el día 21 de agosto de 2018 en sesión ordinaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina.
- MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa parte general -5º edición adaptada a la L.O. 1/2015-*. (2016). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- MIR PUIG, S. *Derecho Penal Parte General -10º Edición-*. (2016). Barcelona: Editorial Reppertor.
- MONTIEL, J. P. Apuntes sobre el nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho argentino. (2018a). *En letra: Derecho Penal, Año IV, número 6*.
- MONTIEL, J. P. Ley 27.401 y criterios para determinar la idoneidad de los programas de integridad, Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria. (2018b). Saccani, R. R.; Durrieu, N. (directores) -1º Edición-. *La Ley*
- MONTIEL, J.P. (30 de junio de 2019), entrevista con Andrea Zambriano Carpio y Marco Sullca Ychpas. Recuperada de: <https://www.youtube.com/watch?v=u1Po-7Rs1dY>.
- NAVAS MONDACA, I. & JAAR LABARCA, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena. (2018). *Política criminal, Vol. 13 (26)*, 1027-1054. Recuperado de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000201027>

- NAZARENO EULOGIO, J. L. La responsabilidad penal de las personas jurídicas Imputación al nivel del tipo objetivo y subjetivo. (2018). *El Derecho - Diario de Doctrina y Jurisprudencia*. ISSN 1666-8987, No 14.554, AÑO LVI, ED 280.
- PEREZ ARIAS, J. *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. (2013). Tesis Doctoral. Murcia: Universidad de Murcia.
- ROXIN, C. Nueva Doctrina Penal (1996). Extraído de GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Tratado de Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Navarra: Civitas.
- ROXIN, C. *Derecho Penal Parte General – Tomo II, especiales formas de aparición en el delito*. (2014). Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- RUIZ BALTAZAR, C. & PALOMINO RAMIREZ W. Incorporación de la responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas en el dictamen sobre el nuevo Código Penal ¿ahora si necesito un criminal compliance? (2015). *THĒMIS-Revista de Derecho*, nº 68.
- SILVA SANCHEZ, J. M. ¿ “ex delicto”? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal. (2001) *InDret* 03/2001.
- SILVA SANCHEZ, J. M. La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas. (2008). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Vol. 29.
- SILVA SANCHEZ, J. M. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*. (2016). Madrid: Edisofer SRL.
- VACCHELLI, E. La crisis de la accesoriedad limitada. (Noviembre/2015). *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, ISSN 0328-5642, Año 2014 - nº 2.
- VICTORERO, S. El modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la ley 27.401: los desafíos más allá de la cuestión dogmática (2019). *Derecho Penal y Criminología*, N° 1-2019.
- World Compliance Association*, s.f. Recuperado de <http://www.worldcomplianceassociation.com/que-es-compliance.php>
- ZAFFARONI, E. R. *Manual de Derecho Penal Parte General – 6º edición*. (1997). Buenos Aires: Ediar.