

La intervención de la persona jurídica en el delito

Javier Isaac Arriola

Resumen: En el presente trabajo se proponen algunas ideas iniciales sobre la intervención de la Persona Jurídica en el delito, a partir del enfoque sistémico y realista que permite identificar correctamente el sustrato real que queda conformado detrás de esta.

Abstract: *This paper proposes some initial ideas on the intervention of the legal entity in crime, based on the systemic and realistic approach that allows to correctly identify the real substratum that lies behind it.*

1. Introducción

En lo que sigue, se parte de asumir como válidas ciertas premisas que son la base de una determinada concepción del mundo y de la posibilidad de conocerlo, del derecho en general y del derecho penal en particular. A partir de aquellas, se intenta fundamentar el uso del instrumento técnico que establece la responsabilidad penal de la persona jurídica -*en adelante RPPJ*- a través de la sistemática que, con distintas tensiones, aporta la teoría del delito.

Desde esta perspectiva, para poder comenzar a esbozar una justificación racional -tanto material como práctica- de la RPPJ, en primer lugar, deberá poder conocerse y explicarse el sustrato real que se encuentra detrás del fenómeno de la personificación jurídica. Luego, habrá que realizar una valoración ética sobre el suceso que se pretende regular, que permita vincular lo que es con lo que debería ser. Y, finalmente, identificar en la sistemática de la teoría del delito sus distintas instancias en tanto condiciones necesarias para la aplicación de la norma penal que atribuye esta clase de responsabilidad.

Esta manera de abordar la cuestión de la RPPJ presupone que toda ley penal es una herramienta técnica, creada por el hombre, que debería servir para *convivir en libertad*¹. En orden a alcanzar tal objetivo, habrá de estar fundada sobre la base de dos presupuestos.

¹ Esta concepción se basa en la idea de Mario Bunge sobre la norma como una herramienta técnica que sirve como una razón para actuar. Una prescripción para la acción. A su vez, desde esta concepción, la norma estará fundada cuando se basa tanto en leyes (naturales o sociales) como en juicios de valor. En este sentido, el modo en que se derivan las normas bien fundadas no se ajusta a ninguna regla de inferencia deductiva sino de una inferencia praxiológica según los siguientes patrones de inferencia: Ley

Presupuesto 1) La explicación de una parte específica de la realidad a la que es posible acceder por medio del conocimiento científico disponible en un tiempo histórico determinado;

Presupuesto 2) Un juicio de valor que permita distinguir lo bueno y lo malo de la situación de hecho en particular y los medios correctos para alcanzar aquello que se considere bueno. En los estados constitucionales de derecho, este marco valorativo viene dado, en gran parte, por las normas y principios constitucionales. En alguna medida, esta instancia tiende a fijar o definir los límites de las esferas de libertad individual.

Fundamentada en estos dos presupuestos, constatada la situación de hecho (con sentido) que se pretende regular, la ley estará en condiciones de asignar determinadas consecuencias jurídicas con efectos prácticos en el mundo real. Ello dependerá, aún, de la verificación de las distintas instancias de la teoría del delito para afirmar la existencia de un injusto culpable. La racionalidad de una ley penal se evaluará, según esta posición, por su eficacia en la práctica y por su compatibilidad o no con ciertos valores comunes propios de la comunidad en la que se aplica.

Desde esta perspectiva, es posible identificar una regla de comportamiento contenida en la propia norma penal que se obtiene a través de una inferencia práctica a partir de sus dos presupuestos. Ésta se refiere a acciones concretas que son las portadoras de los valores -que expresan un determinado sentido-, y no a proposiciones vacías que flotan en un mundo de ideas. El alcance del “hecho con sentido” que será objeto de la norma penal no es algo que le venga dado de forma previa a éste, aunque sí está condicionado por los límites del sustrato real que se pretenda regular y que es posible conocer gracias a los resultados de la investigación científica.

Lo dicho hasta aquí asume ciertos presupuestos filosóficos, éticos, epistémicos y políticos que no son posibles de explicar en este espacio, ni, menos aún, justificar su validez. Sin embargo, quedarán expuestos implícitamente a medida que se avance en el tema, pues en gran parte explican el resultado al que, finalmente, se llega.

2. La personificación jurídica desde el enfoque sistémico y realista

La perspectiva sistémico realista fundamentada en la filosofía de Mario A. Bunge, tiene la ventaja de armonizar intereses individuales y colectivos, vinculándolos explícitamente en el análisis de la cuestión teórica que se afronta. Este encuadre permite superar la estrategia de priorizar intereses colectivos sobre los individuales (holismo) o, su inversa (individualismo),

= Si A es el caso o se hace entonces resulta B; Juicio de valor: B es malo o erróneo; Norma: A debería evitarse o habría que abstenerse de hacerlo.

cuyo resultado -en ambos casos- es la colisión mutua y recíproca pero no el avance científico en la disciplina.

En materia de sociedades comerciales, los profesores José D. Botteri (h) y Diego Coste han aplicado el enfoque sistémico realista para reformular los postulados básicos de la doctrina en la búsqueda de relacionar adecuadamente intereses individuales con intereses colectivos. Para ello, han identificado y estudiado los factores de cohesión, composición, entorno, estructura y mecanismos del sistema social que queda configurado cuando se constituye una persona jurídica (Botteri & Coste, 2010).

A partir de la propuesta filosófica expuesta por Bunge (Bunge 2012, 289), los citados profesores sostienen que el sustrato real de una sociedad comercial es un *sistema social* compuesto por personas físicas y cosas². Éste, es un objeto complejo y concreto, distinto de sus miembros individuales, que surge a partir de la libre decisión de personas físicas de vincularse entre sí para cooperar en el logro de ciertos objetivos que individualmente no podrían o, no quieren, obtener.

Este sistema social posee ciertas propiedades emergentes que le pertenecen solo al sistema y a ninguno de sus miembros en particular. Por ejemplo, un nombre, un patrimonio, un domicilio, un objeto social, etc. Todas estas son propiedades del conjunto, y no de sus miembros en forma individual. La *persona o personalidad jurídica* es también una propiedad emergente de este sistema social, que surge como novedad cualitativa a partir de la decisión de los socios de hacer uso de un recurso técnico denominado contrato de sociedad y de la aplicación al mismo de las normas civiles y comerciales.

Las normas jurídicas contenidas en el contrato de sociedad y en la ley civil y comercial atribuyen derechos y obligaciones a varios individuos como si fueran uno solo -*proceso normativo de personificación*-. Sostienen Botteri (h) y Coste que las normas jurídicas personifican a un conjunto de individuos cuando les permiten a éstos ejercer derechos y contraer obligaciones en una actividad determinada, a través de un único nombre, domicilio y patrimonio como si fueran una sola persona. Ello, con absoluta independencia del grado de responsabilidad, cantidad, condición y calidad de sus miembros.

² Según Botteri (h) y Coste el sistema en particular que constituye el sustrato real de la sociedad comercial pertenece a la categoría de *sistemas sociales* por cuanto algunos de sus componentes son personas humanas y otras son cosas. La inclusión de sujetos y cosas deriva del hecho que resulta inconcebible, para una perspectiva realista, un conjunto de sujetos que carezca de toda interacción con su entorno. En una sociedad comercial el sistema estará compuesto por los socios, el dinero aportado por cada uno, los bienes de capital, los administradores, los empleados etc.

La *persona jurídica*, entonces, es el resultado de la operación normativa a través de la cual se otorga el carácter de persona a aquello que naturalmente no lo es. Mas ello no implica la transferencia de la idea de “personalidad”³ desde una persona natural individual hacia el conjunto de seres y cosas que conforman el sistema social determinado. Implica, en los hechos, la atribución legal de derechos y obligaciones a un conjunto de individuos y cosas - sistema social- como si fueran una sola persona.

Cronológicamente, la personificación jurídica del conjunto de socios y cosas -*sistema social*- ocurre de manera simultánea a la constitución de la sociedad con la firma del contrato social, es decir al tiempo que emerge el propio sistema social que configura el sustrato real de aquella. Por ello, en este trabajo aparecerá, varias veces, la denominación “persona jurídica” para referirse directamente al sistema social aunque, en rigor, la primera sea una propiedad emergente del segundo.

Siguiendo a Bunge, los profesores Botteri (h) y Coste, sostienen que la mejor manera para conocer y explicar el sistema social que queda conformado detrás una sociedad comercial, es el estudio de cuatro elementos que son propios de todo sistema. Los componentes, la estructura, los mecanismos y el entorno.

Sus *componentes* o elementos principales son **los socios**⁴. Ello se justifica porque el sistema social que emerge es, precisamente, producto de su libre decisión. El factor de cohesión entre ellos es, en este sentido, la cooperación⁵. Pero también los socios compiten en ciertos aspectos, como por ejemplo, en la elección de los administradores de la sociedad, la distribución de dividendos, etc. El equilibrio entre la cooperación y la competencia de sus miembros garantiza la estabilidad del sistema social.

También los directores, administradores, fiscalizadores y empleados son componentes del sistema social. Sin embargo, éstos son componentes secundarios con relación a los socios. En primer lugar, porque el propio sistema social, en tanto objeto concreto distinto de sus miembros, se crea a partir de la vinculación entre estos últimos en la que no intervienen los primeros. En segundo lugar, porque la actuación del sistema en el mundo real, a través de sus mecanismos, está anclada y condicionada, en sus alcances y límites, en decisiones previas o contemporáneas de los socios, sus principales componentes.

³ Por aquí personalidad se refiere al conjunto de propiedades cognitivas, conductuales y morales de los seres humanos.

⁴ Podría sostenerse también el carácter de componentes del sistema social concreto a los *administradores* de la sociedad comercial, sin embargo no fue a partir del uso de la libertad de estos últimos de donde emerge el sistema que es su sustrato real, sino que ello se produjo sólo a partir de la libre decisión de los socios de vincularse entre sí. (Botteri & Coste 2010)

⁵ La raíz de la cooperación puede ser económica, biológica, política o cultural, (Botteri & Coste 2010).

La *estructura* de este sistema social es la colección y características de las relaciones que existen entre sus componentes. Fija los vínculos entre sus miembros haciéndolo perdurable en el tiempo. Por lo general, sus alcances y efectos estarán determinados en el contrato de sociedad suscrito entre los socios.

Los *mecanismos* del sistema social son aquellos procesos concretos que promueven o impiden cambios, que están sujetos a ciertas regularidades, que son observables para los terceros y que permiten el funcionamiento del sistema social en el mundo concreto.

En la sociedad comercial existen mecanismos normativamente establecidos como lo es, por ejemplo, la asamblea de socios. También los sistemas de control de riesgos son mecanismos propios de ésta que estructuran su actuación, a través de sus representantes y órganos, a determinadas pautas.

Sin embargo, también existen mecanismos *de hecho* que funcionan en el plano real que son distintos de aquellos. Por ejemplo, en las sociedades comerciales cerradas es común que las decisiones sociales se tomen de manera informal por los socios mayoritarios, y luego se firmen las actas que dan cuenta de asambleas -inexistentes- que preparan los contadores formalizando las decisiones previamente tomadas. Otro mecanismo fáctico en este tipo de sociedades cerradas suele ser la doble condición, en concreto, de socio mayoritario y administrador de hecho la sociedad.

Finalmente, el *entorno* del sistema social es el contexto en el cual el mismo está inmerso. En efecto, como se trata de un objeto complejo y concreto, no flota en un mundo de ideas abstractas, sino que existe en un determinado ambiente. Por lo general, en el plano real está dado por otros sistemas sociales -empresas, sindicatos, etc.-, individuos, cosas, y también por el Estado.

Desde esta perspectiva, entonces, el sustrato real de una sociedad comercial es un sistema social concreto (real) que se comporta como un todo, que tiene propiedades globales de las que sus componentes carecen. Entre éstas se encuentra la propia "*personalidad jurídica*". En definitiva, este sistema social ha sido creado artificialmente por sus socios (principales componentes) como medio idóneo para conseguir determinados fines bajo una idea rectora compartida por todos ellos.

3. La relación entre libertad y responsabilidad en el marco de la persona jurídica

El sistema social que es el sustrato real de la persona jurídica existe porque los socios, haciendo un uso vinculado de su libertad individual, han generado un agente social distinto a ellos que actuará en el marco de su actividad específica como si fueran una sola persona. Las consecuencias de tales actos se atribuyen, producto de su personificación jurídica, solo al conjunto y ninguno de ellos en particular.

En el plano real la persona jurídica no cuenta con una libertad propia cuyo uso pueda justificar una responsabilidad penal por las consecuencias que generan sus actos. En principio, este déficit de libertad en el colectivo impide la posibilidad de una respuesta penal que se legitime en un uso indebido de *su* libertad. Pues, tal como se sostuvo, no existe una libertad propia del conjunto personificado jurídicamente.

Sin embargo, esto no conduce necesariamente a negar que pueda reconocerse en los actos de la persona jurídica un ejercicio vinculado de la libertad individual de cada miembro que la compone. Y que estos, cada uno en su medida, puedan justificar una eventual responsabilidad por un estado de cosas atribuible *sólo* al sistema social personificado jurídicamente y a ninguno de ellos en particular.

El enfoque sistémico permite superar este aparente callejón sin salida al vincular explícitamente, en el análisis teórico de la cuestión, la instancia individual con la colectiva sin imponer una sobre la otra. Desde esta perspectiva, se debe armonizar el uso vinculado de la libertad individual de cada socio en particular con la emergencia del sistema social que será tratado en el mundo concreto como si fuese una sola persona, gracias a su personificación jurídica.

En este sentido, debe advertirse que el ejercicio de libertad individual, *necesariamente vinculado con el de otro*, ha generado, en el plano real, un cambio concreto: la aparición de un sistema social personificado jurídicamente, como un objeto complejo y concreto distinto de aquellos. Éste, si bien carece de una libertad propia en la instancia colectiva, porque no es una persona con propiedades cognitivas, conductuales y morales, está anclado en la vinculación de cada ejercicio de libertad individual de sus principales componentes.

De esta manera, es posible compensar el déficit de libertad del conjunto, aplicando el enfoque sistémico, si se atiende a la instancia individual que es donde se “aloja” el ejercicio de libertad que fundamenta -en la instancia colectiva- la actuación del ente en el mundo concreto, como si fuese una sola persona.

Es decir, existe al menos un momento concreto en el cual cada componente individual (los socios) hace un uso específico de su libertad que individualmente considerado no podría tener consecuencia alguna. Sin embargo, vinculado con el ejercicio de la libertad del otro, producen un cambio concreto en el mundo sin que pueda reconducirse tal acontecimiento al ejercicio individual de la libertad de ninguno en particular sino, únicamente, a la vinculación de todos estos en conjunto.

El resultado de ello es la emergencia de un sistema social que conforma el sustrato real detrás de la sociedad comercial, personificado jurídicamente, que posee una **estructura** determinada y unos **mecanismos** determinados. Estas propiedades del sistema social circunscriben su actuación en el mundo real, a través de sus directores, administradores, gerentes, empleados, etc., a ciertas pautas y características.

Desde esta perspectiva, es posible sostener una justificación de la respuesta penal con base en el sintagma: libertad de organización responsabilidad por las consecuencias. Lo distintivo, en el caso de la persona jurídica, para determinar el “suceso con sentido” que será objeto de la norma penal, es que la libertad que lo presupone no se encuentra en la instancia colectiva sino siempre en la vinculación de la instancia individual, a partir de la cual aquella emerge.

La responsabilidad será propia y exclusiva de la persona jurídica, pero no se reconduce a una libertad etérea de ésta, sino que surge como una novedad cualitativa a partir de la vinculación del ejercicio de libertad individual que realiza cada uno de sus componentes individuales al conformar, ingresar o actuar dentro del sistema social que constituye el sustrato real detrás de esta.

Conforme lo dicho hasta aquí, la relación entre libertad y responsabilidad bajo la estructura de una persona jurídica presenta características propias. Por ello, deben ser valoradas de forma adecuada a sus particularidades que son distintas estructuralmente al clásico sintagma libertad de organización – responsabilidad por las consecuencias en la persona física o natural.

4. Consideraciones valorativas

Si lo expuesto hasta aquí se comparte, entonces, habría que aceptar que en el caso de la RPPJ, la relación entre libertad y responsabilidad es una relación graduable en la instancia individual que se refleja en la instancia colectiva. Ahora bien, en el marco de un estado democrático de derecho, por regla general, tal gradualidad debe encontrar su reflejo en el

sistema de imputación jurídico penal. Dicho de otro modo, bajo este enfoque, no será posible justificar la imposición de una pena a la persona jurídica que no contemple esta especial característica del ejercicio de libertad que, finalmente, legitima la respuesta penal al sistema social en concreto.

Es en este punto donde se distancia la respuesta penal que es racional respecto de una persona jurídica que interviene en un hecho típico, de la respuesta penal que es racional respecto de la persona física. El déficit de libertad que se manifiesta en el colectivo -compensado en su instancia individual- impide la legitimación de penas que no lo contemplen. De ahí que a partir del plano real se deriva una diferencia normativa en la intensidad del reproche a la persona jurídica con respecto al reproche que justifica la responsabilidad de la persona física.

En el caso de la persona jurídica, el ejercicio de libertad individual de cada socio –en tanto componente del sistema social- solo podrá justificar una responsabilidad penal colectiva por un acto atribuible solo al conjunto personificado, en la medida en que esté vinculado al ejercicio de libertad de otro socio u componente individual del mismo sistema. Además, lo hará en un grado acorde a las características de tal ejercicio -reales y normativas- y siempre que existan en el individuo los presupuestos para afirmar su capacidad para organizarse de manera auto responsable en el mundo.

Bajo este enfoque, el reproche penal a la persona jurídica mantendría, en su base, la responsabilidad por un uso vinculado e indebido de la libertad por parte de sus principales componentes. El resultado de ello, tal como se verá más adelante, es una intervención de la sociedad comercial provocando un estado de cosas objetivo que configura un hecho anti normativo realizado por una persona física, penalmente desvalorado, que será imputado bajo ciertas condiciones al sistema social en concreto, en tanto sustrato real de aquella, y a ninguno de sus miembros en particular.

Asimismo, en términos reales, la descarga de esta responsabilidad será soportada por los socios en la medida de su participación social que constituye, además, el límite normativo para el ejercicio de su libertad individual dentro del sistema social concreto. En definitiva, las consecuencias perjudiciales reales de aquella responsabilidad descargan sus efectos entre sus miembros en una medida acorde al ejercicio de libertad individual que en su conjunto la legitiman. El límite de esta descarga está determinado normativamente, en cada caso en particular, por su participación social en el conjunto. Es decir por la clase y características del vínculo entre ellos.

En el plano real, la relación que existe entre el ejercicio de libertad individual de cada socio y la responsabilidad única de la persona jurídica queda expuesta por los efectos que produce la efectiva aplicación de una sanción penal al ente. Ello porque tanto el pago de una multa como la cancelación de la personería (*extremos de las sanciones penales contempladas para las PJ*) afectan los derechos económicos y políticos de los socios, en la medida de su participación social.

Incluso, también el carácter expresivo de la sanción penal, que perjudica en el mercado la reputación de la sociedad, afecta los derechos económicos y políticos de los socios de dicha sociedad. Por lo tanto, son ellos -los socios- quienes deberán organizarse de manera tal que a partir de su vinculación se genere un sistema social concreto con la **estructura** y **mecanismos** adecuados para garantizar la intervención del conjunto personificado, en su actuación, dentro de los límites del riesgo permitido.

5. La intervención de la persona jurídica en el delito

En la actualidad, los resultados de distintas investigaciones científicas han demostrado que en estructuras de empresa existen una serie de circunstancias que potencian el riesgo de configuración de hechos penalmente relevantes, en el marco de la actuación funcional de sus directores, administradores, fiscalizadores, empleados, etc. (Silva Sánchez 2016, cap. V). En este sentido, la emergencia de un sistema social está vinculada a un riesgo concreto que debe gestionarse de manera adecuada. *Surge en este caso una competencia específica, propia de la persona jurídica y de ninguno de sus miembros en particular.*

A partir de ello, es posible derivar de aquella concreta posición jurídica ciertas prestaciones que conforman el contenido de una incumbencia específica asociada a ésta. La aparición de un agente social que va a intervenir en el mundo como si fuese una sola persona, es una posición jurídica que conlleva la asunción de un círculo de prestaciones derivadas de su organización inicial. Son los socios, *personificados jurídicamente*, quienes asumen el deber de conformar un sistema social con la *estructura* y *mecanismos* adecuados para mantener el funcionamiento de la sociedad comercial, que surge en el mundo a partir de su vinculación, dentro de los límites del riesgo penalmente tolerado, neutralizando⁶ su *conexión* con la comisión de un delito por parte de una persona física que la beneficie⁷.

⁶ El término neutralizar se vincula en este caso con mantener el funcionamiento de la sociedad comercial dentro de las denominadas "posiciones neutrales".

⁷ Para una interpretación del elemento "actuación en beneficio" como presupuesto para la responsabilidad penal (Ragues I Valles, 2017).

Lo que se intenta decir aquí es que la conformación de una sociedad comercial, personificada jurídicamente, conlleva una carga cuyo contenido está dado por el control de un tipo específico de riesgo. El cumplimiento de esta incumbencia está necesariamente vinculado a la instancia colectiva. Es decir, le cabe solo al conjunto personificado y a ninguno de sus miembros en particular.

En este sentido, el riesgo colectivo que emerge ya con la aparición del sistema social y su interacción en el mundo -como si fuese una sola persona- habrá de gestionarse mediante *mecanismos* que estructuren su funcionamiento en el plano real neutralizando la elevación del riesgo propio vinculado a su específica actividad. Lo relevante, desde este enfoque, es que los mecanismos necesarios para cumplir con su incumbencia no dependen de una decisión individual, sino que son una propiedad emergente del conjunto –como lo es, por ejemplo, su nombre, domicilio o patrimonio-. De ahí que la persona jurídica, que es el emergente de aquel, pueda ser destinataria de una norma de comportamiento.

Dicho de otro modo, las características y el tipo de estructura y mecanismos que condicionan los actos de la persona jurídica a ciertas reglas que deben cumplirse en el plano real, en tanto propiedades del sistema social concreto, no dependen del actuar individual de sus administradores, fiscalizadores o directores⁸. Tampoco de la decisión individual de un solo socio. Sino, exclusivamente, del conjunto de éstos personificado.

En plano normativo, no hay inconveniente en sostener que el cumplimiento de esta carga se ejecuta a través del ejercicio vinculado de la libertad individual de cada socio. En el plano real, por otro lado, no se puede atribuir a ninguno de los socios la intervención del sistema social en el hecho típico concreto si no es a partir de su vinculación. El “suceso con sentido” que es objeto de la norma penal, en el caso de la RPPJ, es la aparición -en el plano real- de un sistema social que no gestiona adecuadamente su riesgo provocando un estado de cosas objetivo que es conectado con la realización de un hecho penalmente relevante. Es decir, la emergencia de una persona jurídica que carece de una *estructura* y *mecanismos* idóneos para fijar la actuación de ésta, en su actividad específica, dentro del riesgo permitido neutralizando su conexión con un delito por parte de una persona física.

Lo primero que surge de lo dicho hasta aquí, es que la persona jurídica siempre intervendrá en el delito con otro sujeto, persona física. Sin una persona física que realice una

⁸ En este sentido, existen estudios que ponen en evidencia que la adopción y ejecución de programas de cumplimiento eficaces son percibidos por los administradores, fiscalizadores y consultores externos más como una oportunidad de negocio que como una consecuencia de una determinada incumbencia. (Wortman Jofre, 2019).

conducta penalmente prohibida en el contexto de un hecho típico configurado, en parte, por la persona jurídica no es posible pensar en su responsabilidad penal (Robles Planas 2007, 14).

El sistema social intervendrá en la configuración de un hecho típico por la falta de adopción de mecanismos de control y prevención, que tiendan a neutralizar la aparición de un estado de cosas que facilite o promueva la concreción de un peligro penalmente relevante por parte de un tercero en su beneficio⁹. En idéntico sentido, lo será si pese a tener idealmente previstos en el contrato de sociedad mecanismos eficaces de control, su actuación en el plano real se realiza al margen de los mecanismos idealmente previstos¹⁰, y tal circunstancia contribuye a configurar un estado de cosas que pueda ser conectado por un tercero hacia la comisión de un delito en su beneficio.

En este sentido, la adopción de programas de *compliance* como mecanismos propios del sistema social concreto, constituye la acción debida por parte de la persona jurídica cuya omisión determina su intervención en el hecho típico. La adopción de estos mecanismos de control es el contenido de la incumbencia que tiene a su cargo el conjunto de socios personificado jurídicamente, precisamente, por haber asumido libremente esa específica posición jurídica. Su adopción eficaz marca el límite del riesgo permitido en la intervención de la persona jurídica en un eventual hecho típico.

Ahora bien, la infracción de esta incumbencia puede manifestarse con distinta intensidad que evidencia un grado distinto de predisposición al cumplimiento de la norma. Lo relevante será la propensión de la persona jurídica, evidenciada en hechos concretos, hacia el cumplimiento de la carga asociada a su específica posición jurídica. En esta línea, es posible medir la intensidad de su infracción, no en base a representaciones psicológicas de sus miembros, sino en función a la vinculación entre el valor expresivo de la actuación concreta del ente con la autorresponsabilidad del tercero que finalmente concreta el peligro penalmente prohibido con un delito en particular¹¹. Para ello deberá poder conectarse lo que se pretende conocer -predisposición al cumplimiento- con lo que se puede medir -hechos concretos y conducta de la persona física-.

La imputación de la infracción a la norma penal a la persona jurídica, depende aun de un juicio normativo en el que se le reprocha al sistema social no haberse comportado de manera

⁹ Desde un enfoque distinto, se ha desarrollado la idea de un *state of affairs* objetivamente antijurídico atribuible solo al ente que justificaría la imposición de una sanción al mismo aunque en términos distintos al clásico reproche penal (Silva Sánchez 2016).

¹⁰ De hecho, una vez que se produce la personificación jurídica del conjunto de socios, conviven en el funcionamiento de la sociedad la estructura y mecanismos reales del sistema social, con la estructura y mecanismos idealmente previstos en las leyes y el contrato de sociedad.

¹¹ Con respecto a la normativización del dolo y la medida de la contrariedad al deber (Pawlik, 2016).

conforme a su incumbencia, pudiendo haberlo hecho. Si se comparte que el ejercicio de libertad vinculado de los socios es la base del reproche penal a la persona jurídica que emerge producto de ello, entonces la posibilidad de haber conformado un sustrato real que actúe cumpliendo con el círculo de prestaciones que se derivan de dicha posición jurídica, se relaciona directamente con las características propias de esa vinculación entre los ejercicios de libertad individual de cada socio. Es decir, con la conformación y características de la *estructura* del sistema social concreto que quedará conformado detrás de la persona jurídica.

En consecuencia, una persona jurídica estará en condiciones de dirigir su actuación conforme a su incumbencia en la medida en que en el plano real los socios efectivamente hayan podido ejercer sus derechos políticos. Por otro lado, en el plano normativo el límite del reproche en este sentido estará dado por la medida de su participación social.

Lo dicho supone que en una sociedad “pantalla” en la que los socios sean personas interpuestas que solo pasan a firmar las actas que dan cuenta de los mecanismos sociales en función a decisiones de terceros que en los hechos son los que utilizan tal personificación jurídica, entonces el conjunto de socios personificado no está en condiciones de hacer suya una responsabilidad penal en los términos señalados y, por tanto, no será penalmente culpable. Sin embargo, podrán adoptarse medidas sobre el ente de distinta naturaleza para neutralizar la peligrosidad del uso de este recurso técnico por parte de terceros de forma similar al régimen de tratamiento de la inimputabilidad.

6. Consideraciones finales

Las ideas expuestas en el presente de manera alguna pretenden agotar el tema tratado. Constituyen una mirada diferente a la cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica desde un enfoque sistémico realista. Esto permite armonizar, en el plano real, la instancia individual con la colectiva, para luego pensar los distintos problemas que plantea este tipo de responsabilidad con las herramientas propias de la teoría del delito.

En definitiva, a partir de la correcta identificación del sustrato real que queda conformado detrás de la personificación jurídica del conjunto de los socios, creo que es posible sostener un reproche penal que, si bien presenta diferencias estructurales con el clásico reproche dirigido hacia la persona física, permite justificar -asumiendo las tensiones que ello provoca- dicha atribución de responsabilidad en el marco de un sistema penal con base en la libertad.

Por otro lado, esta forma de abordar la RPPJ que se concentra en el déficit de las propiedades emergentes del sistema social que compone el sustrato real de la persona

jurídica, demanda -desde el punto de vista político criminal- que se complemente con la búsqueda de la responsabilidad de las personas físicas que intervinieron en el injusto, como estrategia para combatir de manera eficaz la delincuencia corporativa. En efecto, la intervención de la sociedad comercial en un hecho típico por la ausencia de mecanismos eficaces que mantengan el riesgo propio asociado a su actividad dentro del límite de lo penalmente tolerado, es solo una cara de la moneda del mismo problema. Para su abordaje integral es necesario profundizar los esfuerzos para identificar a las personas físicas que terminan conectando aquel riesgo mal gestionado con la comisión de un delito.

Dentro de este marco, queda aún mucho margen para continuar el análisis y precisar aún más los alcances de asumir como válidas las ideas aquí propuestas.

Bibliografía

- Bunge, M. *Buscar la filosofía en las ciencias sociales*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno
- Bunge, M. (2007). *A la caza de la realidad*. Barcelona: Gedisa
- Bunge, M. (2002). *Crisis y reconstrucción de la filosofía*. Barcelona: Gedisa
- Bunge, M. (2000). *La Investigación científica*. Madrid: Siglo Veintiuno
- Bunge, M. (2000). *La relación entre la sociología y la filosofía*. Buenos Aires: Edaf
- Bunge, M. (2000). *El derecho como técnica de control y reforma*. *Isonomía*, (13)
- Bunge, M. (1999). *Las ciencias sociales en discusión*. Buenos Aires: Sudamericana
- Bunge, M. (2005). *La ciencia, su método y su filosofía*. Buenos Aires: Debolsillo
- Bunge, M. (1998). *Sociología de la ciencia*. Buenos Aires: Sudamericana
- Bunge, M. (1996). *Ética, Ciencia y Técnica*. Buenos Aires: Sudamericana
- Bunge, M. (1999). *Sistemas Sociales y filosofía*. Buenos Aires: Sudamericana;
- Bunge, M. (2003). *Desigualdad y Globalización - Cinco Conferencias*. (Mario Bunge, Alain Touraine, Anthony Giddens, Robert Castel y Octavio Ianni). Buenos Aires: Manantial
- Bunge, M. (2009). *Filosofía Política*. Barcelona: Gedisa
- Bunge, M. (2012). *Tratado de filosofía. Ontología II. Un mundo de sistemas*. Barcelona: Gedisa

Botteri, J.D. & Coste, D. (2010) Las sociedades comerciales bajo el enfoque sistémico y realista. *Revista de las Sociedades y Concursos*, Año 11-2010-4, 27

Botteri, J.D. & Coste, D. (2016). El derecho de separación del socio en el Código Civil y Comercial. Buenos Aires: Hammurabi.

Castex, F. et al (2018). Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica y Compliance. Buenos Aires: Ad Hoc.

Donna, E.A. (2018). Delitos contra la Administración Pública. –tercera edición ampliada y actualizada con las leyes 26.683 y 27.401. Santa Fe: Rubinzal Culzoni

Mañalich, J.P. (2011). Organización delictiva bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 38 (2), 279 – 310

Martinez-Buján Pérez, C. (2016). Derecho penal económico y de la empresa parte general -5º edición adaptada a la L.O. 1/2015. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Montiel, J.P. (2019) Aproximación a las estructuras elementales de la responsabilidad penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Edit. La Ley. AÑO IX • N° 01. *Derecho Penal y Criminología* III.

Montiel, J.P. et al (2013). Compliance y Teoría del Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons.

Pawlik, M. (2016). Confirmación en la norma y equilibrio en la identidad. (junio 2018) Seminario en la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona; *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un estado de libertades*. Barcelona: Atelier, Barcelona.

Ragues I. Valles, R. (2017). La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal. Madrid: Marcial Pons;

Ragues I. Valles, R. (2008). La responsabilidad penal del testafarro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (3).

Robles Planas, R. & Frisch W. (2004). Desvalorar e Imputar. Barcelona: Atelier, Barcelona.

Robles Planas R. (2007). Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales. Barcelona: Atelier

Robles Planas R. (2013). Deberes negativos y positivos en derecho penal. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (4)

Robles Planas R. (2012). Los dos niveles del sistema de intervención en el delito. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2)

Silva Sanchez, J.M. (2016). Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa. Montevideo – Buenos Aires: BdeF

Silva Sanchez, J.M. (2018). Malum Passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal. Barcelona: Atelier

Silva Sanchez, J.M. (2003). Normas y Acciones en Derecho Penal. Buenos Aires: Hammurabi.

Silva Sanchez et al. (2013). Criminalidad de la Empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier.

Taleb, N.N. (2019). Jugarse la Piel. Asimetrías ocultas en la vida cotidiana. Buenos Aires: Paidós.

Wortman Jofre, S. (2019). Corporate Criminal Liability and Compliance Management Systems. A case Study. *Brill Research Perspective*, 2, (2.3)