

**SOCIEDADES Y RESPONSABILIDAD PENAL:
TEORIA Y PRACTICA**
**(Un analisis comparativo entre los modelos
de Alemania Federal, USA y América Latina)**

**(CORPORATIONS AND PENAL RESPONSIBILITY: Theory and Practice.
A Comparative Analysis Between West Germany, USA and Latin American Models)**

Jaime E. Malamud Goti
Universidad Católica de
La Plata, Argentina

RESUMEN

El derecho penal común se muestra ineficaz para prevenir los delitos que se originan en el seno de las grandes empresas. Quienes toman las decisiones son rara vez alcanzados por la sanción penal-criminal. Esto obliga a establecer otro tipo de medios punitivos a fin de complementar o sustituir a los penales. Estos medios consisten, esencialmente, en penalizar a las sociedades o a sus funcionarios superiores en base a criterios indirectos o de responsabilidad derivada o vicaria. El autor se ocupa fundamentalmente de los límites éticos a los que deben contrefirse las sanciones basadas en la responsabilidad indirecta o los puramente vicariantes. La primera parte del trabajo (I) realiza un estudio comparativo de los sistemas alemán y norteamericano para enseñar cuales son los problemas que se le presentan al juez o al legislador. La parte (II) encara el tema de los límites éticos de la sanción social en abstracto examinando, para ello, cuestiones tales como la diligencia debida y el acto de empleo. La última parte (III) se refiere al problema de aplicar criterios de responsabilidad indirecta o derivada a quienes toman las decisiones: la omisión y la negligencia frente a las conductas ilícitas ejecutadas por los agentes directos.

ABSTRACT

Traditional criminal law has shown its inadequacy to meet delinquency originated in large corporations and other groups. Decision making officials are rarely reached by the criminal sanction. This phenomenon brings about the requirement of resorting to means of a different nature than criminal punishment to either substitute or complement the latter: vicarious liability or derivative responsibility.

In essence the author tackles the ethical limits to which vicarious liability and derivative responsibility should restrain. The first part of the article (I) is a comparative analysis of the American experience and the German legal system; this part aims to point out the set of problems that judges and legislators often face. Part II focuses on ethical abstract questions related to the limits of group and vicarious liability. It deals with topics such as the act of employment and the due diligence defence.

The last part (III) is referred to a set of problems related to the application of derivative or indirect responsibility of decision making corporate officials: omission and negligence before the act of the direct perpetrator.

I.— LOS MODELOS ALEMÁN Y NORTEAMERICANO

1.— La insuficiencia del derecho penal tradicional como medio de controlar conductas ilícitas vinculadas a la actividad empresarial es hoy en día evidente. De la verdad de esta afirmación da cuentas el simple hecho de que rara vez son aplicadas sanciones punitivas a personas diferentes de los agentes directos de las transgresiones; y estos agentes directos son casi siempre empleados o funcionarios de rango inferior. Como es dable contemplar que la mayoría de los delitos y contravenciones de este tipo obedecen a presiones ejercidas sobre el autor por el grupo que opera en la empresa, la sanción penal es necesariamente ineficaz. Es ineficaz porque los condenados son intercambiables y su posibilidad de influir sobre el comportamiento del grupo es prácticamente nula. De esta suerte, a menos que se apele a un infundado optimismo, es dable esperar que quien suceda en su cargo al autor inmediato de la transgresión, se verá expuesto a los mismos estímulos que su predecesor y casi con certeza terminará por imitarlo¹.

El panorama precedentemente expuesto apunta a acreditar que la instauración de un régimen que penalice a las sociedades es hoy en día imprescindible. Sin embargo, la adopción de esta estrategia, combinada con la de sancionar a los directivos y funcionarios superiores en virtud de criterios diferentes a los del derecho penal (en sentido estricto) presenta dificultades. Estas dificultades se originan en la persecución de un máximo de eficacia obtenible, al mismo tiempo, sin contradecir convicciones morales básicas.

Entiendo que la mejor manera de presentar un panorama de los problemas y dudas que surgen si se quiere implantar un sistema de sanciones contravencionales es ofrecer modelos donde estos problemas han sido abordados luego de la meditación suficiente como para enseñar algunas orientaciones que resultan útiles.

2.— Las sanciones a sociedades en el derecho alemán vigente.

a. La responsabilidad de las sociedades responde, en Alemania, a un sistema estructurado a modo de parte general en el Código contravencional federal (OWiG). Allí se establecen los presupuestos de las personas colectivas por los hechos de sus agentes, ya sea que estos hechos estén previstos como delitos o como faltas de cualquier tipo; pues abarcan

desde las contravenciones de tránsito hasta las complicadas maniobras monopólicas. Se trata, de cualquier manera, de un esquema cerrado y complejo.

Los aspectos político-criminales esenciales del sistema, elaborado ya a lo largo de décadas, se desprende de los § 9, 30 y 130 de OWiG, aunque razones expositivas aconsejan examinar esas disposiciones en un orden diferente.

El § 30 prevé la imposición de multas contravencionales (Geldbusse²) como "sanciones accesorias" a las sociedades cuando un agente revestido de cierta representatividad (calidad exigida al autor) cometiera una contravención o un delito, siempre y cuando la transgresión guarde conexidad con la actividad o giro comercial de la persona colectiva. Los mismos principios son aplicados también a otros grupos de personas que no constituyan una sociedad en sentido técnico.

a.1. Con relación a la calidad que debe revestir el infractor, se exige, que este agente sea la persona instituida como órgano representativo; cuando el órgano es colegiado es suficiente que el transgresor sea un miembro de aquel. El apoderado se halla en un pie de igualdad a los primeros.

Las exigencias apuntadas rigen tanto para las personas colectivas con "capacidad jurídica" como para las que carecen de esa capacidad.

b.1. En lo relativo a la naturaleza de la transgresión —contravención o delito—, y su vinculación con la actividad societaria, se prevén dos supuestos: 1) que la violación importe el quebrantamiento de deberes que vinculan a la sociedad misma (un ejemplo lo constituye la obligación de declarar correctamente los ingresos a los efectos impositivos); 2) que la acción prohibida enriquezca a la persona colectiva, ya sea que dicho beneficio sea real o que constituya meramente una expectativa o meta perseguida por la acción.

El máximo de la multa de que son posibles las personas jurídicas dependerá del alcance de la transgresión: si el "hecho principal" consiste en un delito doloso ese máximo ascenderá a los cien mil marcos; si es culposos, a cincuenta mil. En cambio, si el hecho constituye una contravención, el máximo de la multa o Geldbusse ascenderá al máximo de la prevista para esa falta. En todos los casos, si hubiese una ganancia superior a las sumas consignadas, la sanción importará la pérdida total de dichos bene-

ficios (Abführung des Mehrelüses) (parágrafos 17 y 30 del OWiG).

b. El § 30 estatuye, también, que cuando por “razones de hecho” (Tatsächlich) no se haya de perseguir o castigar al transgresor (individual) reputado “principal”, por su hecho, se podrá imponer una **Geldbusse** independientemente contra la persona colectiva, cuando concurrieran los requisitos mencionados “...Lo mismo sucederá cuando el tribunal se abstenga de imponer la pena o sanción administrativa, o cuando, en virtud de razones procesales, no se pueda llevar adelante la acción y así lo decidiera la autoridad jurisdiccional administrativa, el tribunal, o ambos de común acuerdo.” El principio de **oportunidad** que consagra la última parte de la disposición citada ha conducido a que sean numerosos, en la práctica, los casos en que la causa se prosiga solamente contra la persona colectiva, dejándose a un lado la posibilidad de sancionar al individuo infractor a consecuencia de una decisión tomada por la autoridad administrativa³. Esta circunstancia ha permitido que se cuestionara en doctrina que la **Geldbusse** del § 30 importe en verdad una sanción accesoria a pesar de la expresa declaración de la disposición en tal sentido⁴.

La cuestión relativa al ámbito de la autoría (a la calificación del agente) ha dado pie a polémicas doctrinales relativas a la aplicación del parágrafo 30 en los casos en que el autor resulta ser un “gestor arbitrario” del propio órgano o de aquellos otros que, sin revestir calidad personal de funcionarios, hubiesen adquirido, de hecho, un apreciable grado de control o influencia sobre el manejo del patrimonio y negocios sociales⁵. Aunque en cierta forma la “laguna de punibilidad” quede zanjada con la reciente incorporación del § 30 OWiG, que contiene, como se verá, tipos omisivos de vigilancia para el órgano directivo (**Aufsichtspflicht**), existen casos en que el principio del **nullum crimen nulla poena** confr. § 30 obliga a declarar impunes. Para la aplicación del § 30 se admite, en general, sin embargo, que basta con que el órgano (o su miembro) obre dentro del límite de los negocios de la empresa (actividad **intravires**), aunque no sea precisamente competente para ejecutar u ordenar el acto concreto⁶.

El problema de la sanción sin culpabilidad a que conduce la aplicación del § 30 remite necesariamente al tema más generalizado relativo a las diferencias entre la sanción penal **stricto sensu** y la contravenicional⁷.

En punto a las relaciones que han de existir entre la acción punible por aplicación del § 30 —ejecutada

por el órgano o apoderado— y la actividad social, suscita pocas dudas la hipótesis en que se violen deberes sociales o que se obtenga un beneficio patrimonial. Surgen problemas de adecuación, en cambio, cuando la ventaja patrimonial no es obtenida sino sólo procurada.

El tema de la infracción derivada del quebrantamiento de obligaciones de la sociedad ha dado pie al distinguo entre aquellos deberes genéricos de inspección y vigilancia a cargo de las autoridades sobre las conductas de quienes hacen uso o disponen del patrimonio de la empresa (**Aufsichtspflicht**), y otros más concretos. Estos últimos son los atinentes a la naturaleza específica de los negocios emprendidos⁸ y la variedad de obligaciones impide clasificarlas: los importadores deberán cumplir con las exigencias aduaneras; los fabricantes y expendedores de alimentos estarán sometidos a reglamentos de higiene; los transportistas deberán adoptar recaudos para la seguridad en el tránsito.

El § 30 prevé también el comiso de los instrumentos del delito o falta (§ 22 OWiG). El carácter de esta disposición parece hallarse más allá de toda discusión, excepto en aquellos casos en que los instrumentos de la acción transgresora deben ser reputados peligrosos; en este caso se podrá hablar de una medida de seguridad.

c. El § 9, OWiG, similar al 14 del actual StGB (Código Penal) contiene una regla destinada a salvar escollos tradicionales relativos a la calidad requerida para el autor en los delitos y contravenciones especiales. Dispone lo siguiente: Quien, como órgano (o miembro de ese órgano) o representante legal o apoderado de una persona colectiva, cometa un delito o contravención actuando en ese carácter, quedará investido de las características de autor del mandante o representado, según los casos. Esto quiere decir lo siguiente: si la ley prevé infracciones punibles para, “los importadores”, por ejemplo, revestirá la condición de “importador” el mandatario que ejecutase la acción prohibida actuando en representación de la sociedad importadora.

La disposición citada resuelve, en alguna medida, las dificultades creadas por el llamado “autor por encargo” en los delitos especiales, tema que ha dado pie a discusiones no del todo resueltas durante la vigencia del StGB de 1871⁹.

Como es sabido, los delitos especiales son aquellos en que la acción antijurídica sólo puede ser emprendida por un círculo limitado de personas especial-

mente calificadas por el derecho: “funcionario”, “abogado”, “médico”. Sólo un funcionario puede malversar caudales públicos; para prevaricar es imprescindible ser juez o abogado¹⁰. La inexistencia de una disposición que capte las acciones ejecutadas por quienes no revisten las calidades de autor (aún cuando actúen por instigación o ayuda de una persona calificada) en el StGB de 1871, creaba un considerable ámbito de impunidad, aunque no mediaran impedimentos éticos para condenar. En los casos señalados, quien ejecutaba la conducta prohibida, debía permanecer impune aunque actuase por encargo de una persona en quien sí concurrían los requisitos exigidos para que la conducta estuviese prohibida. El primero no podía ser considerado autor en un sentido técnico, ya que carecía, como se explicó, de los recaudos exigidos por la ley penal¹¹. El segundo, en cambio, que efectivamente se hallaba investido de la condición requerida, no había ejecutado la acción prohibida. Por estas razones la conducta de ambos debía quedar exenta de castigo a menos que se pudiese establecer que el último se había valido del primero como instrumento. Por esta vía indirecta se castigaba al autor calificado como autor mediato¹².

Al ser admitida, de la forma y con las limitaciones expresadas en los § 14, StGB y 9, OWiG, la transmisibilidad de la calidad de autor, se resuelve —al menos en parte— el problema apuntado. Más especialmente, en el plano del derecho penal-administrativo, el agente (individual) estará en condiciones, entonces, de trasgredir los deberes impuestos a la sociedad. A fin de aclarar la cuestión, se dirá que el apoderado transgrede las normas impuestas al exportador, aunque este exportador sea solamente el poderdante y, para el caso que nos interesa, la persona colectiva. De la misma manera, el director omite —típica y antijurídicamente— ingresar al fisco los tributos correspondientes a la empresa, aún cuando sea la última la obligada a ingresarlos, y no el propio omitente en persona.

Con todo, los autores más destacados han formulado serias críticas respecto de las disposiciones citadas ya que ellas no resultan suficientemente abarcativas:

a) En primer lugar, las condiciones de autor a que se refieren los § 9 OWiG, y 14 StGB, sólo son objetivas. Quedan, por ende, excluidos de estas reglas ciertos elementos subjetivos que deben hallarse presentes en el transgresor. El *animus rem sibi habendi* de la defraudación o el fin de lucro pueden no aparecer en el agente, en cuyo caso el principio del *nullum crimen nulla poena impediría* imponer la

sanción correspondiente¹³.

b) La transmisibilidad de circunstancias objetivas de la autoría tampoco puede alcanzar a los delitos de propia mano (*Eigenhändigdelikte*), como el caso de las declaraciones (verbales) falsas ante la autoridad impositiva¹⁴. Entre los penalistas se designa por delitos de mano propia a aquellos que no admiten ni la autoría mediata ni la co-autoría en virtud de la estructura de los tipos.

d. El § 130 del OWiG prescribe lo siguiente: “Quien, en el carácter de propietario o titular de una empresa —dolosa o culposamente—, omitiese adoptar las medidas de vigilancia necesarias para evitar la realización de infracciones amenazadas con pena y vinculadas a la actividad de la empresa, será punible por contravención, si al cometerse una contravención o delito se acredita que la aplicación de la vigilancia debida hubiese evitado esa falta o delito”.

El § 130 crea un deber contravencional de vigilancia (*Aufsichtspflicht*) que da origen a tipos de omisión propia: el titular de la empresa debe ejercer la vigilancia, control e inspección necesarios para evitar que sus subordinados cometan, con motivo de la actividad de la empresa, infracciones penales o contravencionales¹⁵. Se entiende, por lo general, que el tipo se cumple con la mera omisión, constituyendo el delito o falta meras condiciones objetivas de punibilidad¹⁶. La posibilidad de “construir” la responsabilidad del empresario directamente a partir del delito principal, en virtud de las reglas de la omisión impropia, no aparece excluida, pero esta responsabilidad debe fundarse no sólo en la regla abstracta del § 130, sino también en otras circunstancias atinentes a la especial situación del titular. Se dice que este debe hallarse en una situación de señorío o dominio frente al curso de los hechos que conducen al resultado¹⁷.

De la manera indicada se extiende sensiblemente el ámbito de la responsabilidad societaria, dándosele también cabida por los hechos ejecutados por subordinados cuando, en el caso, el órgano también se hace pasible de una imputación —contravencional— consistente en haber omitido vigilar al empleado, “denotando así una falla organizatoria”¹⁸. El órgano puede o bien actuar directamente transgrediendo la ley o bien omitiendo vigilar a los subordinados dando a estos oportunidad de realizar esa transgresión.

La regla del § 130, OWiG, ha sido pasible de críti-

cas por parte de algunos autores sobre la base de que la disposición no resulta lo suficientemente abarcativa. He aquí las dos deficiencias primordiales que se le han señalado:

a) El hecho de que el legislador haga referencia al "titular como tal" permite imputarle todos aquellos delitos o contravenciones especiales relativos a la actividad específicamente empresaria, pero deja afuera las trasgresiones comunes que pueden derivarse de los peligros generados por el tráfico de la sociedad, por ejemplo, lesiones y homicidios culposos¹⁹ y que aparecen en los códigos penales como delitos tradicionales.

b) La regla alude a personas de jerarquía en el manejo de la empresa, quienes, dadas las circunstancias y complejidad de la organización, bien pudieron delegar lícitamente la obligación de vigilar. En estos casos se debería decidir la cuestión por la impunidad²⁰.

De cualquier forma, el cuadro de la responsabilidad queda planteado en los siguientes términos:

Si un empleado o funcionario intermedio, trasgrede, por ejemplo, obligaciones laborales, fiscales u otras conectadas a la actividad social, revestirá la calidad de autor que haya de exigir el delito o falta especial (§ 9 OWiG y 14 StGB). La omisión de vigilancia, que hubiere impedido la transgresión, comporta una falta del órgano a cargo de la custodia y administración de los empleados y el patrimonio (§ 130, OWiG). En caso de resultar de esta construcción una falta del órgano, obrando en esa calidad, se somete a la persona jurídica a las sanciones del § 30, OWiG, en definitiva, el órgano cometió una falta allí prevista. Los recaudos del último párrafo quedan así completados, tanto en cuanto a las exigencias relativas al autor —órgano o apoderado—, como también a aquellos que vinculan la infracción de alguna manera, a la actividad de la sociedad.

Las sanciones de que son pasibles las sociedades están limitadas en cuanto a los montos por los topes del § 30. Son, al menos teóricamente, accesorias de las consecuencias de delitos —y contravenciones (punibles)—, aunque el proceso pueda seguirse sólo contra la sociedad por razones "de hecho" (tatsächlich) (§ 30, OWiG).

El delito (o contravención) "principal" no está limitado a ámbitos específicos: se puede tratar de la realización de cualquier tipo legal, sea cual fuera el bien jurídico afectado. En punto a esta última

cuestión, sin embargo, la doctrina excluye la responsabilidad de la persona colectiva cuando se trata de delitos "altamente personales", como la violación²¹.

Una ulterior pena accesoria la constituye el comiso de los objetos y valores pertenecientes a la sociedad y utilizados por el agente, como también la pérdida de todo beneficio patrimonial proveniente de la infracción²².

La accesoriedad de las sanciones arriba explicadas ha permitido a los tribunales y a la doctrina afirmar que las multas impuestas a las sociedades no transgreden la regla constitucional del non bis in idem si, por el mismo hecho (principal) se castiga al agente directamente²³.

e. La fundamentación jurídica de la Geldbusse ha atravesado largas discusiones hasta lograr la aceptación prácticamente unánime de que goza hoy en día. Se ha opuesto a ella el enraizado principio de culpabilidad y la personalidad de la pena propios del derecho penal liberal²⁴. Estas cuestiones han obligado a los juristas a reflexionar sobre las diferencias existentes entre la multa-pena (Geldstrafe) y la Geldbusse, y como correlatos necesarios, entre derecho penal propiamente dicho y derecho penal administrativo. Dadas las finalidades de este trabajo omitiremos toda consideración histórica del tema limitándonos a establecer cuál es el estado de cosas en la actualidad.

Las distinciones entre derecho penal y derecho penal administrativo se fundamentan hoy en día en aspectos más cuantitativos que cualitativos²⁵. La pretendida "neutralidad valorativa" de las infracciones administrativas ha ido perdiendo terreno con las modernas concepciones. Existen, no obstante, diversos grados de estigmatización según se trate de sanciones penales criminales o meramente administrativas. Las últimas no son convertibles en prisión, ni se las computa a los efectos de la reincidencia, lo que sí sucede en Alemania Federal con las multas propiamente penales (ver párrafo 43 y 48, StGB). De esto se desprende la vigencia, en el ámbito del derecho penal económico, del principio de legalidad: tipicidad e irretroactividad de la ley aplicable.

En punto a la constitucionalidad de la Geldbusse impuesta a sociedades, esta ha sido plenamente aceptada por la jurisprudencia del tribunal supremo (Bundesgerichtshof), y también por la doctrina²⁶.

f. Existen hoy en día discrepancias, aunque insensibles acerca de la "finalidad" de la Geldbusse.

Así, Göhler, por ejemplo, la hace fincar, en principio, en una cuestión compensatoria y en la *defêns sociale*. Las características fundamentales son así básicamente civiles²⁷. Tiedemann, en cambio, afirma que la sanción es de naturaleza penal. Sólo la carencia de fines expiatorios permite distinguir al derecho penal administrativo del penal propiamente dicho. En lo demás la sanción no sólo advierte a la generalidad sobre los deberes impuestos (*Pflichtn-mahnung*), revistiendo así un carácter preventivo general, sino que cumple con un rol de prevención especial, en esa misma medida, al lograrse, de esa forma, cierta profilaxis interna en la empresa condenada²⁸.

g. De la manera señalada en los párrafos anteriores queda descrita la responsabilidad "penal vicaria" en el derecho positivo alemán actual. Más allá de las penas administrativas del OWiG rigen los principios del derecho penal común, basados en la idea de la responsabilidad personal y la culpabilidad.

Existe una tendencia en la actualidad a conferir a la obligación de mantener la debida vigilancia la jerarquía propia de la posición de garante, fundamentando así, su infracción, penas propiamente dichas basadas en imputar a los directivos y gerentes el resultado "principal" por no haber impedido su perpetración²⁹.

Esta posición, con todo, no ha ido, hasta ahora, más allá de algunas opiniones aisladas.

Creo que resulta interesante esbozar en primer término este sistema por cuanto él enseña el más alto grado de elaboración sistemática. Como se advertirá más adelante, ello permitió observar la vasta gama de problemas que se suscitan cuando se intenta aplicar reglas generales.

3.— El penorama en los Estados Unidos. Penas a sociedades por hechos de sus agentes.

a. Si se busca una síntesis sistemática del derecho vigente en los Estados Unidos, se advierten serias dificultades. La variedad de legislaciones, sumada al rol significativo que le cabe a la jurisprudencia, ahondan aún más los inconvenientes. Por esta razón sólo pretendo aquí marcar las cuestiones más sobresalientes relativas a la responsabilidad societaria, tomando como referencia el código penal federal.

Hoy en día existen sobre el tema de la responsabilidad social, varios proyectos tendientes a unificar criterios, habiendo sido acogidos en diferentes Esta-

dos. Las propuestas, por lo general, no hacen sino prever tópicos sobre los cuales los tribunales ya vienen resolviendo hace tiempo, de modo que ellos, más que aportar novedades, brindan puntos de partida sensiblemente más claros³⁰.

El proyecto del Federal Criminal Code³¹ propuso la siguiente disposición, que resultó una clara muestra de los puntos de vista dominante sobre la materia.

402. 1) **Definición de la responsabilidad.** Una sociedad anónima (*corporation*) puede ser penalmente condenada por:

a) cualquier delito cometido en la consecución de sus negocios, sobre la base de una conducta ejecutada, autorizada, alentada, ordenada, ratificada o imprudentemente tolerada en violación de un deber de mantener una supervisión efectiva sobre las actividades por parte de una de las personas que a continuación son enumeradas, o una combinación de más de uno de ellos:

I) el directorio;

II) un funcionario ejecutivo, o cualquier otro agente en una situación de autoridad comparable, en relación a la formulación de la política societaria o la supervisión de empleados subordinados desde una posición gerencial;

III) cualquier persona, sea o no funcionario de la empresa, en tanto la controle o esté responsablemente involucrada en establecer la política de la empresa;

b) cualquier delito consistente en omitir dar cumplimiento a deberes legalmente impuestos a la sociedad;

c) cualquier contravención cometida por un agente de la sociedad en la ejecución de la actividad que le es propia;

d) cualquier delito por el cual quepa imponer una condena a un individuo sin acreditar su culpabilidad, cometido por un agente de la empresa en la ejecución de un negocio de ella.

2) **Defensa precluida.** La circunstancia de que el individuo por cuyo acto haya de responder la sociedad haya sido condenado por una transgresión diferente, no constituye una defensa válidamente oponible.

403. **Otras sociedades o asociaciones (un incorporated associations).** Una sociedad o asociación puede ser penalmente condenada en las circunstancias exigidas por el 402 respecto de las sociedades anónimas (*corporations*).

De acuerdo a este texto los delitos son clasificables en cuatro categorías:

A— Delitos comunes. Esta clase es la más general y requiere, por un lado *mens rea*; por el otro, exige que sea al menos negligentemente tolerado. Esto último requiere la culpa del directorio, un ejecutivo o funcionario en posición equivalente, o persona que establezca la política de la empresa.

B— Delitos consistentes en transgredir deberes impuestos a la sociedad.

C— Cualquier contravención (falta) cometida por un agente de la sociedad en una actividad propia de esta (*strict liability*).

D— Delitos en los que no haya que acreditar ninguna culpabilidad.

Se ha dicho, en general, que la característica más sobresaliente de la disposición transcrita en relación a la tradición jurisprudencial es la intención, hecha patente con énfasis, de inducir a la entidad social, por la vía penal, a emplear los medios a su alcance para evitar la causación de perjuicios a terceros en el curso de la actividad comercial³². Además, el 402 es más detallado que otros textos vigentes en los Estados Unidos³³.

El análisis sistemático del 402 obliga a considerar las siguientes cuestiones: 1) De qué actos responde la sociedad: quiénes deben ejecutarlos, qué características objetivas han de requerir las acciones, y a qué ámbito o clase de delitos se aplica. 2) Qué rol juega en los Estados Unidos la responsabilidad penal sin culpa o la *strict liability* como punto de partida para la responsabilidad societaria. 3) Las omisiones culpables y la *strict liability*³⁴.

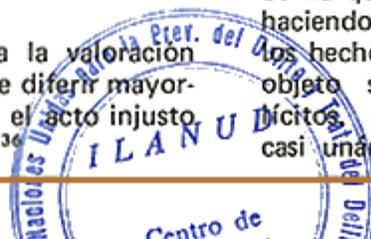
b. El límite de la responsabilidad societaria debe ser trazado, en relación a la acción del agente, en dos aspectos principales: el primero se refiere a la culpabilidad de ese agente en las infracciones que requieren *mens rea* y, en todos los casos, a que la acción sea al menos objetivamente ilícita. El segundo aspecto, relacionado con el primero, se refiere a la relación laboral o funcional entre el acto prohibido y la actividad empresarial³⁵.

La resolución del tema relativo a la valoración independiente de la acción no parece diferir mayormente de la alemana; la tesis sobre el acto injusto llega a parecerse considerablemente³⁶.

Si bien la responsabilidad sólo puede originarse en un "acto culpable" cuando la culpabilidad es condición de la punibilidad (como ocurre en la mayoría de los casos), el N° 2 del 402 dispensa al juzgador de tratar este tema, normalmente vinculado a una situación personal del autor, ya que no es necesario someterlo al proceso para sancionar a la persona colectiva. Aunque no se lo diga expresamente en este sentido, resulta obvio que aquí también, como en Alemania, sólo son relevantes razones "de hecho" en cuanto a la punibilidad de la sociedad, y no del autor. Es decir que no puede tratarse de circunstancias que excluyan la "reprobabilidad jurídica del acto", sino sólo aquellas relativas a la prueba —o determinación de quién es el autor y su culpabilidad—, las que eximen de pena al agente, pero dejan intacta la punibilidad de la sociedad. La aplicación del principio de oportunidad conduce a la misma consecuencia cuando el estado decide no perseguir al autor.

En lo referente a las relaciones existentes entre la conducta del autor y la actividad societaria se ha seguido, en líneas generales, hasta ahora, la tesis sentada por la Corte Suprema. Según la Corte, una persona colectiva puede ser responsabilizada por hechos ajenos a las facultades conferidas, consideradas en forma estricta, si el agente ha asumido el rol con el objeto de beneficiar a la empresa en forma efectivamente autorizada, aunque más no sea mediante una notoria tolerancia. No parece necesario, como es obvio, exigir una autorización formal, pues, como ha dicho la Suprema Corte, "no vemos que pueda plantearse una objeción jurídica válida, y sí todas las razones de política social por las cuales la sociedad, que se beneficia con la transacción, y que sólo puede actuar a través de sus agentes y funcionarios, debe ser castigada con una multa por el conocimiento o intención de sus agentes a quienes ha confiado autoridad"³⁷. En esta cuestión parecería mantener vigencia, como límite frente a la punición, la tradicional doctrina judicial anglosajona acerca de la responsabilidad del empleador por actos de sus subordinados. Se ha dicho, en general, que el patrono debe resarcir cuando su agente ha obrado en la esfera de su actividad comercial, o bien cuando el último, actuando para sí, ejecuta la acción en el ámbito de custodia del primero³⁸.

Se ha querido excluir la punibilidad de la sociedad haciendo valer la doctrina *ultra vires*, según la cual los hechos ilícitos no pueden estar incluidos en el objeto social, constituido solamente por actos lícitos. Esta posición ha sido rechazada en forma casi unánime en la medida en que la tesis, según



se dijo, hubiese impedido también obtener una satisfacción civil por los daños ocasionados por los empleados u operarios de la persona colectiva³⁹; esta solución resulta inadmisibles ante las exigencias actuales.

c. La determinación de cuáles son los actos por los cuales ha de responder "penalmente" la sociedad, requiere examinar las dos corrientes en que se ha fundado esta responsabilidad y que aún hoy se mantienen en pugna. Para una primera tendencia, la empresa obra como cualquier persona por medio de sus agentes, de modo que es a esta misma persona a quien se castiga. Esta vertiente requiere, entonces, que se pueda identificar a la empresa con el acto que la hace pasible de sanción. Esta identificación surge de "razonamientos dialécticos, de fundamentos de política social, o de ambos"⁴⁰. De hecho, se ha de exigir, para ser consecuentes con estos postulados, que la infracción pueda ser cargada en la cuenta de quien desempeña un rol formalmente significativo, ya que de lo que se trata es de identificar a la sociedad con el agente, cuando el último obra en el ámbito de su competencia. Y este no es frecuentemente el caso, ya que suele detectarse sólo las conductas de empleados inferiores o de personas de influencia sin cargo oficial⁴¹.

La postura antagónica se limita a afirmar que el proceso de imputación radica, sencillamente, en imponer penas en forma vicaria en virtud de criterios funcionales, formales o mixtos. Esta es, según entiendo, la idea que informa el Federal Criminal Code (402), en tanto el apartado 1, a, III, admite el caso de quien, de alguna manera, encarna un rol influyente, aunque no desempeñe un cargo formal. Lo decisivo, en definitiva, es estimular la vigilancia interna de la empresa⁴². Esta cuestión es muchas veces ajena al cargo que ocupa el autor.

De lo expresado se extrae que la acción debe estar relacionada a la política de la compañía, es decir, a la forma específica en que esta se desempeña en el tráfico⁴³. Esta exigencia debería permitir a las empresas acudir como eximente al argumento de que la supervisión fue debidamente ejercida. Esta solución fue propuesta expresamente en Canadá por la Dairy Commission Act R S C, 1970, la Pest Control Products Act R S C, o. p. 10 y otras leyes. En estos casos la prueba de que se ha empleado la debida diligencia exime de pena a la sociedad⁴⁴. Con todo, no siempre se han admitido los descargos fundados en la prueba de que el control ejercido fue el requerido⁴⁵; hay autores para quienes sólo puede tomarse en consideración esta circunstancia para

imponer la pena (sentencia) y otros para los cuales no debe ser tenida en consideración⁴⁶.

d. Un tema digno de consideración es el de determinar la voluntad de "beneficiar a la persona colectiva" por parte del agente como exigencia del acto de empleo y, consecuentemente, de la sanción social; sobre este punto la jurisprudencia parece haber variado considerablemente. En un principio las intenciones o propósitos del agente fueron reputados irrelevantes, razón por la cual se llegó a multar a sociedades por actos de los agentes ejecutados aún en perjuicio de las primeras. Con el tiempo este criterio fue modificándose hacia una mayor subjetivización del concepto "con ocasión del trabajo", requiriendo este término el "propósito de beneficiar al empleador"⁴⁷. Así, dice Leigh: "En suma, ninguna intención criminal es imputada a las sociedades cuando el empleador, por medio del cual se puede efectuar la imputación, actuó con el fin de beneficiar, y el delito o falta no requiere mens rea"⁴⁸. En estos últimos casos se llegó a sancionar a la sociedad por la actividad del empleado aunque no hubiese querido beneficiar a la empresa, en tanto obrare en ocasión del empleo⁴⁹. Sin embargo, la lectura del 402 del Federal Criminal Code parece demostrar que se ha adoptado una fórmula restrictiva al aludir a la "ejecución de un negocio" cuando la transgresión no requiere mens rea (402, apartado 1, d).

e. El régimen adoptado por el Federal Criminal Code obliga a distinguir entre delitos y contravenciones. La responsabilidad por los primeros exige la existencia de una vinculación funcional entre el agente y la formulación de la política comercial de la persona colectiva (policy) (1, a, III) o bien la creación ex lege de deberes societarios cuya infracción permite explícitamente la imposición de penas (ver 402, 1, b).

Respecto de las faltas el sistema es sensiblemente más elástico al considerar suficiente que el infractor resulte ser un agente que ejecuta, en ese carácter, "actos propios del empleo" (1, c y d).

En lo que se refiere a la clase de delitos por cuya comisión la sociedad resulta punible, el ámbito es vasto en tanto, al menos teóricamente, sólo quedan excluidos los altamentes personales⁵⁰. La práctica, sin embargo, ha restringido mucho más el campo al ocuparse solamente de los delitos o faltas de naturaleza patrimonial o regulatoria⁵¹.

Las únicas penas societarias son la multa y, eventualmente, inhabilitaciones. La circunstancia de que le

baste la ratificación social del acto ilícito ya ejecutado (402, 1), parecería demostrar la naturaleza más independiente que accesoria de la multa societaria; la ratificación no conforma (ni contribuye a) la actividad transgresora sino que la apunala una vez ejecutada.

f. La imposición de penas vicarias en los Estados Unidos ha encontrado una aceptación relativamente pacífica mediante la tradicional doctrina de la responsabilidad penal sin culpa o *strict liability*⁵². Esta doctrina se aplica a aquellas contravenciones en las cuales no es necesario acreditar la culpabilidad del agente y, por consiguiente, tal y como ha sido formulada hasta hace poco tiempo, el error nunca excusa. Por lo general, la *strict liability* ha sido aplicada por razones de política social, en aquellos ámbitos donde el interés colectivo aparecería subordinando a un segundo plano la equidad o justicia puesta de manifiesto en la sanción⁵³.

Ejemplos de la política legislativa aludida han sido las disposiciones protectoras de la salud colectiva, como la ley de comestibles y drogas (*Pure Food and Drug Act*), de la seguridad del Estado en otras vinculadas a la actividad comercial (venta de bebidas alcohólicas) y en las transgresiones regulatorias. Excepcionalmente han sido impuestas penas sin culpa o delitos, como el caso de la violación a una menor (*statutory rape*), donde no se ha admitido la excusa basada en el error sobre la edad de la mujer.

La consecuencia de soslayar la *mens rea* al imponer sanciones en virtud de la doctrina de la *strict liability* como ha sido entendida, ha permitido, dada la ambigüedad del carácter de estas sanciones, buscar soluciones más elásticas que las que brinda el derecho penal de culpabilidad⁵⁴. Toda esta doctrina se ve hoy en día —en lo relativo a la responsabilidad personal— expuesta a diferentes clases de críticas⁵⁵. Se la discute no sólo desde el punto de vista de su justicia, de la posibilidad teórica de mantener un modelo semejante en forma congruente con ciertos postulados éticos, sino también, en definitiva, de su provecho político-criminal⁵⁶.

Con todo, estas críticas no se han referido a las consecuencias relativas a la responsabilidad de las sociedades, fundada en la *strict liability*, dado que el tema no puede ser resuelto de otra forma.

Desde el punto de vista político-criminal, Packer ha dicho, criticando la práctica de los tribunales norteamericanos, que cuando se alega la inevitabilidad del error, este sólo puede referirse a determinadas

circunstancias, no a todas, ya que lo último concluiría lisa y llanamente por excluir la “voluntariedad” del acto, y con este, al acto mismo. Sin acto la responsabilidad carece de soporte⁵⁷.

Fletcher va en su crítica mucho más allá: la tesis de la *strict liability* se refiere a la *mens rea*, no al *actus reus*. Esto significa que si bien se puede omitir la prueba de la culpabilidad, resulta, en cambio, imposible pasar por alto la configuración de la acción prohibida. Y el conocimiento del agente de la naturaleza de la acción que emprende —no de su significación jurídica— es una cuestión que atañe a lo último, a la ejecución del acto prohibido. De esta manera, si bien se puede declarar inoponible el error sobre la prohibición de la conducta, no se puede, en cambio, omitir considerar que la ejecución de esa misma conducta requiera, subjetivamente, que el autor conozca ciertas circunstancias caracterizantes de ella: “El argumento de que lo injusto (*wrongdoing*) es esencial en los casos penales, aún en las hipótesis de *strict liability*, se deriva de la propia naturaleza de la sanción penal. Las sanciones punitivas son impuestas por algo digno de condena; eso que se condena es el acto injusto. Por eso existe una diferencia crítica entre decir que lo injusto es esencial a la pena y afirmar que la culpabilidad debe ser considerada para imponer el castigo en forma justa. Lo primero constituye un argumento conceptual; con lo segundo se sostiene meramente que el castigo es injusto”⁵⁸.

La cuestión de la omisión, sobre todo donde se aplica la *strict liability*, ahonda aún más la necesidad de atribuir al agente una cierta actitud subjetiva ya que sin esta la imputación parece una pura arbitrariedad⁵⁹. Va de suyo que el tema requiere consideraciones especiales en la medida en que la omisión aparece caracterizada, en general, más por elementos internos, por voliciones y conocimiento que por circunstancias objetivas. En efecto, la posibilidad del agente de ejecutar la acción mandada, depende de lo que este agente conoce: sólo puede salvar al menor que se ahoga quien conoce la situación. De esta manera, y dada la irrelevancia de los procesos causales en cuanto a la omisión, la doctrina de la *strict liability* aumentaría enormemente el ámbito de la punibilidad, a menos que la inexcusabilidad del error se circunscriba al conocimiento del mandato aplicable al caso y no a los supuestos de hecho que hacen que ese mandato tenga vigencia. Dicho de otra forma, es posible considerar que el error del padre acerca de que debe prestar alimentos a su hijo, sea irrelevante. No lo sería, en cambio, el desconoci-

miento por parte de alguien de que el necesitado sea su hijo⁶⁰.

4.— La responsabilidad personal en los Estados Unidos por actos de terceros vinculados a la sociedad.

a. La Corte Suprema de los Estados Unidos declaró, desde hace ya tiempo, que las sanciones impuestas a administradores o representantes de las sociedades, por el incumplimiento de deberes a cargo de estas, constituyen penas *stricto sensu*, y que deben ser aplicadas, por tanto, respetando todas las garantías constitucionales correspondientes⁶¹.

En "Chase v. Curtis"⁶² el tribunal supremo afirmó que la ley de Nueva York que responsabiliza a los administradores de ciertas empresas por las deudas sociales, originadas en la omisión de confeccionar y publicar balances, es de carácter penal y debe ser, por ello, interpretada restrictivamente en lo relativo a los supuestos sujetos a responsabilidad.

"Todos los administradores deberían contribuir a prorrata por el importe pagado por el administrador en virtud de la sentencia, y ese administrador tendrá acción de reembolso contra los coadministradores, conjunta o separadamente, para recuperar de ellos la proporción de lo pagado en ese carácter en virtud de la sentencia... (Justice Mathews): La responsabilidad es de carácter penal y debe ser interpretada restrictivamente en lo relativo a los administradores ("Stokes v. Stickney", 96 N.Y. 323). En el último caso mencionado ("Stokes") la acción emergente era *ex delicto*. La norma es penal, y por ello nada puede ser presumido en contra de los responsables, debiéndose acreditar positivamente todos los presupuestos de la responsabilidad... Resulta perceptible que se trata de una ley altamente punitiva, extremadamente rigurosa en sus previsiones. Se establece en términos absolutos que los administradores serán obligados por todas las responsabilidades de la compañía en caso de no ser confeccionado el balance, sin establecer a cargo de quien estaba el deber de hacerlo. Si uno de los administradores hizo todo de su parte para confeccionarlo, pero, sin embargo, si el presidente o un suficiente número de coadministradores para constituir su mayoría, se negasen a firmarlo o no se llenaran los recaudos por parte del presidente o el vicepresidente, el administrador fiel pasa a ser así absolutamente responsable, como

aquellos que se rehusaron a dar cumplimiento a sus deberes."

Se sostiene, en consecuencia, que "con relación a dichos imputados debe tenerse la sentencia por no dictada, ya que no constituyen partes en el proceso, y ninguna acción puede ser juzgada en su contra".

Una tesis similar es la sostenida en "The National Park Bank v. Ramsen"⁶³. En esta causa dijo el Justice Brewer:

"Hemos sido llamados para aplicar una ley de un Estado cuyo carácter es penal, al menos en lo que concierne a los administradores, y que ha de ser, por ende, interpretada restrictivamente. El carácter penal de la ley ha sido establecido no sólo por los tribunales de Nueva York, sino por la Corte Suprema en "Chase v. Curtis", aunque no sea "penal en el sentido internacional". El funcionario no es la sociedad; su responsabilidad es personal, y no la misma de la sociedad (*corporation*). ¿Cómo se puede sostener, entonces, que la responsabilidad de ciertas sociedades resulte, también, bajo ciertas condiciones, la de los funcionarios, bajo los mismos presupuestos? ¿Se hace cargo quien asume el rol de funcionario, de todas las responsabilidades de la sociedad? ¿No depende acaso su responsabilidad individual, distinta e independiente, de la aplicación de otros principios? Se ha dicho que esto depende de la mera interpretación de la ley, como lo sostuvo el tribunal de apelaciones de Nueva York, pero nosotros no lo entendemos así... En la ausencia de una decisión definitiva sobre la cuestión, no tenemos intención de sostener que la disposición legal que impone responsabilidad personal a administradores u otros funcionarios en virtud de una mera cláusula que declara que el tener la sociedad facultades y privilegios, quedan sujetos a las responsabilidades correspondientes bajo el régimen de esa ley. Algo más específico y directo es necesario para imponer una sanción a un agente o funcionario en virtud de un deber".

Las dos sentencias transcritas enseñan que en los Estados Unidos prevalece el criterio según el cual la responsabilidad penal es, como se dijo, personal (no obstando a ello en modo alguno el derecho de los administradores que solventen la multa de cobrar su importe de los otros directivos o funcionarios). La consecuencia de otorgarle el carácter indicado a esta clase de sanciones, lejos de resultar una cuestión formal, confiere todas las garantías referentes a la ley penal (legalidad) y al debido proceso. Estas deci-

siones no hacen, en principio, sino ratificar la tradición del *common law* según la cual no corresponde imponer penas vicarias a un funcionario o empleado por los hechos de otro; cuando se dice que la persona colectiva puede ser responsabilizada como empleadora, un administrador sólo es punible bajo las reglas de la participación criminal. Parecería, no obstante lo expresado, que ha existido una corriente legislativa tendiente a crear responsabilidades más allá de estos principios⁶⁴. Me ocuparé de este tema a continuación.

b. De los principios expuestos en el párrafo precedente se sigue que parecería recobrar vigencia el principio *nullum crimen nulla poena sine culpa* en cuanto a los individuos que participan de la actividad social. Sin embargo esta tesis ha sido en alguna medida soslayada por aplicación de la *strict liability*, y, en especial, por la extensión que esta alcanza en el terreno de las omisiones. El precedente más notorio y discutido en este último sentido es el caso "Dotterweich"⁶⁵. En este caso se impuso una pena al gerente de una compañía que introdujo en el comercio interestadual mercadería en transgresión a lo dispuesto por la *Pure Food and Drug Act*, que prohíbe a cualquier persona vender drogas o permutarlas sin mediar autorización oficial.

En el tratamiento de la cuestión no se abordó debidamente el problema atinente a quién, dentro de la compañía, debía ser tenido como "responsable" por introducir la droga en el comercio interestadual, ni tampoco la relevancia que debe asignársele a la ignorancia o al error. La Corte Suprema, revocando la sentencia absolutoria de segunda instancia (en una proporción de cinco votos contra cuatro), sostuvo que el delito fue cometido por todos aquellos que tuvieron una "intervención responsable" en la ejecución de la transacción comercial prohibida. La limitación de la punibilidad a aquellos a quienes cupo una "intervención responsable" importa la existencia de un deber y una capacidad para prevenir las impurezas. La omisión de cumplir con este deber permite así inferir la culpabilidad⁶⁶.

Del voto del Justice Frakfurter, en que se fundó la condena, se infiere que debajo de la aplicación de la *strict liability* existe una culpabilidad presunta bajo la forma de un criterio objetivo sobre la capacidad del agente; la presunción no requiere estar debidamente fundada en el proceso⁶⁷.

En "United States v. Balint"⁶⁸ la Corte mantuvo una línea diferente al sostener que el debido proceso

(*due process*) se vería menoscabado toda vez que se desconociera la relevancia del error sobre los hechos, aunque, dijo la Corte:

"la política legislativa puede, con el fin de estimular el debido cuidado, requerir el castigo de la persona negligente aunque ésta sea ignorante de la naturaleza dañina del producto que vende".

De la forma indicada se desplazaría la cuestión que abordamos; en efecto, el problema de la responsabilidad objetiva queda circunscripto a la cuestión de si la culpa inconsciente satisface las exigencias del derecho penal para imponer un castigo⁶⁹. El tema que nos ocupa fue decidido una vez más por la Corte en "U.S. v. Park" (421 U.S. 658 (1975)). La causa se originó con el descubrimiento de que varios galpones de la Cía Acme estaban infestados de ratas. Los cargos fueron efectuados contra la compañía y su gerente general, Park.

El tribunal de apelaciones absolvió a Park sobre la base de que los términos "relación responsable" son suficientemente ambiguos como para dar pie a imponer condenas si no media un "acto injusto" (*wrongful act*) o de un "injusto personal". La Corte Suprema condenó en definitiva a Park, pero, al hacerlo, dejó sentado que hubiese correspondido absolver de haber estado el acusado "imposibilitado de prevenir o corregir la violación" (421 U.S. 673).

Del caso "Park" ya se extrae claramente que la Corte no se ha apartado del principio que los alemanes llaman "el injusto personal", ni de la relevancia del error⁷⁰. En efecto, sólo quien conoce la situación tiene la posibilidad real de ejecutar la acción mandada, pues dicha posibilidad no se agota en modo alguno en el terreno de los hechos, sino en el conocimiento de estos hechos por el autor⁷¹.

c. Los modelos legislativos recientes parecerían terminar con los problemas planteados, ya que estos modelos no sólo restringen el ámbito de la responsabilidad personal desde un punto de vista objetivo sino que consagran lisa y llanamente el principio de culpabilidad.

Con relación a los delitos —y contravenciones— tanto de comisión como de omisión, se aplica el principio de que quien actúa para un tercero (la sociedad) lo hace como en su propio nombre. Si el deber le es impuesto al ente colectivo, quien está destinado a cumplirlo queda obligado como si dicho deber le fuera impuesto en persona. De esta manera quedan

zanjados los problemas de autoría en los delitos especiales (§ 9, OWiG y 14, StGB)⁷².

Así dice el Model Penal Code, sección 2,08,6:

“b) Cuando quiera que un deber de actuar sea impuesto por una ley a una sociedad (corporation) o asociación, cualquier agente que tenga a su cargo la responsabilidad para la materia objeto del deber, en forma primordial, deberá responder legalmente por la omisión del acto requerido en la misma medida en que le hubiese sido impuesto en forma personal”.

De esta manera no puede interpretarse que se excluya en algún modo el principio de culpabilidad sino que sólo se desplazan los principios en que se funda la pena por omitir deberes personales del agente a aquellas otras obligaciones que asume como funcionario.

A su vez, el 409 del Federal Criminal Code (estudio legislativo, 1971), expresa lo siguiente:

“1) **Conducta en representación de la sociedad:** Una persona es legalmente responsable por la conducta que ejecute o que hace ejecutar en nombre de la organización o en su representación, con la misma extensión que si la conducta fuese ejecutada en nombre propio”.

En líneas generales se siguen los principios de la participación criminal, considerando en estos casos que “tanto un tercero como la misma sociedad” pueden revestir el carácter de autor principal (Federal Criminal Code, 404, 3, y Model Penal Code, 2.07, 6,c).

Respecto de las omisiones punibles el criterio adoptado es restrictivo, fundándose en deberes taxativamente impuestos a quien se le encarga, precisamente, cumplir con la obligación de que se trate.

El N° 4 del 404 del Federal Criminal Code contempla expresamente la omisión de la supervisión necesaria (*default in supervision*):

“Una persona responsable de supervisar actividades relevantes de una organización es culpable de un delito si su voluntario abandono de supervisar en el ámbito de su responsabilidad contribuye a la comisión de un delito por el cual la organización puede ser condenada. La condena será la misma que aquella a que la sociedad pueda ser condenada”.

5.— Resumen y balance.

Del examen de los sistemas alemán y estadounidense surgen los tópicos a discutir en relación a la respon-

sabilidad penal-administrativa de las sociedades y de los administradores o gerentes. Si bien algunas de estas cuestiones responden a la evolución legislativa de ambos países, otros muchos enseñan que se debe resolver también una constelación de problemas de *lege ferenda*, ya que estos surgen, por así decirlo, de la necesidad de compatibilizar una política jurídica eficaz con ciertos postulados éticos de los que me ocuparé en los siguientes capítulos.

Queda claro, a mi entender, que los siguientes puntos merecen una debida dilucidación si se quiere abordar el problema con un grado aceptable de sistematicidad:

A) Los presupuestos de las sanciones a sociedades.

1. La acción infractora considerada en forma independiente: su tipicidad y antijuridicidad.

1.a. Alcance de estas categorías según el punto de partida que se adopte.

En Alemania se ha escogido —al menos teóricamente— un concepto de antijuridicidad ligado a la infracción de deberes, y comprensivo, entonces, de aspectos subjetivos de la acción. Esto se deduce necesariamente del régimen del error excluyente de la tipicidad del § 16, N° 1, del StGB. Idéntica regla rige para el OWiG (§ 11, N° 1).

1.b. En punto al principio de culpabilidad, este no sólo es consagrado plenamente por el StGB, sino por el OWiG, que define a las contravenciones como conductas antijurídicas y “reprochables” (§ 1, *rechtswidrige und vorwerfbare Handlung*). Por las razones indicadas, y siendo decisivo que la acción principal constituya un delito o una contravención dado el carácter accesorio de la *Geldbusse* impuesta a la sociedad, el principio de culpabilidad mantiene *vigilancia como exigencia*. El límite de esta culpabilidad está dado por el criterio objetivo en que se basa la omisión de vigilancia (§ 130 OWiG): Tanto la existencia de estos deberes como sus transgresiones se fundan en cuestiones funcionales: en lo que debe saber un gerente, no en lo que sabe efectivamente. Se debe recordar, no obstante, que la aplicación, como ya se dijo, del principio de oportunidad en relación a la no persecución del agente individual lleva a veces, en la práctica, a una quiebra de ese principio.

1.c. En los Estados Unidos los principios señalados no han merecido una formulación igual-

mente clara. La *strict liability* tiene dos posibles usos. Por un lado, ella permite sentar las bases para condenar a quien no resulta ser el infractor. Por el otro, permite a los tribunales desconocer el error del agente para considerar el hecho ilícito. Con todo, este principio se ve hoy en día reformulado para referirlo sólo al error de prohibición. En cuanto a las infracciones que exigen culpabilidad, sólo la imposibilidad de perseguir al agente o la renuncia a procesarlo por razones de oportunidad permiten soslayar lo atinente a la reprochabilidad del acto.

Corresponde examinar, en este ámbito, cómo es que se han zanjado dificultades relativas a las calidades que debe revestir el autor en relación a los delitos especiales.

El tema del autor por encargo es resuelto en Alemania mediante los § 9 y 14 del OWiG y StGB, respectivamente.

En los Estados Unidos, que yo sepa, la cuestión no ha sido planteada en el terreno teórico, no obstante lo cual los proyectos legislativos contienen referencias expresas atinentes a quien actúa "para otro", cuando el primero se encuentra vinculado a ese otro de una manera especial o, mejor aún, cuando es representativo del primero.

2. La acción infractora y su relación con la actividad societaria:

2.a. Objetivamente 2.b. Subjetivamente

En el derecho alemán la cuestión de quién debe ser autor a los efectos de que su conducta sea susceptible de hacer pasible a la sociedad de la *Geldbusse* ha sido resuelta en forma predominantemente objetiva; ello al establecer el § 30, OWiG, que la sanción será aplicable cuando el órgano administrador —o uno de sus miembros— cometa una infracción consistente en violar un deber a cargo de la sociedad o ejecute una acción prohibida que la beneficie o pueda beneficiarla. Cuestiones más complejas han de presentarse cuando el órgano viola la obligación de vigilar a los subordinados (*Aufsichtspflicht*, § 130), pues en estos casos deberá establecerse sobre quiénes y por qué actos deberá ser ejercido el control. Respecto de esta última cuestión se deberá examinar los límites del acto de empleo, los cuales, en una considerable medida, deberán ser caracterizados a partir del examen de los motivos del agente.

En los Estados Unidos la cuestión ha merecido un tratamiento expreso en cuanto a los dos aspectos.

Desde el punto de vista objetivo el requisito del cargo o influencia del agente dependerá de que se trate de delitos o contravenciones. En el caso de los últimos bastará que el autor sea un empleado.

Las exigencias subjetivas, en general, han consistido en requerir que el agente haya obrado para la sociedad.

B) Naturaleza de las sanciones.

En Alemania se ha llamado especialmente la atención sobre el carácter accesorio de estas "penas", de naturaleza meramente administrativa, y, por ello, no estigmatizante. En definitiva, no constituye una reacción penal en sentido estricto (penal-criminal), sino meramente regulatoria.

En los Estados Unidos la doctrina de la multa vicaria o la aplicación de la doctrina de la identificación —responsabilidad personal-social— conducen a una equiparación mayor de ella con las reacciones propiamente penales. No obstante, la limitación a multas y la aplicación de la *strict liability* han inducido, tanto a los jueces como a los teóricos, a concebirla como una cuestión intermedia ante el derecho penal y civil.

En tanto en el derecho anglosajón como en el alemán se designa la responsabilidad societaria con los términos *liability* y *Haftung*; estos términos carecen de equivalentes en castellano, deben ser traducidos como "responsabilidad". Esta última expresión, sin embargo, en las lenguas mencionadas (*responsability* y *Verantwortlichkeit*) mientan al actor responsable o capaz, o la consecuencia que pesa sobre éste por su acto. Los términos *Haftung* y *liability* deberían ser traducidos como "pasibilidad", lo que complicaría sensiblemente las cosas.

C) Las sanciones individuales.

En Alemania las sanciones individuales son aplicables de acuerdo a las reglas del StGB relativas a los delitos *stricto sensu* o del OWiG a las faltas (en especial debe tenerse en consideración el § 130 OWiG).

Se han elaborado, con todo, reglas de interpretación que tenderían a posibilitar el empleo de construcciones conceptuales como la omisión impropia o comisión por omisión, y la autoría mediata. Se percibe, con todo, una corriente de tipo político-criminal que tiende a extender el *Aufsichtspflicht* (deber de vigilancia) a la posición de garante en que se funda la omisión impropia.

En los Estados Unidos la cuestión resulta más problemática. Estas sanciones, en la medida en que son reputadas penas criminales, deben estar precedidas de todas las garantías de fondo (legalidad) y forma (debido proceso). Sin embargo, la doctrina de la *strict liability* en los casos de omisión determinó la imposición de esta suerte de penas por razones funcionales (confr. Dotterweich).

II.— EL PROBLEMA DE LOS LIMITES MORALES AL CASTIGO DE EMPRESAS.

1.— La primera parte de este trabajo apunta a demostrar que es necesario encarar dificultades de diferente orden para penar a las empresas o sociedades y también a los funcionarios de jerarquía en virtud de criterios diferentes a los del derecho penal común. El tema presenta algunos puntos problemáticos, especialmente porque nuestra intuiciones morales se muestran frecuentemente adversas a castigar a quien no le es atribuible directamente una infracción y, como el tema se vincula a la cuestión de derechos individuales, merece alguna atención.

La polémica interminable entre los representantes de la teoría de la ficción y los de la personalidad real es bastante familiar para civilistas y privatistas en general⁷³. En resumidas cuentas la contienda aparece protagonizada por dos opiniones opuestas en torno al tema de si las sociedades pueden o no ser punibles. Para la primera, cuando el derecho se refiere a las personas colectivas lo hace en un sentido ficticio, ya que estas no existen. Son sólo entidades destinadas a satisfacer determinadas finalidades reputadas socialmente provechosas; de ahí que no sean pasibles de sanciones provenientes de hechos ilícitos por tres razones fundamentales: (a) Si las personas colectivas son "creaciones" para determinadas finalidades, estas "creaciones" cesan toda vez que la sociedad transgrede prohibiciones⁷⁴. (b) Las conductas punibles sólo son conductas de personas individuales. (c) Si se admitiera que pueden imponerse sanciones a sociedades, quienes padecerían estas sanciones serían, en definitiva, las personas físicas titulares del patrimonio social. Es claro que para ser consecuente, la teoría de la ficción no debería admitir, tampoco, ninguna responsabilidad civil por actos ilícitos o aún por incumplimiento de contratos⁷⁵.

La teoría de la personalidad real sostiene la tesis de que las personas colectivas son entes reales⁷⁶; si bien las opiniones de sus representantes varían en cuanto al grado de antropofornismo, todos concuerdan en

que el derecho se limita a reconocer una realidad que le está "dada". Las personas colectivas existen, piensan a través de sus órganos y representantes y actúan por intermedio de sus agentes⁷⁷. Por esta razón, las acciones prohibidas provenientes de las sociedades pueden ser evitadas legítimamente, castigando a estas últimas.

Hace tiempo Hart destacó que la polémica señalada provenía de un error conceptual en que incurrieran ambos contendientes⁷⁸. Las sociedades comportan construcciones lógicas que se encuentran, conceptualmente, en un nivel diferente a las personas reales o ficticias⁷⁹. Las sociedades comportan formas técnicas de asignar a las acciones de ciertos individuos —representantes— llevadas a cabo en ciertas situaciones, la capacidad de provocar consecuencias legales especiales. Estas últimas pueden estar constituidas por obligaciones que recaen sobre terceras personas o gravámenes sobre bienes que no pertenecen a los individuos que actúan. Las personas jurídicas no son entidades que denotan la existencia de entes reales correlativos, son meras construcciones lógicas, sistemas de imputación⁸⁰.

De lo que queda expuesto se sigue que las acciones transgresoras continúan siendo actos de individuos, al menos así resulta de experiencias sensoriales y, si se quiere, de un cierto ontologismo. Este criterio lo pone de resalto Spolansky: "Las personas jurídicas —dice— no son entidades, como lo son, por ejemplo, los individuos particulares. En nuestra experiencia podemos percibir seres humanos, sus movimientos corporales, pero no registramos aún cuando agudicemos nuestros sentidos, personas jurídicas". La expresión "persona jurídica" —continúa— "es una expresión que es usada como una construcción conceptual. Es ilusorio intentar detectar una entidad real denotada por la expresión "persona jurídica"⁸¹.

De las consideraciones que preceden, se extrae que las sociedades pueden, al menos teóricamente, resultar formas abreviadas de referirse a individuos y a las acciones de estos individuos. Sin embargo esta postura no resulta suficiente ni para explicar la realidad, ni para fundar ciertos juicios éticos.

La polémica entre los representantes de la teoría de la ficción y los defensores de la personalidad real tiene sentido y, si bien el problema no fue debidamente caracterizado por unos y otros, no por ello carece de sustancia.

Spolansky tiene razón pero no agota una importante

cuestión: la de si "existen" las sociedades desde un punto de vista descriptivo y, si así fuera, qué proyecciones tendría esto sobre el plano ético.

Con un primer golpe de vista se advierte, sobre todo, la presencia de individuos en acción y no de agrupamientos de ellos o de resultantes de estos agrupamientos. Sin embargo, más allá de un criterio mecanicista, existen otras realidades claramente descriptivas. Es dable observar con frecuencia que en un encuentro de fútbol o de rugby los espectadores critiquen o elogien la acción de un equipo, es decir, de un conjunto de personas que ejecutan una actividad coordinando sus esfuerzos o identificándose mediante signos de pertenencia como ropas de ciertos colores, uniformes. Una referencia a individuos solamente, si ella fuera suficiente para explicar lo que sucede, sería sumamente compleja: se deberían describir acciones individuales y, además, la manera en que estas acciones son coordinadas con arreglo a ciertas reglas y propósitos comunes. Para un enfoque ordinario la cultura permite atribuir el triunfo, la derrota y las jugadas al equipo; de esta manera se simplifican considerablemente los juicios que se formulan sobre lo que está sucediendo. Esta forma de proceder no comporta la anulación del concepto primordial de que han actuado personas sino que permite simplificar los juicios sobre las múltiples conductas, conforme al sentido cultural de estas acciones. Si se dice que alguien ha auxiliado a una "potencia extranjera", se advierte no sólo una acción concertada entre diferentes individuos, sino que se completa el panorama aludiendo (tácitamente) a los vínculos que existen entre estos individuos conforme a sentido⁸². Lo mismo ocurre cuando uno se refiere a la "sociedad seria" o a la "empresa próspera"; la agrupación de individuos, o el sistema coordinado de conductas adquiere cierto sentido ético independiente, ya que hablar así permite caracterizar más claramente el contenido de nuestros juicios. Si bien cuando se habla de "sociedades" las relaciones que se destacan son menos inmediatas que las de un equipo, no por ello dejan de mantener una significación específica en contextos como el moral, el jurídico o el económico.

Aún cuando parece apropiado abrir juicios éticos sobre las conductas de las sociedades —como tales— la cuestión de la punición presenta algunos puntos críticos. Dando por descontados elementos caracterizadores de la realidad grupal que una sociedad engloba formalmente, el tema del castigo presenta una dificultad ulterior: la sanción no puede recaer sobre una entidad sin afectar en definitiva a indivi-

duos, con lo cual el tema crucial es el de la pena vicariante.

La cuestión referida obliga a distinguir entre sanciones estrictamente penales y contravencionales. Si bien no es este lugar para ocuparme de la última categoría con el detenimiento que ello requiere, creo sí importante destacar algunas facetas primordiales: (a) Las sanciones son admisibles si, en base a algún criterio —aunque sea objetivo— el agente estuvo en situación de evitar la conducta lesiva o, al menos, de contribuir a evitarla. En la medida en que estos patrones de evitabilidad aparezcan concebidos como más abstractos o ideales, menor será la capacidad moral de imponer sanciones. Así, el accionista que se ve privado de una parte del capital aportado a consecuencia de una multa impuesta a la sociedad, hubiere estado en situación (teórica, al menos) de procurar que el directorio fuese más idóneo⁸³. Como ese accionista está bastante alejado de los que suelen ser quienes en verdad manejan los intereses sociales, la sanción sólo puede afectarlo mínimamente si se quiere justificar a la última.

(b) Si la pena es considerada como una privación de bienes, esta privación deberá ser menor en las contravenciones que en los delitos. Considerada la privación desde el punto de vista de la afectación de planes individuales, la incidencia de la pena en estos planes ha de ser menor en el caso de contravenciones, e ínfima cuando la relación del agente con el resultado es remota (como en el caso del accionista)⁸⁴.

(c) La creación de tipos contravencionales puede basarse en dos clases de razones: La primera consiste en prevenir ciertas situaciones de peligro —generalmente abstractas— de las cuales es probable que resulte la conducta dañosa⁸⁵. Los sistemas regulatorios están plagados de este tipo de reglas que abarcan desde las obligaciones de observar ciertos dispositivos de seguridad a los conductores hasta los deberes de presentar dentro de ciertos plazos y formalidades las declaraciones de impuestos.

La segunda modalidad consiste en crear tipos que prevengan situaciones ulteriores a aquellas conductas cuya configuración no puede fácilmente probarse. Esto último es bastante común en temas vinculados a la actividad económica como el de la adulteración de vino, donde basta que los componentes químicos no sean los adecuados para imponer la sanción (cuando se trata, por lo general, de estafas); otro ejemplo lo constituye la prohibición de tener mercadería extranjera sin acreditar su legítima intro-

ducción al país, en lugar de probar el contrabando⁸⁶.

(d) Las reacciones contravencionales no señalan, en relación a quienes las padecen, ninguna transgresión ética. El efecto estigmatizante —querido o no por jueces y legisladores— suele jugar un papel esencial en la caracterización de la pena criminal⁸⁷.

En lo demás, desde el punto de vista de la legalidad, las contravenciones deben ajustarse a los mismos principios que el derecho penal común: no retroactividad de la ley penal y tipicidad⁸⁸.

2.— Los problemas que plantean las relaciones que deben existir entre la conducta de aquel que transgrede prohibiciones penales y la actividad social, para responsabilizar a la persona jurídica, muestran diferentes facetas dignas de ser abordadas. Aquí sólo me ocuparé de esbozar algunas cuestiones centrales:

a.— **El acto de empleo.** La exigencia de que el agente infractor esté actuando en la órbita del empleo comporta una exigencia de la mayoría de los modelos legislativos⁸⁹. Con todo, como es sabido, la actividad de empleo resulta no sólo de ciertas circunstancias objetivas, sino también de una posición subjetiva del agente consistente en actuar para otro⁹⁰.

Existe una tendencia marcada a considerar que las voliciones del agente son irrelevantes: el control por parte de la sociedad es también necesario para evitar que los empleados abusen de ciertas situaciones obtenidas por el empleo. Un ejemplo de lo último podría constituirlo los actos de abuso de agentes de una compañía de teléfonos que aprovechan trabajos de reparación para ejecutar tareas de espionaje en beneficio de un tercero. Conforme a la definición del § 30 del OWiG (alemán) y del apartado 402 (2) del Código Penal Federal de los E.U. estos actos quedan fuera del alcance de la responsabilidad social, a menos que se acreditara que se ha violado una obligación a cargo de la sociedad de realizar actos de vigilancia sobre los empleados⁹¹.

Uno de los criterios que se recomienda utilizar en lugar del propósito de beneficiar es identificar los actos sociales con el riesgo de la actividad⁹². Esta apelación a cuestiones más objetivas permite imputar con mayor facilidad acciones a las personas colectivas. Sin embargo, que yo sepa, este criterio no ha sido recogido por ahora en modelos legislativos.

Un problema adicional lo constituye la frecuente aparición de personajes con una influencia decisiva en la orientación de la política de la empresa pero sin desempeñarse en un cargo formal. Si uno se ciñe a la exigencia del acto de empleo, las acciones de estas personas no permitirían sancionar a la sociedad. Una vez más, queda abierto el camino indirecto de demostrar que la transgresión cometida por ellos fue la consecuencia de una dirección o administración negligente de la empresa: podría ser la "tolerancia imprudente" del apartado 402 del Código Penal Norteamericano o una transgresión del deber de vigilancia del § 130 del OWiG alemán⁹³.

b.— En punto al tema de la ética del castigo social, recobran vigencia las concepciones reinantes en torno a la validez de los juicios morales sobre "acciones grupales", o, en definitiva, sobre la conducta de las sociedades⁹⁴. Renacen aquí las posiciones encarnadas en la teoría de la ficción y la de la personalidad real. Mientras la primera tiende a mostrarse reticente en admitir alguna suerte de "culpa colectiva" o deficiencia organizatoria, para limitarse a valorar actos individuales, algo diferente sucede con la última. Para los defensores de la teoría de la personalidad real, en el seno de las corporaciones funciona una ética específica; por ello resulta lícito referirse a "empresas inmorales" o "sociedades desviadas". Estas categorías, que constituirían unidades en esta ética corporativa, indicarían también qué es lo que debe ser corregido con las sanciones: el criterio de evitabilidad pasaría de alguna manera, a reemplazar al de culpabilidad. Para la teoría de la ficción, en cambio, la sanción resultaría una manera de gravar el patrimonio de los asociados, sin mayores consecuencias preventivas; la sanción sería una pura reacción vicariante.

En realidad, la recepción legislativa de la teoría de la personalidad real ha demostrado con frecuencia, por un lado, una concepción ética ajustada no sólo a nuestros juicios sobre las conductas económicas actuales, sino, también un equívoco ya señalado. Este equívoco radica en adoptar la tesis de la personalidad real ante una falsa alternativa: que las sociedades sean personas reales (antropomórficas) o meras ficciones⁹⁵. La consecuencia de este proceder ha sido aludir, por ejemplo como la ley argentina de monopolios, a la colaboración de personas (físicas) en actos ejecutados por la sociedad directamente⁹⁶. Esta construcción trae reminiscencias de la polémica sostenida en Alemania en el caso Stachynkij⁹⁷ sobre si el agente de espionaje de un estado que asesinaba era autor o simplemente cómplice del "estado interesado en que la muerte acaeciese"⁹⁸.

El vestigio positivo de la polémica finca, a mi entender, en la referencia a ciertas personas que dirigen y estructuran a las corporaciones. Esto significa que toda sanción deberá estar basada en la idea de corregir la manera deficiente en que la empresa está organizada, lo que obliga a referir la imputación a una falta imputable a las cabezas de esa organización⁹⁹. Este criterio es el que se ha impuesto en los modelos de derecho comparado¹⁰⁰ y permite conferir una mayor base ética a la sanción (quizá pueda decirse que el límite inferior de la moralidad está dado por la utilidad de una privación).

c.— El criterio de la evitabilidad. Si bien la utilidad de la sanción descansa en la evitabilidad de actos futuros semejantes, hoy en día se defiende la tesis para la cual el empleo de la debida diligencia no debe ser admitido como excusa¹⁰¹; hay quienes sólo están dispuestos a darle cabida como una condición para sentenciar (o sea, medir la pena)¹⁰² y quienes sostienen que la debida negligencia invocada no debe entrar en consideración.

Los sistemas legislativos tienden a admitir que la demostración por parte de las sociedades de que han desplegado los medios a su alcance para evitar la ocurrencia de la infracción es una causal de eximición de pena. Así, el § 130 del OWiG descansa en el empleo del cuidado debido en la supervisión y similares cláusulas aparecen en el apartado 402, 1) del Código Penal Federal de los E.U.¹⁰³. En la Argentina, mediante una interpretación de las leyes vigentes y, en especial de la de aduanas, la Corte Suprema llegó a una tesis en esencia igual: según la doctrina de la buena fe —elaborada por este tribunal— debe eximirse de pena a toda persona colectiva cuando pueda demostrar que sus órganos obraron en la justificada ignorancia de que se estaba infringiendo la ley¹⁰⁴.

Recientemente hay trabajos que se apartan de esta tesis. Si bien es cierto que la evitabilidad es el límite de la punibilidad, no hay razón para buscar esta evitabilidad en un estado inmeditamente anterior a la comisión del hecho prohibido, tal como sería indagar si el directorio o la gerencia general vigilaron a sus empleados o si se revisó la contabilidad. La determinación de la evitabilidad debe estar focalizada en advertir si la estructura organizatoria es deficiente o no. Por este motivo la tesis defendida por los editores de la Harvard Law School según la cual, la diligencia aplicada debe eximir de pena, debe ser rechazada para Coffee¹⁰⁵. Este autor estudia el tema como un problema de prevención individual más que general, como la demostración de que se

encara una modificación estructural más que otra cosa: “La diligencia debida debe ser contemplada no como una defensa (positiva) sino como una condición para sentenciar... la penalidad debería verse reducida si la sociedad imputada puede demostrar en el momento de la sentencia que ha tomado las medidas razonables para supervisar y disciplinar a los subordinados”¹⁰⁶. En el momento de sentenciar puede inquirirse si al tiempo del delito, o aún después de este momento, se han tomado o no nuevas medidas para impedir la repetición o si los empleados negligentes han sido disciplinados o despedidos.

Seth Maxwell va aún más allá¹⁰⁷. Para Maxwell, tal y como ha sido visto, el tema de la debida diligencia proviene de una concepción antropomórfica de las empresas para la cual existe una suerte de núcleo (“inner circle”) equiparable a la mente de los individuos. De aquí que la diligencia sea demostrativa de la ausencia de la culpabilidad que quedaría configurada con la tolerancia de que los agentes de la sociedad manejen fondos inadecuadamente o transgredan medidas tendientes a asegurar que no se contamine el ambiente.

Maxwell presenta una versión alternativa acerca de la naturaleza de la entidad corporativa. Conforme a ciertas versiones modernas las grandes corporaciones constituyen constelaciones de grupos operativos que actúan con un margen amplio de libertad; cada uno de estos grupos es responsable por facetas específicas de la actividad corporativa cuyas exigencias técnicas aseguran un alto grado de independencia. Así, la conducta de los grupos sub-corporativos está determinada en códigos o programas. Una importante característica de los grupos sub-corporativos es la de minimizar las situaciones inesperadas para lo cual se acude a los “Procedimientos Standard de Operación” (SOP). De esta manera, la corporación paradigmática “actúa” cuando los sub-grupos ejecutan las conductas programadas y las acciones ilícitas constituyen, precisamente, la resultante de seguir los programas en cuestión. De aquí se sigue que intentar establecer el papel desempeñado por los agentes gerenciales superiores en responsabilidad supervisoría comporta un derivado de la teoría del núcleo (inner circle) y de la debida diligencia. En realidad la autoridad teóricamente oficial es muchas veces superada por empleados de escalones superiores de una forma no aparente, en base a la carta organizatoria de la compañía¹⁰⁸.

Si se quiere extraer algunas conclusiones de las posiciones que anteceden parece necesario conceder

especial atención tanto a la opinión de Coffee como a la Maxwell. Existen razones para considerar, en la oportunidad de sentenciar, la medida en que la organización de la compañía ha incidido en la comisión del delito o contravención. Se podrá eximir de pena a las sociedades en la medida en que pueda atribuirse la transgresión a una suerte de "casualidad" en relación a las características de la organización.

También podrá morigerarse la sanción cuando se observen modificaciones organizatorias o la aparición de estímulos diferentes o neutralizantes de aquellos que conduzcan a delinquir. Por último, cuando se trate de grandes empresas, la "debida diligencia" deberá abarcar la eficacia de las reglas internas de comportamiento para apuntar a su refuerzo o modificación.

III.—LOS CASTIGOS PERSONALES EN RAZON DE LA FUNCION.

1.— Uno de los problemas arduos que enfrentan los penalistas, en general, es el de compatibilizar la finalidad preventivo-general de la pena con una distribución justificable del castigo. El estado actual del derecho penal demuestra el grado de restricción que las concepciones morales imponen al estado para la aplicación de la pena. La idea según la cual la infracción a las normas penales proviene de individuos que ejecutan conductas cuyas finalidades coinciden con la descripción que encuadra en los preceptos legales constituye ya una significativa limitación: sólo aquel que sabe lo que hace realiza una acción antijurídica¹⁰⁹. La idea general de la culpabilidad está signada por las capacidades personales de los agentes y por el reconocimiento generalizado de que en una sociedad libre no existe un deber general de estar informado¹¹⁰. Recientemente Nino ha explicado con muy buenos fundamentos que la pena criminal sólo puede serle justificadamente impuesta, en un estado liberal, a quien de alguna forma la asume; si la sanción penal persigue una finalidad preventiva, ella sería adjudicada inicuaamente toda vez que su distribución obedezca a la utilidad de la mayoría sin haber sido —de alguna manera— consentida por aquel que la padece¹¹¹. Una idea semejante comporta transformar a algunos en medios para finalidades colectivas en contra de los postulados aún vigentes de la ética Kantiana, para la cual, la persona humana debe constituir un fin en sí misma.

En el plano de los funcionarios sociales, se advierte que ellos se encuentran a menudo más allá de impu-

taciones formuladas, como se señala más arriba, por infracciones basadas en hechos conscientes. La complejidad de las operaciones comerciales y de los manejos económicos impide suponer que los gerentes y directores conocen las situaciones en las cuales se toman las decisiones y, además, también resulta difícil que sepan que ciertas conductas están prohibidas; las órdenes fiscales, aduaneras y regulatorias en general no son conocidas sino sólo por expertos. Una forma de superar estas limitaciones está constituida por la técnica de imponer castigos a la entidad y esperar que, si estas sanciones son lo suficientemente fuertes, las propias empresas generarán las reacciones tendientes a neutralizar futuras transgresiones¹¹². Sin embargo parecería que esta estrategia no basta por sí sola (los motivos fueron ya dados en otro lugar¹¹³) y, por lo tanto, se hace necesario caer directamente sobre los individuos actuantes cuando tienen consigo un significativo poder de decisión.

A primera vista hay dos formas de resolver los problemas de límites que expresáramos más arriba: a.— La primera se desprende de considerar que cada persona que tiene un cierto poder de decisión ha ido comprometiéndose de manera tal que ha asumido ya parte de su responsabilidad (de la misma manera en que un soldado profesional está colocado en una situación más comprometida que un civil en materia de obligaciones emergentes de la guerra).

Con todo, mientras no existan reglas de derecho privado que impongan a ciertos funcionarios empresarios deberes de estar informados o especiales sistemas de comunicación, la condena penal no puede ser dictada sin más¹¹⁴. b.— La segunda consiste en crear un sistema de castigos de tipo regulatorio, vale decir, un orden contravencional. Para este orden uno de los conceptos claves será el de culpa **contravencional o negligencia**.

En el punto siguiente me dedicaré a explicar qué quiero decir con estos términos.

2.— Cuando la Corte Suprema Norteamericana ha impuesto sanciones a individuos ubicados en posiciones de decisión dentro de las empresas ha mencionado con frecuencia que la condena radicó en que el funcionario se encontraba en una "relación responsable" (National Park Bank, 1975¹¹⁵) y que hubiera absuelto ante la demostración por parte del acusado de que se hallaba "imposibilitado de prevenir o corregir la violación"¹¹⁶. En U.S. vs. Balint la terminología empleada fue diferente; allí se dijo que puede castigarse al funcionario negligente (aunque este ignore que la sustancia que maneja es dañina¹¹⁷).

Los criterios empleados, basados en una idea más objetiva de **evitabilidad**, como veremos más adelante, aparecen reflejados también en modelos legislativos: es el caso de las leyes de abastecimiento y aduanas en la Argentina¹¹⁸. En la primera hay una cláusula que dice:

(art. 8) Los directores, administradores, gerentes y miembros de las sociedades que no hubiesen participado en la comisión de los hechos punibles, pero que por sus funciones debieron conocerlos y pudiesen oponerse, serán también pasibles —cuando se les probase grave negligencia al respecto— de las sanciones previstas...

En materia de Aduanas la ley contiene una cláusula similar con el agregado de que se invierte la carga de la prueba: los administradores de la sociedad responden solidariamente de las multas “a menos que prueben ser ajenos al hecho” (art. 193) esto es, que no estuvieron en situación de evitarlo.

No intentaré aquí caracterizar la **evitabilidad** o la **negligencia** funcional; sin embargo creo que resultará útil compararla con la culpa del derecho penal tradicional, ya que ambas, a pesar de ser colindantes, guardan algunas diferencias significativas. Son colindantes porque en ambos casos el que actúa no emplea la diligencia o el cuidado necesarios. No obstante el elemento común, que es el cuidado, hay aspectos diferenciales.

La culpa en el derecho penal se basa en la capacidad del autor. Esta capacidad reconoce dos escalones: el primero se refiere a la comprensión de la situación (solo el que sabe que tiene un revólver en la mano puede obrar descuidadamente con él)¹¹⁹; el segundo escalón no se vincula ya a la capacidad de transgredir el deber de cuidado sino a la creencia de que la conducta era lícita cuando en realidad no lo era¹²⁰. Sólo de la manera indicada puede satisfacerse la exigencia de la culpabilidad para estar en condiciones de afirmar que el autor obró contra el deber; el deber no surge meramente de una situación objetiva, requiere también que el agente concreto conozca efectivamente la situación: **hombre cuidadoso**, como patrón de referencia, es la imagen del propio agente respondiendo, según su saber y entender, a las exigencias propias de la situación¹²¹. Si un niño dispara un arma o un ostensible incapaz conduce peligrosamente un automóvil ignorando el riesgo que ello encarna, no decimos de ellos que actúan imprudentemente. Descuidadamente obra el que puso los instrumentos en manos inidóneas; pero los primeros, en la medida en que no se encuentran en condiciones de establecer la significación de la conducta, no son autores imprudentes sino personas a quienes

“les sucede algo”. De aquí que, en base a intuiciones éticas compartidas, sólo podamos señalar como autor culposo a aquel que sabe lo suficiente como para estar en condiciones—reales y no sólo posibles—de evaluar el peligro¹²².

Por esta razón la negligencia no resulta suficiente para fundamentar una culpabilidad penal ni esta negligencia es definida como culpa inconsciente, en la cual el agente no sabe que obra descuidadamente¹²³. Esta situación impide establecer que esta persona puede obrar cuidadosamente toda vez que esta última implica la posibilidad —real— de emplear una medida mayor de diligencia¹²⁴.

Conforme a las ideas expuestas, es necesario partir de la premisa de que al asumir cargos de jerarquía las personas van obligándose, progresivamente, a informarse y a emplear dosis adicionales de cuidado. Un sistema regulatorio debería depender, en lo esencial, de obligaciones de derecho privado de colocarse en el rol de garantizadores de que el patrimonio social no será utilizado de manera peligrosa o perjudicial.

Hay quienes han sostenido que la existencia de mandatos legales genéricos de ser cuidadoso o de administrar fielmente el patrimonio social es suficiente para colocar a los obligados en el rol de garantes de que el resultado no acaecerá: en autores por omisión cuando no evitasen la consecuencia¹²⁵. A esta posición puede oponérsele objeciones de dos tipos: (a) La primera consiste en que las cláusulas generales, como aquellas que ordenaron cuidado o fidelidad en el manejo del patrimonio ajeno, son demasiado vagas para fundamentar obligaciones concretas de hacer determinadas cosas y, en el campo del derecho penal, la tipicidad de las conductas. (b) En gran medida las acciones que se quiere evitar no son conocidas por los funcionarios sociales. Es más, frecuentemente estos ni saben que deben informarse, porque sólo presencian una partícula o fragmento de complejas manipulaciones ilícitas. Habría que prever la culpa y, aún más, fundar una negligencia de tipo funcional.

3.— Existen, naturalmente, diferencias entre hacerse cargo de la gerencia general de una empresa y obtener licencia para conducir un automóvil. Sin embargo, las prácticas generales en relación a la última de las cuestiones demuestran que existen tópicos bastantes semejantes. Todo futuro conductor debe informarse acerca de las reglas del tráfico y de la manera en que su actividad resultará peligrosa. Cuando el estado le otorga la licencia lo hace bajo el

presupuesto de que el aspirante ha tomado para sí una serie de compromisos entre los que incluye adquirir la información del caso. De esta suerte es admisible la negligencia cuando los peligros o daños típicos provengan de una falta de conocimiento del riesgo o de las prohibiciones.

Estos criterios deberían, a mi entender, aplicarse a ciertas áreas vinculadas a la actividad empresarial. Cuando una sociedad se dedica a la importación o exportación, deberían existir reglas que obliguen a varios o al menos a uno de los directivos a hacerse cargo de que las operaciones se ajusten a las exigencias legales. Lo mismo vale para los problemas de contaminación ambiental para las fábricas, o de seguridad en las sociedades que se dediquen al negocio del transporte o de la fabricación de automóviles.

Es posible que resulte conveniente que existan, también, directivos o altos funcionarios a cargo de vigilar el cumplimiento de las obligaciones fiscales y reglas tales como las de abastecimiento y contabilidad.

4.— Las obligaciones de derecho privado a que aludo en el punto anterior en la Argentina no resultan suficientes tal y como lo describíéramos en otro lugar¹²⁶; es frecuente que las personas que ocupan roles de jerarquía ignoren la clase de actos que autorizan o complementan, ya sea porque estos datos le son ocultados deliberadamente o porque la posición de los funcionarios es la de no enterarse. Hay autores que resaltan la necesidad de reglamentar los sistemas de comunicación interna en las empresas (se sugiere, entre otras medidas, la existencia de autorizaciones escritas para determinados actos en base a modelos del derecho administrativo). Así se ha dicho con razón, por ejemplo, que en aquellas industrias que por su naturaleza pueden contaminar el ambiente el estado debe exigir que las resoluciones del directorio sean tomadas en base a informes de expertos¹²⁷. Hay quienes sugieren, entrando en cuestiones de detalle, sistemas de órdenes y autorizaciones conforme a los cuales los directores o, al menos uno de sus miembros gerenciales, deberían estar informados de los actos que autorizan¹²⁸.

5. Frente a un sistema de reglas de derecho privado —como el que se sugiere en los dos puntos anteriores— el estado está en condiciones de ejercer de modo directo el control penal correspondiente. La omisión de cumplir con recaudos reglamentarios, permitirá imponer sanciones regulatorias (contravencionales) a los obligados, si el estado realiza una relativamente sencilla tarea de inspección.

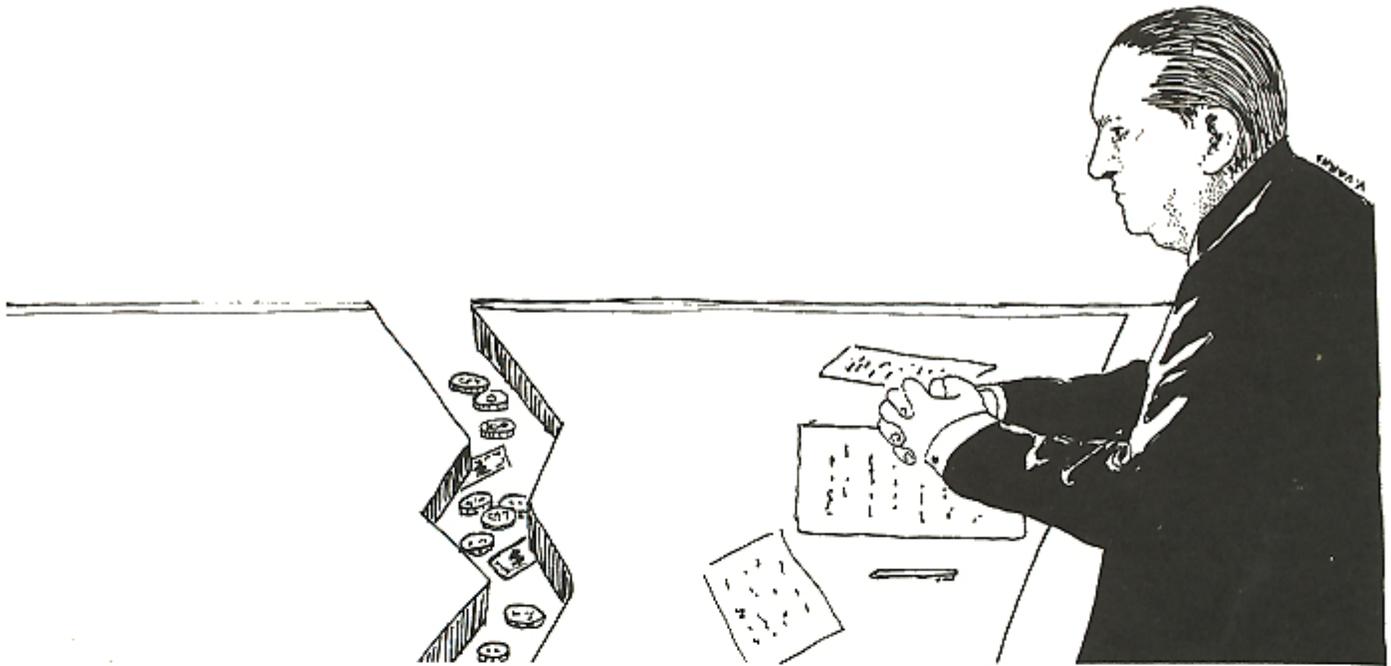
La verificación de que se han producido daños típicos permitirá, en primer lugar, una simplificada tarea probatoria a los jueces penales ya que, si se han cumplimentado los recaudos formales reglamentarios, será fácil establecer quién intervino directamente en la operación y quién la autorizó.

En el caso en que los funcionarios de jerarquía hubiesen asentido a la ejecución de la acción existirán criterios objetivos para establecer que obraron por lo menos negligentemente. Esto último tendrá lugar toda vez que estos omitan enterarse de lo que sucede, en contra de las obligaciones expresamente impuestas. Aquí podrá prevalecer un criterio más objetivo que en la culpa penal, basado en el deber de estar al tanto¹²⁹. De la misma manera en que no siempre un funcionario reúne las condiciones para ejercer debidamente el cargo que ocupa, puede, sobre bases preventivas, imponérsele un castigo por la diligencia que no ha empleado. Si bien la sanción no estará basada en una culpabilidad plena, como ha sido caracterizada más arriba, existirán condiciones suficientes para que ese castigo —si no es excesivo— responda a fundamentos éticos satisfactorios. Esta "negligencia" o "negligencia contravencional" se estructurará sobre la condición social del agente o sea la función que este último desempeña en la empresa.

6.— Las sanciones de tipo individual que aquí se propician deben perseguir una doble finalidad. Por un lado debe evitarse que quienes demuestran su ineptitud para ejercer cargos de responsabilidad continúen al mando del personal o en situaciones de control: el zorro no puede permanecer en el gallinero¹³⁰. Las inhabilitaciones parecen ser las medidas adecuadas.

Las penas disponibles son las cortas privativas de libertad (prisión o arresto), inhabilitaciones penales y las multas. Dada la condición social de los condenados, las primeras son particularmente recomendables, a la inversa de lo que ocurre con el derecho penal común¹³¹. En relación al último se ha tendido a suprimir las penas cortas de encierro ya que apartan al individuo de su medio, creándole problemas adicionales de adaptación a una vida arreglada si no median especiales razones preventivas (de seguridad).

En el caso de la delincuencia societaria, las circunstancias son otras: el miedo al estigma, en especial el terror a ser señalado como un "delincuente" puede ejercer una influencia disuasoria sobre el hombre de negocios.



La razón expuesta en el párrafo precedente torna útil la publicidad como medio sancionatorio autónomo¹³². Mientras las sociedades tienen los medios para realizar contra-campañas tanto o más eficaces que la publicidad estatal, los individuos no cuentan por lo general con los medios económicos suficientes¹³³. Por este motivo este medio puede comportar un sucedáneo eficaz cuando los hechos no demuestran suficiente entidad como para acudir a la prisión o al arresto.

IV. CONCLUSIONES: RECOMENDACIONES PARA LAS LEGISLACIONES LATINOAMERICANAS.

Para llegar a conclusiones válidas haría falta explorar terrenos de los que este trabajo no se ocupa. Estos serían, entre otros, el de hallar sanciones adecuadas a los tipos de empresas y a las características concretas de las infracciones. Mientras los empresarios arriesgados se verían más eficazmente disuadidos por una sanción menor pero de más probable imposición, lo opuesto sucedería con los gerentes y funcionarios "burocratizados". Estos últimos podrían pensar en asumir los riesgos inherentes a las acciones ilícitas sólo si ello no comporta una posibilidad seria de que el castigo lleve consigo el sello del estigma y la segregación de entre los "honestos ciudadanos".

A pesar de lo expuesto hay algunos principios que

deben servir, a mi entender, de guía para una eficaz legislación en Latinoamérica. En la mayoría de los países de la región las economías inflacionarias y la inestabilidad política caracterizan al empresario como un individuo afecto al riesgo, pero ambicioso en sus metas. A mi entender, las reglas que deben gobernar estas sanciones son las que paso a enunciar:

A— Sanciones a las sociedades

I.— Deben ser proporcionales no sólo a la infracción sino también al capital social. Esto tiende a evitar que las consecuencias negativas se desparamen, afectando a acreedores y produciendo quiebras con el consiguiente aumento del desempleo.

II.— La base para sancionar a las sociedades deberá provenir de transgredir obligaciones impuestas a ellas o de ejecutar conductas en su beneficio, aunque este no sea logrado (conf. sistema alemán).

B— Sanciones a los Directivos

I.— Deben establecerse reglas que creen infracciones de dos clases. Una primera consistirá en ejecutar aquellas conductas que resultan perjudiciales y que los legisladores sancionan por lo general con medios contravencionales o penales en sentido estricto. En segundo lugar deben

- estructurarse contravenciones de tipo omisivo respecto de directivos, gerentes (o ambos), conforme al tipo de sociedad de que se trate.
- II.— Respecto de las omisiones, las sanciones contravencionales aconsejables son las multas y los arrestos por plazos breves cuando estas omisiones configuren casos de negligencia ostensible. En caso de reincidencia deberán establecerse sanciones consistentes en inhabilitar al funcionario por un período considerable de tiempo.
- III.— Las sanciones a la sociedad y a los directivos responden a infracciones diferentes; especialmente cuando los últimos lo constituyen omisiones funcionales. Por esta razón cabe la imposición conjunta de ambos tipos de sanciones.

NOTAS

Esta primera parte del artículo constituye una versión modificada del primer capítulo de mi libro *Persona Jurídica y Penalidad*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1981. El trabajo fue hecho gracias al apoyo de la Fundación Alexander von Humboldt.

- (1) De esto me ocupo en "Política Criminal de las Empresas" (a publicarse, Ed. Hammurabi, Bs. As.).
- (2) La **Geldbusse** ha sido diferenciada siempre de la **Geldstrafe** o multa penal. La primera corresponde al ámbito del derecho contravencional, la segunda a la esfera del derecho penal propiamente dicho. (Así, ya Binding, *Grundriss*, 1913, p.264, confiere a la primera una naturaleza esencialmente civil). Aunque sobre el distingo volveremos más adelante, resulta oportuno señalar que, desde el punto de vista de la teoría de la pena, se afirma que la **Geldbusse** no deja una "mácula" en la cabeza del ofensor, mientras que la **Geldstrafe** sí (confr. Klaus Tiedemann, *Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht*, 1967, t.I, ps. 149 y ss; Erich Göhler, *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit Juristischer Personen*, Internationales Kongress für Rechtsvergleichung, Budapest, 1978, p. 19). Desde el punto de vista de las consecuencias inmediatas, la **Geldstrafe** es convertible en prisión y la **Geldbusse** no lo es.
- (3) Göhler, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 5a ed. 1977, p. 190; Bernd Schünemann, *Unternehmenskriminalität*, 1979, alude a la "anónima imposición de una **Geldbusse** a una sociedad" p. 165.
- (4) Volker Kaiser, *Verbandsanktionen der Ordnungswidrigkeitengesetzes*, Inaugural Dissertation (no publicada), 1975, ps. 98 y 215, en una posición crítica respecto de la accesoriedad.
- (5) Volker Kaiser, ob. cit., ps. 174 y ss; Erich Göhler, *Der Ordnungswidrigkeitengesetzes (OWiG)*, 3a. ed., 1974, ps. 172 y ss, y 5a. ed., 1977, p.188.
- (6) Confr. Göhler, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit* cit., p. 20. En cuanto al deber de vigilancia (**Aufsichtspflicht**), infra(d).
- (7) Comparto la tesis para la cual la culpabilidad supone el conocimiento del autor y excluye un posible rol pedagógico por parte del estado (confr. Malamud Goti, *Doctrina Penal*, No. 16, 1981, p. 699 y ss).
- (8) Göhler, *OWiG*, 5a. ed., cit. ps. 186/187.
- (9) Con la introducción del § 14, *StGB*, a partir de la reforma, confr. Hermann Blei, *Strafrecht*, I, 17a. ed., 1977, ps. 238 y ss; Günter Stratenwerth *Strafrecht*, I, A.T., 2a. ed., 1976, p. 261, alcanzando también los casos de la posición de garante en la omisión impropia; Karl Lackner, *StGB*, 12a. ed., 1978, ps. 59 y ss. En el ámbito de las sociedades: Tiedemann, *Wirtschaftskriminalität*, cit., t.I, p. 155.
- (10) Si no es alguna de estas cosas, la conducta no está prohibida.
- (11) En Alemania la cuestión de la autoría desató en su momento una nutrida polémica sobre los problemas del error y la participación criminal. No es este el lugar de volver sobre la cuestión.
- (12) Entre otros, Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 ed., 1969, p.104.
- (13) Tiedemann, *Wirtschaftskriminalität*, t.I, p.155; Schünemann, *Unternehmenskriminalität*, ps.140 y ss. Confr. También, Paul Bockelmann, *Strafrecht*, A.T., 1973, ps. 165 y ss.
- (14) Schünemann, *Unternehmenskriminalität*, p.141.
- (15) En relación al tema específico, Schünemann, *Unternehmenskriminalität*, ps.62 y ss. En punto a los delitos de omisión: Wolfgang Schöne, *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*, 1974, ps. 77 y ss.
- (16) Schünemann, *Unternehmenskriminalität*, p.118: "La contravención es, según la doctrina pacífica, la jurisprudencia y la voluntad del legislador, una condición objetiva".
- (17) Así, Schünemann, *Unternehmenskriminalität*, exige que se de "una efectiva situación de control sobre las actividades peligrosas" (**Oberherrschaft über gefährliche Sachen und Verrichtungen**) o una conducción real en virtud de una posición de dominio —en sentido jurídi-

- co— mediante órdenes a los subordinados (**rechtlichen Befehlsgewalt**). p.95, Tiedemann concede al **Aufsichtspflicht** del § 130 una "vecindad dogmática" con la posición de garante (**Wirtschaftskriminalität**, t. I, p.204). Críticamente en este punto: Schünemann (ob. cit , ps. 69/70).
- (18) Göhler, **Strafrechtliche Verantwortlichkeit**, cit , p.12.
- (19) Schünemann, **Unternehmenskriminalität**, cit , ps. 117 y 118.
- (20) Tiedemann, **Wirtschaftskriminalität**, cit , t.I, ps. 202 y ss ; Schünemann, **Unternehmenskriminalität**, cit. ps. 120 y ss.
- (21) Göhler, **Strafrechtliche Verantwortlichkeit**, cit , p. 21.
- (22) Confr : Göhler, OWiG, 5a. ed , p.180. El WiSTG es el código que contiene las previsiones especiales al derecho penal administrativo en el ámbito económico, promulgado en 1954. La aplicación de los principios aquí explicados se hace patente en el ámbito de las maniobras monopolísticas en el trabajo de Klaus Tiedemann, **Kartellrechtsverstöße und Strafrecht**, 1976.
- (23) Göhler, **Strafrechtliche Weantvortlichkeit**, cit , p.15.
- (24) Confr. Nino, Los límites de la responsabilidad penal, 1980, p.218 y ss.
- (25) Justus Krümpelmann, **Bagatelldelikte**, 1966, p. 164.
- (26) Volker Kaiser (ob. cit , 1975) se opone, excepcionalmente, a admitir la constitucionalidad de la Geldbusse a sociedades por cuanto se trata a su entender, de una pena, y no una medida accesoria, requiriendo, por ende, culpabilidad (ps. 93 y ss).
- (27) OWiG, 5a. ed , antes del § 30 y artículo citado.
- (28) **Wirtschaftsstrafrecht**, I, cit , p.149.
- (29) Schünemann, **Untermenskriminalität**, ps. 62 y ss.
- (30) L.N. Leigh, **The criminal liability of corporations and other groups**, "Ottawa Law Review", vol. 9, No 2, 1977, p. 270.
- (31) U.S. National Commission of Reform of Federal Criminal Laws, Study Draft of a New Criminal Code, 50-31 (1970).
- (32) Leigh, ob. y lug. cites.
- (33) En especial el Model Penal Code se limita a establecer que una sociedad (**corporation**) puede ser condenada por un delito si... c) la comisión del delito fue autorizada, solicitada, ordenada o ejecutada por el directorio o por un alto agente gerencial actuando en representación de la sociedad y en el curso del empleo (American Law Institute, Model Penal Code, 1962).
- (34) El problema de la relación funcional fue decidido en el caso de la Holland Furnace (1946). Aquí se habrían transgredido prohibiciones de abastecimiento en tiempo de guerra (War Productions Board). La empresa pudo acreditar que los vendedores habían operado por su cuenta; la empleadora probó haber realizado esfuerzos destinados a evitar las transgresiones, todo lo cual le valió a la sociedad la absolución (Seth Maxwell, Corporate Criminal Liability, U.C.L.A. Law Review, vol. 29, p.447).
- (35) Confróntese Seth Maxwell, lugar citado en la nota (34).
- (36) Esto se desprende de las concepciones del Model Penal Code y del Federal Criminal Code; el proyecto de reforma del código penal del California (art. 2305) se parece notoriamente al último de los modelos aunque se preve la responsabilidad **ex lege** de la sociedad sin identificar quién debe ejecutar la conducta para que esa responsabilidad nazca (art. 2305, b 1).
- (37) United States Supreme Court, New York, "Cent, H.R. R. Co. vs. United States", 212 "U.S." 481.
- (38) F. Pollock, **The Law of Torts**, 1923, ps. 72 y ss. En este trabajo, que aporta una clasificación de considerable cantidad de casos, se prevé, en síntesis, que el agente obre **para** el empleador o que este último, desaprensivamente (**recklessly**), permita que el empleado perjudique a terceros. Un ejemplo del último caso lo brinda el secretario de un abogado que extravía los valores confiados por un cliente, Confr. Maxwell, nota (33).
- (39) Leigh, ob. cit , 248 y ss.
- (40) Ver exposición de motivos del **Model Penal Code** (American Law Institute, 1962, s.207 s). En otro lugar explicaremos la razón por la cual la polémica entre los defensores de la "teoría de la ficción" y de la "personalidad real" esconden la naturaleza del verdadero problema (III infra).
- (41) Packer, The Limits of the Criminal Sanction, 1969, p. 354 y ss.
- (42) Leigh, ob. cit , p. 293.
- (43) Maxwell, nota (33).
- (44) Ver: **Revised Statutes of Canadá**, 1970.
- (45) Seth Maxwell dedica a este tema la parte central del artículo que citamos en la nota (34).
- (46) Como condición para sentenciar, Coffee, No Soul to Damm: No Body to Kick, Michigan Law Review, Jan. 1981, vol.79, No. 3, ps. 445.

- (47) Confr : Leigh, ps. 268 y ss. y jurisprudencia allí citada.
- (48) Leigh, ob. y lug. cito.
- (49) Seth Maxwell en lugar citado nota (34).
- (50) The Law Commission, Working Paper, 44 (1972).
- (51) Leigh, ob. cit, p. 259.
- (52) Ver al respecto: Sanford E. Kadish y Monrad Paulsen, **Criminal law and its processes**, 3a. ed , ps. 128, 1975 y ss , en lo relativo a las sociedades, ps. 412 y ss.
- (53) Kadish y Paulsen, ob. cit , p. 128, comentando una sentencia de 1910.
- (54) Packer la caracteriza como sanción "para-civil" (ob. cit. (nota 40) p. 360).
- (55) **Infra**, I, No. 4.
- (56) Confr : Kadish y Paulsen, ps. 147/148. El **Model Penal Code** no acoge la doctrina del **strict liability** para delitos, admitiéndola sólo para transgresiones regulatorias en la medida en que la sanción no implique ningún efecto estigmatizante.
- (57) **Limits**, p. 76. Desde el punto de vista teórico, ver H.L. Hart, en Inglaterra, **Punishment and Responsibility**, ps. 12 y 221, desde el punto de vista de la efectividad mínima del castigo.
- (58) George P. Fletcher, **Rethinking criminal law**, 1978, ps. 468/469. Este autor defiende, en síntesis, una tesis semejante a la del error de prohibición que afecta culpabilidad y error de tipo en cuanto al dolo y a la configuración de lo injusto, tal y como se practica el **distingo** en Alemania.
- (59) Confr. Fletcher, **Criminal Omissions: Some Perspectives**, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 24, No. 4, otoño de 1976, p. 703 y ss.
- (60) Confr. caso "**Dotterweich**", en Fletcher, **Rethinking Criminal Law**, p. 585.
- (61) Esta fue la tendencia mostrada en 1885 en "**Van Weel v. Winston**", referida al manejo supuestamente fraudulento de fondos por parte del presidente Winston. La Corte afirmó que de haber responsabilidad por parte de Winston, esta deberá ser positivamente establecida y, en ese caso, ella perjudicará a los accionistas, no a terceros en relación a la sociedad (29 "Law Ed." 886 y 887). Este tipo de responsabilidad se parece mucho a aquellos regímenes de quiebras que, dadas ciertas circunstancias, amplían la declaración de falencia a directivos que no son responsables solidariamente por las deudas sociales (Confr. Azerrard, **Extensión de la quiebra**, 1979, p. 89 y ss).
- (62) United States Supreme Court, 28 Law Ed , 1938 y ss.
- (63) United States Supreme Court, 39 Law Ed , 1008.
- (64) Leigh, ob. cit , p. 275.
- (65) United States Supreme Court, 320 "U.S." 277.
- (66) Fletcher, **Rethinking**, ps. 178 y ss.
- (67) Fletcher, ob y lug. cito , p. 126, critica la doctrina de la **strict liability** tal como aparece consagrada en "**Dotter weich**", en razón de que la **mens rea** no puede quedar totalmente fuera de la cuestión. El argumento radica en que sólo resultaría admisible soslayarlo parcialmente, y más aún en el caso de las omisiones, en las cuales, si siguiéramos la interpretación de la Corte, desaparecería el **actus reus** directamente.
- (68) United States Supreme Court, 1972, 258 "U.S." 250, 42 "S.ct" 301, 66 "Law Ed." 604.
- (69) En punto a este tema en el derecho anglosajón, confr. H.L.A. Hart, **Punishment responsibility**, 1975, ps. 140 y ss. Por mi parte, creo con Hart que la "negligencia" no satisface los requisitos de la culpabilidad. La última hace referencia a una posibilidad, individual concreta de evitar la acción ilícita. La negligencia, por el contrario, significa imponer un patrón ideal para afirmar que el autor no ajustó a él su conducta, aunque no estuviese en condiciones de obrar de otra forma.
- (70) Si se leen a **contrario sensu** los considerandos se advierte que la base para condenar fue la "posibilidad de prevenir o corregir la violación". Esta "posibilidad" nace de un patrón ideal, objetivo. Se trata, en definitiva, de la llamada culpa inconsciente o negligencia cuya punición puede encontrar asidero en reglas de utilidad pero no en el principio de culpabilidad. (En mi trabajo "**La estructura penal de la culpa**", sostengo este extremo pero, equivocadamente, pretendo basar en él la justificación moral del castigo penal criminal; 1976, p. 122).
- (71) Paul N. Ryu y Helen Silving, **Comment on error juris**, "*The American Journal of Comparative Law*", No 4, 1976, p. 693. Aquí comenta el caso "**Lambert**", en el cual la Corte Suprema absolvió a quien no estuvo en condiciones de actuar positivamente por no haber tenido oportunidad de conocer la existencia del mandato, Confr. Fletcher, ob. cit , p. 629. En relación a la imposición de deberes en forma no suficientemente restrictiva y la violación del principio **nullum crime**, ver George Fletcher, **Criminal omissions: some perspectives**, "*The American Journal of Comparative Law*", vol. 24, No 4, 1976, ps. 709 y ss.
- (72) **Supra** 2 (c).

- (73) En mi trabajo —Persona Jurídica y penalidad— me ocupo de recoger parte de la polémica, especialmente en la Argentina (1981, p. 40 y ss.).
- (74) En derecho penal esta es la tesis que ha sostenido Gramajo en su trabajo, *La acción en la teoría del delito*, 1975, p. 104 y ss.
- (75) En esto no resulta consecuente defender la tesis de Gramajo (nota (74)). Para una visión de los distintos planteos, Satanosky, *Derecho Comercial*, t.I, p. 52 y ss.
- (76) Confr. Boffi Boggero, *Estudios Jurídicos*, 1960, p. 25 nota (1) de ese libro.
- (77) Confr. Satanosky op. loc. cit. nota (75).
- (78) Ver el artículo *Definición y teoría en la ciencia jurídica*, del libro del mismo autor *Derecho y moral (contribuciones a su análisis)*, trad. por Genaro Carrió, 1962, p. 93 y ss.
- (79) Hart, op. loc. nota (78); Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 407 y ss.
- (80) En el derecho privado estas cuestiones son debidamente elucidadas por Le Pera, *Cuestiones de derecho comercial moderno*, 1974, p. 79 y ss.
- (81) *Culpabilidad, la responsabilidad solidaria*, en el diario *La Ley*, Buenos Aires, 1979.
- (82) Para una visión general del tema desde el punto de vista ético, confr. Benn y Peters, *Social Principles and the Democratic State*, impresión de 1977, p. 237 y ss. También mi trabajo *Persona Jurídica y penalidad* (citado en nota (1)), p. 42, nota (5). Mi equivocación allí radicó en confundir la posibilidad de abrir juicios éticos sobre entidades y tomar partido por la teoría de la personalidad real. La "realidad de la persona" sería, en todo caso un hecho, y de los hechos no se infieren razones. Estas deben surgir de órdenes normativos (confr. Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 64 y ss.).
- (83) "A medida que las penas se tornan más severas, las lagunas que existen entre los inversores éticos, como concepto normativo, y el inversor económico, como realidad empírica, comienzan a cerrarse" (Coffee, *No Soul to Damn: No Body to Kick*, *Michigan Law Review*, enero de 1981, Vol. 79, No 3, en la página 422).
- (84) Nino, *The Concept of Harm in Criminal Law*, relato presentado en el seminario que organizáramos en la *Institut für Kriminologie*, dirigido por Klaus Tiedemann (Friburgo, junio de 1982).
- (85) Para una explicación de este proceso en relación a las teorías de la contravención, Malamud Goti, *Persona Jurídica y penalidad*, 1981, p. 54 y ss.
- (86) Este es el caso del art. 198 de la ley de aduana en la Argentina.
- (87) Confróntese la explicación que da Tiedemann respecto de las diferencias de connotación ética entre la pena criminal y la contravencional, en *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, t.I, 1976, p. 144 y ss.
- (88) Así lo entendió, correctamente, la Corte Suprema en la Argentina: *Colección de Fallos*, tomo 185, p. 194; tomo 155, p. 290.
- (89) Este principio se desprende del deber de vigilancia sobre los empleados del código contravencional alemán (§ 130 del OWiG). En igual sentido, en los E.U. del Federal Criminal Code (con excepción de las personas de influencia decisiva sobre la empresa, y el Model Penal Code (2.07). En general esto es reproducido por las leyes especiales en la Argentina.
- (90) Por ejemplo, en la Argentina Linares, *Poder discrecional administrativo*, 1958, p. 127; en igual sentido Rubio García Mina, en España, *La responsabilidad civil del empresario*, Madrid, 1971, p. 31 y 58.
- (91) Schünemann, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 120 y ss.
- (92) Así Seth Maxwell, *The Foreign Corrupt Practices Act and Other Arguments Against Due Diligence Defence to Corporate Criminal Liability*, en *U.C.L.A. Law Review*, Vol. 29:447, p. 46 nota 51: lo importante es determinar el ámbito del riesgo que comporta la actividad empresarial. De forma similar, en el derecho civil Borda, *Derecho civil argentino, Obligaciones*, t.I; 2a. ed. p. 267 y ss.
- (93) Schünemann, op. loc. cit (nota (91)).
- (94) Confr. Benn and Peter, loc. cit (nota (82)).
- (95) Satanowsky, lugar citado, nota (77).
- (96) Las recientes leyes de Defensa de la competencia y de cambios dictados por el gobierno de facto en la Argentina.
- (97) Para una explicación, Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2a. ed., 1967, p. 105, nota (52). Aquí se expone claramente el criterio subjetivo de la autoría, basado en los deseos o interés de las personas (confr. también Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice en derecho penal*, Madrid, 1966, p. 42 y ss.).
- (98) Roxin, op. loc. cit (nota (97)).
- (99) Malamud Goti, *Persona jurídica y penalidad*, cit. (nota (73)) p. 612.
- (100) Quizá el que lo destaque más claramente es el OWiG

- alemán que hace basar la responsabilidad en los actos de los directivos (§ 30) o en la omisión de vigilancia de estos (§ 130).
- (101) Seth Maxwell, loc. cit. (nota (92)).
- (102) Coffee, loc. cit. (nota (83)) p. 445.
- (103) National Com. of Reform (1970).
- (104) Así la Corte Suprema en la Colección Fallos, tomo 254, p. 301, y tomo 256, p. 43. En realidad la Corte invoca el principio de **culpabilidad** (erróneamente, a mi entender).
- (105) op. loc. cit. en la nota (102).
- (106) ibidem, nota (102).
- (107) op. cit. (nota (92)).
- (108) ibidem.
- (109) Dentro de la teoría continental europea creo que el aporte de Welzel ha comportado una posición esclarecedora en el sentido de concebir a la ilicitud penal como la infracción de un deber. El disvalor de acción consiste en querer ejecutar esa acción que está prohibida. Una fundamentación de esta posición en Kaufmann, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, p. 102 y ss; Zielinski, *Handlungs und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, 1973, p. 57 y ss).
- (110) Confr. Kaufmann, op. cit (nota (109)) p. 160 y ss. En definitiva —se dice— un deber de conocer una norma debe estar precedido por otro deber de conocer la regla que impone este deber; y así ad infinitum.
- (111) Me convence —en principio— la tesis de Nino: Los límites de la responsabilidad penal, 1981, p. 218 y ss.
- (112) Coffee, *No Soul to Damn: No Body to Kick*; Michigan Law Review, enero de 1981, vol. 79, p. 393 y ss. ps. 448 y ss.
- (113) En el trabajo citado en la nota (1).
- (114) Schünemann, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, ps. 30 y ss.
- (115) 421 U.S. 658 (1975).
- (116) loc. cit. nota (116).
- (117) "La política legislativa puede, con el fin de estimular el debido cuidado, requerir el castigo de la persona negligente aunque esta sea ignorante de la naturaleza dañina del producto que vende" (U.S. Supreme Court, 1972, 258 U.S. 250, 42 "S.ct." 301, 66 Law Ed. 604).
- (118) La ley de Abastecimiento es la No. 20.680 (art. 8), la de Aduana es la 21.898, art. 193.
- (119) Aquí puede resultar útil mi trabajo, *La estructura penal de la culpa*; 1976, p. 101 y ss. También Jakobs, *Studien zum Fahrlässigen Erfolgsdelikte*, 1972, p. 67 y ss.
- (120) Malamud Goti, op. cit. nota (119) p. 109 y 110.
- (121) Schmidhäuser exige para fundar la culpa una conciencia real de los hechos y acontecimientos en base a los cuales podrá hablarse de un deber de obrar con cuidado; *Strafrecht*, 1970, p. 34.
- (122) Confr. H.L.A. Hart en *Punishment & Responsibility*: la condena penal basada en el patrón universal "puede llevar a que un individuo sea tratado, a los efectos de la condena, como si tuviese capacidades que no poseyó, pero que un hombre común y razonable posee y pudo haber ejercitado" (p. 153).
- (123) Jakobs, op. cit. nota (119); Malamud Goti, op. cit. nota (119), p. 109 y 110.
- (124) Hart, op. loc. cit. en nota (122).
- (125) Bacigalupo, *Cuestiones penales de la nueva ordenación de sociedades y aspectos legislativos del derecho penal económico*, 1974, p. 32 y ss.
- (126) Confr. loc. cit. nota (1).
- (127) Por ejemplo, Christopher Stone, *Corporations and The Law: Ending The Impasse*, en *Crime at the Top* (ed. por Johnson & Douglas) p. 332.
- (128) El profesor Braithwaite, de Australia, me ha hecho interesantes sugerencias al respecto.
- (129) Jescheck, por ejemplo, habla de un deber de estar informado propio del derecho penal económico; a mi entender este es demasiado amplio a los efectos de la tipicidad; *Lehrbuch*, 2a. ed, 1972, p. 346.
- (130) Aquí utilizó la expresión de Geis; *Detering Corporate Crime*, en *The Criminologist: Crime and The Criminal*, editado por Reason, 1974, p. 332.
- (131) Confróntese la experiencia norteamericana en el caso de la conspiración del *Electrical Equipment*; en ella penas cortas de prisión demostraron una alta eficacia preventiva o disuasoria no sólo para los reos sino también la generalidad, confr. Geis, op. cit. nota (130) p. 255, Tiedemann, en *Doctrina Penal*, 1977, p. 145 y ss.
- (132) Coffee, nota (112) p. 425/6; Tiedemann, *Kartellrechtsverstöße und Strafrecht*, 1976, p. 34, aunque con ciertas reservas.
- (133) Coffee nota (112) p. 425/6.