

# Corrupción y responsabilidad penal de las trasnacionales

*David Baigún\**

Queda en claro que la corrupción, tanto en el ámbito privado cuanto en el público, tiene un denominador común: la presencia de una ruptura en un determinado orden, un elemento distorsionante de lo ya instituido. Pero a los efectos de este trabajo, es sólo la esfera pública la que interesa; por ello cualquier ensayo de clasificación que se intente debe partir de esta premisa; va de suyo que su presencia en los conflictos personales pertenece también al tejido social pero no juega un rol hegemónico en los cambios o transformaciones.

Por cierto que no hay acuerdo sobre el contenido de la esfera pública; para nosotros se integra no sólo con las relaciones institucionales vinculadas con el estado sino también con las económico-sociales que, en una primera visualización, aparecen independizadas del estado, pero que, directa o indirectamente o, en forma elíptica, se hallan sometidas a su control. Esta escisión en dos grandes regiones coincide, por lo demás, con la construcción del ordenamiento jurídico, especialmente en materia penal, lo cual aconseja, obviamente, arrancar de esta plataforma. Por consiguiente, en una enumeración que no es exhaustiva, el autor aborda en primer lugar, el fenómeno de la corrupción en los delitos contra la administración pública (esfera estatal) y, en segundo lugar, en los que pertenecen a la esfera de la denominada sociedad civil.

---

\* Profesor Consulto titular UBA

## I. Concepto de corrupción

El abordaje de la relación entre corrupción y responsabilidad penal de las sociedades transnacionales requiere, como presupuesto necesario, identificar los límites del concepto de corrupción.

Es casi innecesario decir que el significado de corrupción es multifacético; el vocablo se emplea profusamente en el ámbito de lo personal y en el campo de lo social. Posee un origen preciso: “corrumper”, en latín es igual a “romper con”, “romper en unión de” en el sentido de servirse de un acompañante en la acción. Esta información, que José María Simonetti suministra en *El ocaso de la virtud*<sup>1</sup>, es el equivalente de echar a perder, deteriorar, pudrir; reconoce, como lo señala el autor mencionado, dos partes de una misma estructura, dos participantes en el acto: el corruptor y el corrupto.

Como se infiere de su significado, corrupción encierra la idea de que algo provoca la ruptura de lo instituido como proceso normal, lo que ya ha sido establecido en la naturaleza o en las convenciones sociales; es el orden de las cosas que por intervención de los dos componentes, se echa a perder, se pudre. Tiene esta acepción su reflejo específico en el campo delictivo, donde a partir de la seducción de la víctima, ésta se transfor-

ma, se tuerce y genera un acto contrario a lo establecido; obviamente, en este terreno, seducción no es sólo sinónimo de ganar la voluntad del otro por ruego o convicciones; se puede llegar a ella por imposición -siempre que ello no signifique extorsión, quiebra de la voluntad- cuando el seducido (acompañante) no opone la resistencia que cabe esperar normalmente, conforme con la naturaleza del acto.

Pero el concepto de corrupción, desde una óptica sociológica, se ha extendido casi hasta lo infinito. Simonetti opina que la corrupción es un fenómeno permanente, como el odio, el amor o la amistad; se convierte en social cuando se vuelve institucional o funcional al mismo tiempo; en las relaciones entre personas o entre grupos, entre protagonistas individualizados (personas físicas) o entre entes colectivos. La institucionalización expresa el traslado de lo privado a lo público, en tanto que la funcionalidad es sinónimo de mecanismo o polea que dinamiza el entramado de una economía o el manejo del aparato estatal; en términos de la teoría sistémica, la corrupción se transforma en un componente o elemento del conjunto que, en su interior, se interrelaciona orgánicamente.

El carácter funcional ha existido en todas las conformaciones socioeconómicas con cierto grado de

<sup>1</sup> Ed. Universidad Nacional de Quilmes, Universidad nacional de La Plata, 1998, pág. 49.

desarrollo, aunque su gravitación ha variado en sus distintas etapas; las investigaciones realizadas a partir de la documentación recuperada y de las registraciones en monumentos históricos permite afirmar que la corrupción, en el apogeo del imperio romano, superaba holgadamente la observada en las sociedades dominadas por Roma, del mismo modo que hoy se puede sostener que la sociedad capitalista de las últimas décadas registra el fenómeno con una dimensión muy superior a la verificada en el llamado capitalismo de competencia. Obviamente, la funcionalidad no es ajena a las relaciones de poder, que están inescindiblemente articuladas con las que provienen de la economía y el mercado, aunque resulte difícil saber en qué medida inciden en una u otro. Tal vez lo importante es determinar cuándo el fenómeno se ha convertido en estructural, pues es a partir de este salto cualitativo que exhibe su mayor significación.

Queda en claro que la corrupción, tanto en el ámbito privado cuanto en el público, tiene un denominador común: la presencia de una ruptura en un determinado orden, un elemento distorsionante de lo ya instituido. Pero a los efectos de este trabajo, es sólo la esfera pública la que interesa; por ello cualquier ensayo de clasificación que se intente debe partir de esta premisa; va de suyo que su presencia en los conflictos personales pertenece también al tejido

social pero no juega un rol hegemónico en los cambios o transformaciones.

Por cierto que no hay acuerdo sobre el contenido de la esfera pública; para nosotros se integra no sólo con las relaciones institucionales vinculadas con el estado sino también con las económico-sociales que, en una primera visualización, aparecen independizadas del estado, pero que, directa o indirectamente o, en forma elíptica, se hallan sometidas a su control. Esta escisión en dos grandes regiones coincide, por lo demás, con la construcción del ordenamiento jurídico, especialmente en materia penal, lo cual aconseja, obviamente, arrancar de esta plataforma. Por consiguiente, en una enumeración que no es exhaustiva, abordaremos en primer lugar, el fenómeno de la corrupción en los delitos contra la administración pública (esfera estatal) y, en segundo lugar, en los que pertenecen a la esfera de la denominada sociedad civil.

## **1. Delitos contra la administración pública**

En la mayoría de los códigos penales existe un título destinado a los comportamientos contra la administración pública. Subrayo, como cuestión previa, que es posible ensayar una subdivisión dentro de este apartado: las conductas propiamente corruptas de una parte, o sea aquéllas donde la

presencia del soborno o la ventaja es nodal para la existencia del tipo penal y, de la otra, las que aparecen también en el título de los delitos contra la administración pública pero en las cuales el soborno es un elemento contingente que puede o no darse en el desarrollo de la acción; verbigracia los delitos de resistencia y atentado a la autoridad que, a veces, pueden hallarse motivados por el estímulo de la prebenda.

No vamos a examinar cada una de las conductas específicas incluidas en el área de los delitos de la administración pública; ello demandaría una tarea que excede la finalidad de este artículo. Haremos algunas referencias al Código Penal argentino que, si bien es de 1921, ha sufrido varias modificaciones en esta materia, que lo validan como referente.

En primera línea aparece el cohecho; el denominado pasivo (art. 256 del Cód. Penal) “el funcionario público que por sí o por persona interpuesta recibe dinero o cualquier otra dádiva, o acepta una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones”; el cohecho activo (art. 258), del cual es autor quien directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de la conducta antes señalada y el denominado tráfico de influencias (art. 256 bis) caso en que la dádiva o la promesa tienen por finalidad “hacer valer indebidamente su influencia ante otro funcionario público”. El Cód-

igo argentino prevé, además, un tipo agravado cuando el cohecho fuera realizado por un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público y otro específico, conocido como soborno transnacional, que consiste en el ofrecimiento u otorgamiento a un funcionario público de otro estado, de objetos de valor pecuniario u otros beneficios para que el funcionario público realice u omita realizar un acto en el ejercicio de sus funciones públicas relacionadas con una transacción de naturaleza económica o comercial (art. 258 bis). Resta, para finalizar el cuadro, el llamado cohecho impropio (art. 259) en el cual se pune la recepción de la dádiva que se entrega por el solo hecho de ser funcionario.

Dentro del círculo de los comportamientos propiamente corruptos, de la misma familia que los tipos anteriores, se hallan las exacciones ilegales. El art. 266 del Código argentino las define de este modo: cuando el funcionario público “abusando de sus funciones, solicita, exige o hace pagar o entregar indebidamente por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho a una dádiva, o cobra mayores derechos que los que corresponden”. Este acto es independiente de que la exacción se convierta en provecho propio o de un tercero, conducta que el Código describe en el art. 268, pero no hay duda alguna de que, en los dos casos, se trata de un soborno que afecta a la persona a quien se lo requiere.

Ortodoxamente, no parece caer dentro de los delitos genuinamente corruptos la denominada malversación de caudales públicos (art. 260 del Código Penal). Esta conducta consiste, como es sabido, en darle a los caudales o efectos que administra el funcionario público, una aplicación diferente de aquélla a que estuvieran destinados. El tipo penal no requiere la intervención de otro sujeto que entregue el soborno dirigido al funcionario para que éste desvíe el destino de los objetos que administra, pero, obviamente, la motivación que inspira el acto no puede ser otra que el beneficio económico obtenido gracias a su condición de funcionario público; es la ventaja o favorecimiento, sinónimos de corrupción.

Del mismo modo se debe valorar el peculado (art. 261 del Cód. Penal), comportamiento que se diferencia del anterior en que el funcionario público sustrae los caudales o efectos (art. 261, 1º párrafo) o emplea, en su beneficio, o en el de un tercero, servicios o trabajos pagados por una administración pública.

Esta última modalidad -emplear servicios- se identifica con la opinión generalizada acerca del significado de la corrupción pero, en rigor de verdad, la conducta central sigue siendo el aprovechamiento de bienes públicos valiéndose del carácter de funcionario público.

Consustanciado con el concepto

genuino de corrupción se halla el comportamiento conocido como negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (art. 265); si bien es cierto que no se exige la dádiva, el “interesarse, en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo”, equivale en la práctica a un remedo de soborno, circunstancia que surge del propio vocablo “interesarse”.

Algo semejante ocurre con el delito de utilización en beneficio propio o de un tercero, de datos o informaciones de carácter reservado, de los cuales se haya tomado conocimiento en razón de su cargo (art. 268.1 Cód. Penal); no hay soborno, pero sí un aprovechamiento, por parte del sujeto, de su situación de funcionario; un desvío de sus funciones en procura de un lucro privado, naturalmente ajeno al interés de la administración pública.

En el enriquecimiento ilícito de funcionario público [art. 268 (2)] el soborno está contemplado implícitamente; es una de las fuentes del patrimonio mal habido pues el incremento no justificado hace presumir directamente el origen espurio de los bienes conseguidos. Tal vez, más correcto, sería decir que se trata de un ingrediente necesario, pues es difícil concebir el enriquecimiento sin actos corruptos previos.

Hasta aquí hemos visto algunos ejemplos de los llamados delitos

de corrupción propiamente dichos; faltaría señalar que el acto de corrupción figura en otros comportamientos lesionantes de la administración pública como un ingrediente contingente, que no forma parte del tipo penal pero que generalmente lo acompaña. Es el ejemplo que hemos dado del atentado y resistencia contra la autoridad, y, también, de otros como la usurpación de autoridad, títulos u honores (art. 246 Cód. Penal) y, más visible aún de los delitos de abuso de autoridad y violación de los deberes del funcionario público (arts. 248 y 249) en los cuales el acto corruptivo puede o no hacerle compañía a la conducta relevante. Aunque sabemos que todas estas infracciones son inimaginables sin la presencia de una ventaja o aprovechamiento, no son condición necesaria para la realización delictiva. Por eso reservamos para estos comportamientos la calificación de delitos contra la administración pública con corrupción adicional.

## 2. Delitos en la esfera de la sociedad civil

La Convención Interamericana contra la Corrupción, ratificada por la ley 24.759 (B.O 17-1-97) sitúa la corrupción en la esfera de la actividad del oficial público y de

los actos vinculados con tal ejercicio (3er. párrafo) aunque la reconoce como uno de los instrumentos utilizados por la delincuencia organizada para “materializar sus propósitos”; respecto de la esfera de la sociedad civil, sólo expresa su preocupación por los vínculos estrechos entre la corrupción y los ingresos provenientes del tráfico ilícito de estupefacientes<sup>2</sup>.

Es visible que en materia delictiva, el acento se pone en el área estatal (ley 24.759 art. 6.1); salvo el caso de los estupefacientes, no se hace hincapié en la presencia del soborno o de otras notas conocidas de las relaciones económicas generales; la importancia de este sector aparece minimizada al alzaprimar su relación con el área de la administración pública, circunstancia fácil de explicar si reparamos, como se verá más adelante, en quiénes son los protagonistas claves de la práctica delictiva de la esfera civil.

No obstante la omisión en el texto de la Convención, la indagación empírica de las conductas observadas en la sociedad civil parece señalar que, si bien no cabe hablar de zonas diferenciadas -acto nuclear y acto contingente- en la mayoría de los delitos cometidos en la esfera de la sociedad civil, el acto de corrupción está presente como acompañante habitual de su

<sup>2</sup> Un criterio más amplio, que supera el límite de la administración estatal es el adoptado por las Naciones Unidas, la Organización de Cooperación Económica, el Consejo de Europa y el Fondo Monetario Internacional, que está lejos de la óptica adoptada por nosotros. [Http.un.org/hispanisch/conferencias/Xcongreso/prensa/2088bs.htm](http://un.org/hispanisch/conferencias/Xcongreso/prensa/2088bs.htm)

ejecución. Veamos algunos ejemplos en dos campos trascendentes.

### *2.1. Delitos contra el orden económico*

Sólo haremos referencia a algunos ejemplos. En determinadas legislaciones, la información reservada que un directivo suministra a un tercero para favorecerse luego en la transacción, aprovechando los datos provenientes de la información, constituye un claro delito societario. La ventaja buscada es un acto adicional de la conducta principal, puede estar agregada o no, pero sin hesitación se podría afirmar que se trata de un acompañamiento casi natural.

En las transacciones internacionales, favorecer a una empresa en desmedro de otra de igual o mejor capacidad productiva, simplemente por el hecho de que los directivos de la sociedad contratante reciben un reintegro de los beneficios obtenidos, es caso de comportamiento habitual. En algunas legislaciones esta conducta es claramente delictiva por violación de las reglas de la competencia (ver la anterior ley 22.262 de la Rep. Argentina); en otras, solo es aprehendida por el derecho administrativo; el acto de corrupción es contingente cualquiera sea la regulación adoptada.

En el área de las privatizaciones, los episodios de corrupción son habituales; en nuestro país el

ejemplo más claro es el de las llamadas asociaciones, es decir, empresas que se agrupan para explotar un servicio que antes provenía del estado; aquí convergen inversores locales y extranjeros pero el predominio pertenece a las transnacionales (Y.P.F Repsol, Transportadora del Gas, etc.). Las impugnaciones realizadas en su momento son el mejor indicio de las ventajas indebidas que se concedieron al ponerse en marcha la asociación.

El mismo comentario puede hacerse en materia de monopolio, comportamiento en que la presencia de favores es harto conocida. La ley argentina 25.156 ha desincriminado la concertación tradicional y el abuso de posición dominante que leyes anteriores prevenían como delito.

Aunque los delitos aduaneros se tipifican teniendo en mira la tutela de la hacienda pública, pueden ser considerados como auténticos comportamientos delictivos del campo económico. Está demás decir que el acto corrupto, además de aparecer en forma necesaria en el caso de los funcionarios públicos que facilitan el contrabando, también actúa en la esfera de los sujetos que realizan el acto principal. Aquí también es válida la afirmación de que el acto corrupto es un componente adicional de los comportamientos penales más relevantes y que aparece con alto grado de habitualidad.

Resulta caso de Perogrullo recordar que en el área de los delitos financieros es una constante incontrovertible el manejo de cuentas “off shore” utilizados por los bancos, para obtener ventajas suplementarias en sus operaciones. Amén de la evasión tributaria, están presentes las comisiones y los beneficios clandestinos que sólo pueden existir dentro del marco de un mercado financiero paralelo.

De parecido semblante, es el lavado de activos de origen delictivo (ley 25.246; art. 278.1, Cód. Penal) que, por el hecho de que los bienes adquieran apariencia de origen legítimo, trasunta ya actos de corrupción.

## 2.2. *Delitos contra el medio ambiente*

Sin duda que la mayoría de los actos de corrupción verificados en este ámbito se vinculan con la actuación de los funcionarios públicos (por ejemplo, conferir autorizaciones indebidas para la emisión de gases o la utilización de productos nocivos para la salud a cambio de un soborno) pero ello no descarta su presencia en las relaciones comerciales entre las propias empresas. Así, se puede dar como ejemplo, el caso de las transacciones sobre productos riesgosos celebradas por las empresas tabacaleras<sup>3</sup>, donde se opta por la adquisición de los más

dañinos sencillamente porque los directivos de la empresa fabricante de estos productos son propietarios o tienen intereses directos en la empresa que compone el producto final.

En verdad, este ejemplo es común a otros escenarios en donde se manipulan elementos tóxicos; tal vez el caso más impactante sea el ocurrido en el conflicto armado de la ex Yugoslavia donde, a la dañosidad de los productos utilizados se agregó el perjuicio provocado por ingredientes de menor calidad, naturalmente de menor costo.

No escapará al lector que estos casos constituyen una ínfima muestra de los que sucede en esta región parcializada de la sociedad civil; si nos hemos acotado a los delitos económicos y contra el medio ambiente es porque, precisamente, dentro de este cuadro se desarrolla la principal actividad delictiva de las transnacionales, cuestión a la cual destinaremos las páginas siguientes.

## II. Corrupción y concentración en las transnacionales

Los actos de corrupción en las dos esferas apuntadas, la administración pública y la sociedad civil están íntimamente conectados. No se trata de examinar el nexo

<sup>3</sup> Top 100 Corporate Criminals of the Decade, by Russel Mokhiber. <http://www.corporatepredators.org/top100.html> (22-06-2001)

entre ambas, por demás conocido (privatizaciones, contrataciones con el estado, etc.) sino de estudiar su reflejo en el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas (transnacionales), para lo cual, resulta imprescindible conocer el rol que juega la corrupción en la actividad de estos entes y, en especial, en el proceso de concentración de capital.

### 1. Concepto de empresa transnacional

Empecemos por acordar una definición de empresas transnacionales. Sin ignorar las diferencias que se intentan entre multinacional, transnacional y supranacional<sup>4</sup>, predomina en la actualidad el concepto de C. A. Michallet<sup>5</sup>: empresa o grupo, generalmente de gran envergadura que, a partir de una base nacional implanta varias filiales en diversos países, con una estrategia y organización mundiales. Desprendida de esta formulación aparecen otros rasgos: proceso de concentración en el país base, apoyo del estado donde tiene origen, que forma parte de la estrategia, la actuación en grupo y la adopción de una forma jurídica (*holding*) que

se utiliza como modelo.

Sin embargo, este concepto resulta restringido. Son numerosos los grupos que tienen dos o más países de plataforma de apoyo y, consecuentemente, son varios los estados que respaldan su estrategia; el emblema de una sola bandera cede ante esta realidad por lo cual parece más claro hablar de una o más bases nacionales<sup>6</sup>.

Las diferencias entre las distintas concepciones no empuja, sin embargo, para detectar los rasgos fundamentales de estos entes internacionales: la base en uno o más estados, la estrategia universal, el control de las filiales y el dominio final de las actividades realizadas por cada uno de ellas. En este cuadro cabe perfectamente la nueva actividad tecnofinanciera, el desplazamiento hacia el exterior de empresas de producción directa para el suministro de servicio, apoyadas financieramente por la central, o la facilitación de la tecnología exclusivamente, o el solo montaje de operaciones complejas (heterodoxas) donde se combinan actividades de distintos horizontes: industriales, de ingeniería, bancarias de corte internacional, de organismos multilaterales de financia-

<sup>4</sup> David Baigún, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Depalma. Bs.As. 2000, págs. 35 y 36. Idem, la responsabilidad penal de las transnacionales. Seminario Ginebra (4 y 5 de mayo de 2001)

<sup>5</sup> *Le Capitalisme Mondial*; Presses Universitaires de France –coll. Economie en liberté, 2da. Edición, 1985, pág. 11.

<sup>6</sup> Recientemente se unieron Glaxo Wellcome y Smith Kline. Clarín, 18/01/01 con sedes en Londres y New Jersey.

miento, o parcialmente locales o efectuados por mitades en dos países, con el concurso de organismos internacionales.

Pero lo importante no es la definición sino el papel que cumplen en la conformación socioeconómica contemporánea. La empresa transnacional refleja el proceso de acumulación de capital, en cuanto incorpora de modo permanente la fuerza de trabajo<sup>7</sup> pero, al mismo tiempo, se constituye en instrumento de la concentración, sinónimo del proceso en el cual unos pocos capitalistas acrecientan el control sobre los medios de producción con que cuenta una sociedad, mediante la expansión de su presencia en una o múltiples actividades económicas basándose sobre una reasignación del capital existente (compra de empresas, asociaciones, fusiones, etc.)<sup>8</sup>.

Este último aspecto ha sido corroborado por recientes investigaciones en el campo de la economía<sup>9</sup>. En los comienzos de la década de los '90, 37.000 firmas transnacionales, con 117.000 filiales "encerraban en sus tentáculos" la economía internacional; en-

tre ellas, un círculo reducido de 200 monopolizaba el dominio del poder. Estas 200 hegemónicas cubren en su irradiación planetaria todos los sectores (primarios, secundarios y terciarios): agrícolas, producción manufacturera, servicios financieros. Emplazadas geográficamente en los países centrales -salvo el caso de Corea y Suiza- el ritmo actual de crecimiento alcanzó en el año 2000, en materia de transacciones, los 10.000 mil millones (10 billones) de dólares, cifra que supera el PIB de Estados Unidos (en 1996, 7.500 mil millones de dólares -7,5 billones-)<sup>10</sup>. Estos datos varían en forma creciente. Según la información suministrada por Naúm Minsburg<sup>11</sup>, que proviene fundamentalmente de World Investment Report<sup>12</sup>, en 1995 el número de transnacionales alcanzaba la cifra de 39.000, con 270.000 filiales en el exterior y las primeras 1000 eran propietarias del tercio de inversiones externas directas.

Este crecimiento inusitado va acompañado de las divisiones y subdivisiones en el plano institucional. Como enseña Galgano<sup>13</sup> la

<sup>7</sup> *El Capital*. Carlos Marx. T. II. Trad. Manuel Pedroso; Ediciones Fuentes Cultura, México, pág. 112.

<sup>8</sup> Eduardo M. Basualdo, *Concentración y centralización del capital en la Argentina durante la década del 90*. Ed. Universidad de Quilmes, 1999, pág. 11.

<sup>9</sup> Frederic Clairmont. *Le Monde Diplomatique*, abril 1997, págs. 16 y 17.

<sup>10</sup> David Baigún, "La Responsabilidad Penal de las Transnacionales" Ponencia Seminario Ginebra, 4 y 5 de mayo de 2001.

<sup>11</sup> "América Latina ante la globalización y transnacionalización de la economía". Rev. **Realidad Económica**. N° 152, págs. 148 y sgtes.

<sup>12</sup> UNCTAD 1996.

<sup>13</sup> *Las instituciones de la economía capitalista* (traducción de Carmen Alborch Bataller y Manuel Broseta Pont) Ed. Ariel Derecho, Barcelona 1990, pág.

orientación de la economía contemporánea va dirigida a una mayor concentración pero ello no es óbice para que los grupos dominantes multipliquen el número de sociedades usando criterios de fragmentación diferente: unas veces responden al objeto de explotación; otras, a un problema de localización geográfica o a una fase distinta del proceso productivo, o a una modalidad diferente de utilización de una misma substancia, o a conveniencias tributarias. Las combinaciones son infinitas y resulta casi imposible abarcar todas las variantes en la imaginación humana. Lo que sí está claro es que la creación de un racimo de sociedades reduce la responsabilidad a quienes integran cada unidad permitiendo así un manejo planificado del destino de cada una de ellas.

Es por todos conocido, no obstante la multiplicidad de modelos, que el esquema prevalente en la actualidad es el del grupo de sociedades operantes bajo el control de una sociedad madre o cabeza de grupo; la propiedad de las acciones o de las mayorías pertenece a la sociedad madre o "holding", la que ejerce la dirección política y económica y a la cual se hallan subordinadas las unidades "independientes". La constelación

de sociedades alrededor del grupo dominante es ya moneda corriente en el mundo contemporáneo, diseño que no sólo nace de la verticalidad originaria sin que se complementa con operaciones horizontales a través de la incorporación de nuevas sociedades que ingresan por el canal de las secundarias de la "holding".

Pero el proceso de concentración no se limita a este cuadro; ya sea por absorción, fusión, amalgama, es cada vez más frecuente la unificación de grupos mediante la unión de sociedades matrices ("holdings") o la adhesión a través de las secundarias que, concomitantemente, pueden transformarse en cabeza de un subgrupo ("subholdings" o "holdings de sector")<sup>14</sup>. Y pertenece al mismo fenómeno, aunque el mecanismo es de vieja estirpe, la llamada subcontratación que ha proliferado en el tercer mundo en las dos últimas décadas y que permite a las transnacionales desplazar hacia entidades locales la responsabilidad frente al personal y otros agentes del mercado cuando, en verdad, las decisiones son obra de la "holding" de un país central; obviamente, hay que agregar otras modalidades de contratación, como el "joint venture", que no obstante aparecer como un

<sup>14</sup> Las noticias dan cuenta de casos impactantes: Dimitri Uzunidis (Le libéralisme en cause. Etats puissants, firmes multinationales et pays en développement. Seminario Ginebra-Sociétés transnationales et droits humaines) explica que el monto de las adquisiciones fusiones, de 866 mil millones de dólares en 1995 pasó a un billón en 1996.

acuerdo de iguales, implica una relación de hegemonía.

El diseño sintéticamente descrito desnuda una fase de la concentración; la contracara aparece en el ámbito de la limitación de riesgo que, como dijimos, es una de las finalidades de la construcción de una red societaria. El efecto social, el referente a las relaciones entre las distintas capas sociales, queda claramente exteriorizado; transfiere parte del riesgo de la clase empresarial a otros sectores de menores recursos. Como la responsabilidad limitada reside en que el riesgo es soportado por los socios solo en parte, todo lo que excede de esa frontera se traslada a los acreedores: proveedores, auxiliares, dependientes, usuarios y todos aquellos que le han concedido crédito. La insolvencia que afecte a la sociedad dejará insatisfechos en todo o en parte sus créditos, cualesquiera sean los bienes personales de los socios, quienes, precisamente quedan exonerados del riesgo puesto que su responsabilidad no va más allá de sus aportes<sup>15</sup>.

Si hemos transcritto casi literalmente a Galgano es por la importancia de su reflexión: permite inferir que el efecto traslativo incide en los acreedores, económicamente más débiles pues los más fuertes están, casi siempre, en condiciones de exigir formas suplementarias de garantía, verbi-

gracia, garantías reales o personales de los socios. Este fenómeno es similar al que se produce cuando la sociedad anónima o la corporación se constituye con capitales exigüos y, no obstante esta circunstancia, realiza operaciones que superan generosamente su actividad; al igual que en el caso anterior, los proveedores, empleados y pequeños acreedores serán las víctimas ineluctables, pues los proveedores de alta escala (bancos, empresas importantes) ya habrán exigido las garantías necesarias. Como dice Galgano, la socialización de la insolvencia afecta, en primer lugar, a las capas modestas, tanto en los ejemplos mencionados, cuanto en el caso de la quiebra, que genera los mismos resultados.

## **2. Nexo entre corrupción y concentración**

Como ya se ha señalado, los mecanismos de fusión, absorción o asociación de empresas son los instrumentos clave para estimular el proceso de concentración con la aclaración, ya anticipada, de que este fenómeno pertenece a un nivel de análisis diferente del que se realiza respecto de la acumulación de capital. Lo que queremos dejar asentado aquí es que la concentración incorpora el acto corrupto como una práctica social que se vuelve imprescindible para

<sup>15</sup> Galgano ob. cit. pág. 95

su funcionamiento; como acertadamente dice Simonetti<sup>16</sup> la expresión funcional alude al cumplimiento de una función necesaria. El acto corrupto juega el papel de acelerador, de palanca que aumenta la velocidad para el logro del objetivo (el mayor beneficio); la concentración no admite pausas porque el interés que no desplaza, corre el riesgo de ser desplazado; al mismo tiempo, el acto corrupto actúa como neutralizador de los escollos normativos generados por el control del estado -cuando éste está presente- y de los propios intereses contradictorios que habitan dentro de las empresas comprometidas.

La nota cualitativa de la inserción del acto corrupto en el proceso de concentración no reside, sin embargo en su incorporación a la funcionalidad del sistema; el dato clave es su conversión en componente estable del sistema, es decir, en un elemento estructural insustituible del conjunto, del cual ya no puede desprenderse sin afectarlo. Dicho de otro modo, la corrupción como práctica social se transforma en uno de los tantos hechos sociales de la conformación económica, en uno de los protagonistas de la red de interacciones que integran el sistema, con todos las connotaciones y consecuencias que ello implica. De aquí que, a partir de ese cam-

bio copernicano, el modelo económico actual, apoyado en la concentración ya no podrá prescindir de la corrupción para su sobrevivencia que, como todos los sistemas, una vez importada la energía, resulta imposible privarse de ella. Y, como no escapará al lector, desde la mira de un esquema sistémico, la corrupción no es más que una de las manifestaciones de la energía que alimenta al sistema, sujeta, en consecuencia a todas las leyes que lo rigen, entre ellas, la denominada negentropía<sup>17</sup> que según la formulación de Katz y Kahn, es la necesidad que tiene los sistemas de importar más energía de la que consumen, con la cual ya es anticipar un mayor volumen de corrupción y no un descenso, como lo sostienen recientes publicaciones<sup>18</sup>.

Pero volvamos a nuestra tesis. Obviamente, no se nos oculta que es tarea compleja demostrar el cambio de la naturaleza del acto corrupto. Amén de los casos puntuales, conocidos a través de los medios de comunicación, es forzoso recurrir a todas las fuentes posibles; el rigor que exige una investigación científica no quedará empaldecida por la búsqueda de apoyos no del todo ortodoxos.

1. No obstante la reserva que sugiere su origen y el apoyo financiero que recibe de algunas em-

<sup>16</sup> Ob. cit. pág. 51

<sup>17</sup> Daniel Katz y Roberto Kahan. *The Social Psychology of organizations*, Wikey, Nueva York, 1966.

<sup>18</sup> Ver Naciones Unidas.

presas<sup>19</sup> es significativa la reciente investigación de Transparency International apoyada en el resultado de 14 encuestas y estudios realizados por organismos independientes. De los 91 países examinados, cerca de dos tercios no superan los 5 puntos de una escala que establece 10 como máximo puntaje; ni siquiera los países mejor conceptuados (Filandia: 9,9 y Dinamarca: 9,5) escapan al fenómeno con el agregado de que ninguno de los países centrales sobrepasa el 7,6 (índice para Estados Unidos)<sup>20</sup>. Es cierto que la investigación es parcial puesto que no abarca rubros tan decisivos como los pagos ocultos destinados a financiar campañas electorales, los blanqueos de capitales realizados por los bancos y la actividad de las multinacionales pero resulta de innegable valor para convencernos de que ningún país de la tierra está exento del fenómeno.

2. La corrupción, como constante, es reconocida por los propios actores. Recientemente, una encuesta realizada en Francia concluye en que el 51 % de los directivos de las sociedades considera

legítimo el soborno en las operaciones<sup>21</sup> celebradas con empresas de los países subdesarrollados o con los propios estados. Esta afirmación se armoniza claramente con las legislaciones de los países centrales que omiten la criminalización de los sobornos pagados en el exterior; más aún, como lo señala Alejandro Teitelbaum<sup>22</sup>, en ciertos países (Suiza, Bélgica), las regulaciones fiscales autorizan a deducir como gastos las comisiones que disfrazan el soborno.

Es cierto que la “corporización” del soborno no es fácil de detectar en las investigaciones empíricas, sobre todo porque no son muchos los casos que llegan a la esfera judicial, resultado que proviene no sólo de la naturaleza clandestina sino fundamentalmente de la gravitación económica y política de los protagonistas; basta recorrer la crónica periodística para convencernos de este aserto<sup>23</sup>. Ello no significa, obviamente que quede cerrada la posibilidad de obtener un conocimiento adecuado que concuerde con la realidad del objeto y la posibilidad de elaborar proposiciones que reflejen sus características<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> La General Electric, transnacional, condenada a una multa de 25 millones de dólares en Estados Unidos por actos de corrupción en Egipto. *Le Monde Diplomatique*, noviembre 2000, citado por Alejandro Teitelbaum, artículo mencionado.

<sup>20</sup> *Clarín*, Sección Internacionales, 28-6-2001.

<sup>21</sup> Daniel Dommel. Un terreno privilegiado para la corrupción ¿Qué se puede esperar de la recomendación de la O.C.D.E de 1994? *En Pena y Estado*, N° 1, Año 1, pág. 232.

<sup>22</sup> Contribución al Foro electrónico de la corrupción. Lyon, agosto 2001.

<sup>23</sup> En América latina, los ejemplos son más resonantes que los que podemos extraer de EUA, el Japón y Europa. Recordemos el proceso a Salinas de Gortari en México, el caso IBM y la investigación sobre la venta de armas en la Argentina.

<sup>24</sup> Carlos. A. Salvino; *El proceso de investigación*. Ed. Lumen Humanitas. Caracas 1992, pág. 19.

3. Si acudimos a una investigación exploratoria realizada dentro de un universo limitado, partiendo de casos típicos concretos, podremos extraer conclusiones similares, tanto las que provienen de la zona de los delitos contra la administración pública como las que se vinculan con el área de la sociedad civil. En nuestro país, es conocida la causa judicial incoada contra directores de IBM y funcionarios públicos que acordaron operaciones perjudiciales para el estado. Un grueso soborno premió la actuación de los funcionarios estatales sin que hasta ahora se conozcan los importes manejados pero sí, está probado, que en el episodio obraron de modo conexo la oferta de condiciones por parte de los funcionarios y la búsqueda de la “operación” por parte de la conocida transnacional. En el ámbito de la sociedad civil, las coordinadas son semejantes; en mayo de 1999, la justicia de Estados Unidos condenó a Hoechst AG, conocida empresa química y farmacéutica a pagar una multa de 35.000.000 de dólares y a Berndt Romann “manager” de Hoechst’s Food Ingredients Business Unit” otra personal de US\$ 250.000, por intervenir en una concertación internacional destinada a eliminar la oposición en el mercado; el logro de la concertación fue favorecido por la concesión de ventajas especiales<sup>25</sup>. Podríamos detenernos en otros ca-

sos puntuales pero excederían el objeto de este trabajo. Interesa, sí, destacar que en todos los casos la ventaja obtenida al margen de lo instituido es un denominador común; asume distintas modalidades o se instrumenta en mecanismos diversos; verbigracia, no son idénticos el ejemplo de la empresa que, en inferioridad de condiciones -precios altos y calidad disminuida-, pugna por deshacerse de los contrarios de aquél en que la oferta exhibe una solución más ventajosa pero igualmente entrega el soborno para asegurar su situación ganadora. Lo relevante es el rol que juega la ventaja o favorecimiento en los distintos movimientos, tanto en el que brega por conseguir su objetivo en un escenario prolijo como el que pugna por eliminar la competencia. La misma empresa puede hallarse en las dos situaciones y en ninguna de las dos desiste de su propósito, salvo, naturalmente, como lo indica la experiencia histórica, cuando la derrota está sellada desde un comienzo.

### **III. Traslado del problema al campo de la responsabilidad penal de las transnacionales**

Por la envergadura de las operaciones realizadas, por su gravitación en la economía mundial, las empresas transnacionales exhi-

<sup>25</sup> The Top 1000 Corporate Criminals of the 1990’s;  
<http://www.corporatepredators.org/top100.html>.

ben hoy un protagonismo que les era desconocido dos o tres décadas atrás: en el plano delictivo, el daño social producido corre parejo con esta transformación; los comportamientos lesivos superan con creces los episodios tradicionales. Pero el sistema penal no ha tomado conciencia de este cambio cualitativo aunque ya las convenciones internacionales y la actividad de las organizaciones intermedias anticipan que está próximo un giro en la orientación.

La actividad de las transnacionales, como señalamos páginas antes, abarca todos los rubros imaginables. Detengámonos sólo en algunos. En un informe del Instituto de Investigación para la Paz (Estocolmo) se denuncia que el comercio de las armas movilizó 23 mil millones de dólares en el año 1997, de los cuales 10,2 mil millones corresponden a exportaciones provenientes de Estados Unidos<sup>26</sup>. En el 2000, el volumen alcanzó 36.900 millones, siendo su principal vendedor Estados Unidos, con 18.600.000 dólares<sup>27</sup>; como lo señala la nota citada, el monto de las operaciones se extrae de los contratos de venta de las empresas productoras, todas ellas empresas transnacionales. Y, obviamente, las armas vendidas son las que se utilizan en los conflictos bélicos regionales o las

incorporadas al arsenal bélico de los países subdesarrollados (según señala el informe, los principales compradores en el período 1997-2000 han sido los Emiratos Arabes, India y Egipto).

Los pasos posteriores de estas transnacionales son por demás conocidos; es suficiente, como muestra, lo ocurrido en Kosovo donde, a la destrucción causada por las armas de fuego, se agregan las consecuencias del uso de uranio empobrecido y otros productos tóxicos. El científico estadounidense Dan Madley<sup>28</sup> afirma que las radiaciones han provocado leucemia y otras enfermedades cancerosas, fatales para las víctimas, dato que ha sido corroborado en Italia, España, Alemania, Portugal al realizarse el examen médico de los miembros del Ejército que prestaron servicios en la ex Yugoslavia<sup>29</sup>.

Con independencia de la responsabilidad de los estados que participaron del conflicto y de sus dirigentes, lo que importa señalar aquí es el papel de las corporaciones, tanto las productoras como las intermediarias. Es ya un hecho reconocido oficialmente el rol activo de las empresas, no sólo en la elaboración de sustancias tóxicas y armamentos, sino, también, en otras tareas que tradicionalmente

<sup>26</sup> Página 12, 26-6-1997.

<sup>27</sup> Informe del Congreso estadounidense, *New York Times*, transcripto por *Clarín*, 21-8-2001

<sup>28</sup> *Clarín*, Sec. Internacionales, pág. 35, 20-12-2000

<sup>29</sup> *Clarín*, Sec. Internacionales, 7-1-2001.

pertenecían al estado. En fecha reciente, una nota del Washington Post<sup>30</sup> señala que sistemas de comunicación, y radares, vigilancia aérea, fumigación y erradicación de plantas de coca son faenas asignadas a empresas particulares, entre las cuales una de ellas, Dyn Corp (Virginia), obtuvo contratos por 1.400.000 dólares.

La actuación de las transnacionales va más allá de los conflictos bélicos; su silueta se dibuja cruelmente en el campo que denominamos “situaciones de riesgo o daño social”, en las cuales sus decisiones afectan directamente los derechos humanos y sociales —o económicos sociales— dentro de un contexto de violencia no armada. Ejemplo de ello son las grandes hambrunas de los países centroafricanos provocadas por la desaparición de productos primarios, la acción de enfermedades endémicas, o los efectos de la liberación nuclear, que generan una situación similar a la que prevé el art. II inc. c) de la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio, es decir ...“el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial”; vale subrayarlo; el resultado típico abarca no sólo la destrucción físi-

ca sino también el sometimiento a la violencia social.

En el ámbito financiero, la actividad de las transnacionales no es menos relevante. Un informe del llamado G7 (Grupo de los siete estados más desarrollados), publicado en mayo de 2000<sup>31</sup> registra un listado de 42 paraísos fiscales donde, como es sabido, opera una cadena paralela de bancos en un número que aún no ha podido determinarse; sólo uno de ellos, Nauru -estado de la Micronesia de 21 kilómetros cuadrados, el país más pequeño del mundo- alberga 400 bancos, convertidos en base de operaciones del blanqueo de capitales y del dinero proveniente de la comercialización de la droga y otras actividades delictivas. Parece innecesario agregar que todos los bancos de los paraísos fiscales son, en la actualidad, apéndice necesario de las instituciones bancarias “serias”, como surge de las esporádicas investigaciones sobre la materia<sup>32</sup>.

El crecimiento de la actividad de las transnacionales en el ámbito financiero es fácil de explicar; en 1975 la compra-venta de monedas extranjeras para el pago de transacciones en bienes y servicios -aspecto normal del comercio- representaba el 80% del total de monedas transadas; el restan-

<sup>30</sup> *Clarín*, Sec. Internacionales, pág. 32, 5-8-2001.

<sup>31</sup> *Le Monde Diplomatique*, 28/29, mayo 2000.

<sup>32</sup> El reciente informe del Senado de Estados Unidos sobre el llamado caso Moneta, donde figuran tres de las entidades más importantes de Estados Unidos: Bank of America, Chase Manhattan y Citibank, *La Nación*, 6-2-2001, pág. 15.

te 20% correspondía a la especulación cambiaria, tradicionalmente cuota minoritaria del comercio de divisas. En la actualidad, el 97,5% del total del comercio de divisas se realiza con fines especulativos y sólo el 2,5% cubre transacciones reales en bienes y servicios. Los grandes bancos han declinado funciones de provisión de crédito para convertirse en especuladores con divisas<sup>33</sup> como lo demuestran los ejemplos del Chase Manhattan Bank, Bank of America, Sumitomo, Barclays que destinan del 20 % al 50 % de sus ingresos a la especulación cambiaria. En tanto, en 1973, las transacciones diarias en el mercado financiero oscilaban en los 15.000 millones de dólares, en 1986 llegaban a los 200.000 y en la actualidad ya superan los 2 millones de millones<sup>34</sup>.

Parece innecesario decir que todas estas actividades financieras van acompañadas de ventajas o favores para los sujetos participantes.

#### IV. Conclusiones

Si, como se desprende de los casos señalados, las actividades de mayor volumen tienen como sujetos activos a las transnaciona-

les, y el acto de corrupción funcional se ha convertido en componente de la estructura económico-social, resulta obligado contemplar, en la legislación penal, esta realidad contemporánea. En trabajos anteriores<sup>35</sup> hemos propuesto adoptar el modelo de la doble imputación, abarcante de la responsabilidad de la persona jurídica y de la responsabilidad de los directivos, asignándole a la primera un sistema específico que arranca de la imputación y epiloga con un conjunto de penas y medidas de seguridad adecuadas.

El sistema de la doble imputación parte de la diferenciación entre imputación a la acción humana e imputación a la persona jurídica; el primer caso, como es sabido, es el presupuesto del sistema penal convencional. El segundo arranca de la acción societaria o institucional como acción cualitativamente diferente de la individual.

La acción institucional o societaria se halla determinada por tres factores (unidades reales): en primera línea la que pertenece al ámbito normativo; en un segundo lugar, la que se genera en la propia organización y, en tercer término, la que se identifica con el interés económico, que gobierna los anteriores.

<sup>33</sup> Pius Oklgo. Globalisation and Development – Challenge to Sub Saharian Africa. Economist International Meeting Habana, January 1999. Martínez Osvaldo- **Realidad Económica** N° 162.

<sup>34</sup> El monto de tres días de transacciones, igual al producto anual de Estados Unidos.

<sup>35</sup> Especialmente *La Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica: ensayo de un nuevo modelo teórico*. Ed. Depalma. Buenos Aires, 2000.

En el marco de la regulación normativa se debe aprehender la competencia de los órganos, las mayorías necesarias para obligar a la entidad y otras variables, tanto respecto de las funciones en el marco interno (formación de la voluntad social) como las que se vinculan con la esfera externa (representación). El resultado de la operatividad de estos mecanismos es lo que denominamos producto normativo, que se convierte en el eje de la imputación jurídica y que, además, es epílogo del proceso ocurrido en la esfera organizacional en torno del interés económico.

Nadie discute que las sociedades anónimas y las "corporations" pertenecen a la categoría de las organizaciones; responden a características comunes que la sociología actual analiza como componentes de un subsistema: colectividad humana de cierta magnitud, un conjunto de fines racionales, un sistema de comunicación institucionalizado, relaciones de poder, un nivel de conflicto interno. Nosotros recogemos estos enunciados pero ubicamos como variables independientes la regulación normativa y el interés económico, lo cual no significa desconocer la interacción entre las distintas variables y las características exhibidas por cada una de ellas; precisamente, como resultado de esta interacción, se genera lo que denominamos *segundo código*, es decir, el conjunto de reglas reales que gobiernan la

decisión institucional y en cuya elaboración gravitan predominantemente los llamados fines reales, muchas veces en disonancia con las normas que prescriben los fines estatutarios, examinados en la unidad real normativa.

El interés económico es sinónimo de ganancia o beneficio; está indisolublemente unido al proceso de acumulación, sujeto a sus leyes. No puede escapar de la conocida ley del valor o de la que rige la circulación (dinero-mercancía-dinero). La ganancia como condición insustituible del proceso de acumulación capitalista, se conforma como una objetividad, un producto buscado por las apertencias de los individuos pero, al mismo tiempo, independiente de su dominio; los desplazamientos geográficos, las uniones, agrupamientos y distintos tipos de relaciones entre las empresas están condicionados por su presencia.

La naturaleza de la acción institucional es la base sobre la que se construye la teoría del delito aplicada a las personas jurídicas respetando, obviamente, sus características especiales. Así, se puede hablar de tipicidad en materia de delitos cometidos por personas jurídicas, distinguiendo entre tipo objetivo y tipo subjetivo, con la aclaración obvia de que lo subjetivo no es igual a subjetividad del ser humano sino a titularidad de la decisión de la persona jurídica. También es posible hablar en el nuevo esquema del juicio de anti-

juricidad, es decir, del juicio sobre la colisión entre el acto ilícito y el ordenamiento jurídico, admitiendo algunas causas de justificación como la legítima defensa y el estado de necesidad.

Lo más importante, sin duda, en el nuevo ensayo, es la sustitución de la tradicional categoría de culpabilidad por otra que denominamos responsabilidad social; no es el reproche por la deficiente formación de la voluntad social de la persona jurídica -esquema básico de la teoría tradicional- sino la valoración del hecho concreto de desconocer lo exigido por la ley. Al desaparecer el elemento subjetivo personal, sobre el cual se apoya la culpabilidad en el derecho penal tradicional, la responsabilidad social se estructura sobre otras columnas: en primer término la atribuibilidad, que reside en asignar adecuadamente la conducta delictiva a la persona jurídica y, en segundo lugar, la exigibilidad que consiste en saber cuándo se trata de un acto desviado, es decir, apartado del ordenamiento jurídico cuando éste, precisamente, estaba ordenando lo contrario.

Una nota clave de esta nueva categoría responsabilidad social es que, a diferencia de la culpabilidad, prescinde de lo que comúnmente se denomina conciencia de la antijuricidad. El *conocimiento presunto de las normas* es una regla de oro en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas; por su propia estructura

y organización –estatutos, normas internas, etc.- la corporación o la sociedad anónima están obligadas a contar con toda la información técnica y jurídica que requiere su funcionamiento, este dato, que designamos como “información construida” forma parte de su esencialidad, está incorporado a su sobrevivencia como persona jurídica. Por eso el “arsenal de su saber” o su saber acumulado sobre las disposiciones regulatorias que la afectan, es un ingrediente propio de la actuación del ente y no un elemento vinculado con la aptitud o la capacidad para conocer el ordenamiento; la aptitud ya está definida antes del acto de desviación, lo cual no significa naturalmente que los mayores o menores esfuerzos del directorio por resolver las dudas que se suscitan en el momento de la decisión puedan ser tomados en cuenta en el instante de evaluar la responsabilidad social.

Eliminado lo que se denomina error de prohibición, la exigibilidad admite, sin embargo, la existencia de factores que puedan actuar como eximentes de la responsabilidad social o como atenuantes en otros casos. Estos factores impeditivos u obstaculizantes concurren al juicio de responsabilidad social en el momento en que el juez debe tomar la decisión, tanto para aplicar la pena o la medida de seguridad, cuanto para optar por la exención.

El resultado del juicio de responsabilidad social es el tramo ante-

rior a la pena y a la medida de seguridad. En la órbita de actuación de las personas jurídicas los fines y justificación de la pena están, sin ninguna controversia, fuera del ámbito intrínsecamente penal; abrevan en un esquema axiológico con contornos propios, elaborado a partir de las disfunciones que el comportamiento desviado provoca en la estructura económica y en el ámbito político social.

Pero la ecuación no queda resuelta con sólo acudir a la externidad del derecho penal; es preciso considerar además que la persona jurídica, como lo hemos señalado antes, es un protagonista cualitativamente diferente del hombre de carne y hueso. El papel de la persona jurídica en el tejido social —recordemos el carácter mediador de las S.A. y corporaciones en las relaciones estructurales y superestructurales— no es idéntico al del individuo, ni son iguales los efectos de su acción; al igual de lo que ocurre con la acción institucional, el impacto de la pena o de la medida de seguridad está condicionado por la conveniencia o el beneficio, por la rentabilidad y no por el alma de los directivos. De esta abismal diferencia debe partir cualquier reflexión sobre la posibilidad de trasladar la aplicación de los principios claves de la pena tradicional a nuestro diseño.

En el sistema *ad-hoc* que proponemos, tanto la pena como la medida de seguridad, son técnicas

institucionales aplicadas por el estado para instrumentar la violencia programada ante el acto socialmente desviado de la persona jurídica; la lista de sanciones responde a un criterio unitario originado más en la necesidad de corregir la disfuncionalidad y la reparación del daño que en los efectos clásicos de la prevención. Sin que signifique un número cerrado aparecen como las más aptas, en cuanto a las penas, la cancelación de la personalidad jurídica, la multa, la suspensión total o parcial de actividades, la pérdida de beneficios estatales, la publicidad de la sentencia, las prestaciones obligatorias y la confiscación.

Respecto de las medidas de seguridad, es la vigilancia judicial la más importante aunque puede jugar un rol no menos trascendente la auditoría periódica o la presentación de estados contables; todas deben operar con una duración limitada y sólo en casos excepcionales el tribunal podrá prorrogar por un período la vigencia de la medida.

El diseño que hemos bosquejado tiene su aplicación tanto en la órbita interna como en la externa. Es posible incorporarlo al propio cuerpo del Código Penal o disponerlo por separado en una ley especial. Lo que importa es determinar el campo de actuación en relación con los bienes jurídicos y un sistema especial de sanciones, tal cual lo mencionamos antes. El acogimiento de la responsabilidad

penal de las personas jurídicas se debe focalizar en dos grandes áreas: el orden económico y el medio ambiente, pues es aquí donde el protagonismo de las grandes corporaciones tiene mayor gravitación y es aquí también donde se provoca el daño social de mayor volumen; en este sentido nuestra propuesta se aleja de algunas ópticas totalizadoras –v.gr. el Código francés de 1994– que pretenden extender el campo de actuación a todos los bienes protegidos por el ordenamiento penal.

En el ámbito externo, la ausencia de un Código Penal Internacional, por una parte y, por la otra, la falta de una legislación universal que abarque el comportamiento delic-

tivo de las personas jurídicas, generan la necesidad de incorporar el sistema de la doble imputación en las convenciones aprobadas para la protección de los derechos económicos y sociales; los ejemplos que hemos dado sobre la actividad de las transnacionales en Kosovo y en otras regiones<sup>36</sup> demuestra la responsabilidad directa en la afectación del medio ambiente, el orden socioeconómico, amén de los derechos individuales. El estudio sobre el fenómeno de la corrupción sirve para demostrar que en el sistema adoptado por nosotros el acto corruptivo es parte inescindible de esas conductas y por consiguiente debe ser captado por el sistema.



<sup>36</sup> Por ejemplo, Said Aubrish, colaborador de Saddam Hussein, admite que la Pfalder Corporation de Rochester, New York, proveyó a Irak de gran parte de la tecnología para edificar la primera gran planta química. Después McDonnald Douglas, que ya no existe, le ofreció el misil Harpoon cuando estaba en guerra con Irán. (Diario *Clarín*, domingo 18 de noviembre de 2001, p.7 del Suplemento Zona.)