

# LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

## (Con una especial referencia al delito de Contrabando)

POR EDUARDO CUELLO

### SUMARIO

- I. Introducción y planteo del problema.
  - a) Importancia del problema.
  - b) Circunscripción del ámbito de análisis.
  - c) Antecedentes históricos.
  - d) La fórmula de imputación criminal en el ordenamiento positivo argentino.
- II. Responsabilidad directa de las personas jurídicas – La situación en nuestro sistema legal.
  - a) Responsabilidad de las personas jurídicas en materia de contrabando.
  - b) Un precedente en contra: la causa “Fly Machine”
  - c) Normas nacionales que receptan la responsabilidad penal de las personas jurídicas.
  - d) Situación en la Unión Europea.
- III. Los planteos de incongruencia entre las normas que admiten la responsabilidad penal y el resto del sistema legal.
  - a) La acción segmentada.
  - b) El eje de la cuestión: la categorización conceptual de la persona jurídica y los parámetros de la imputación.
  - c) La sana crítica racional – validación de las normas que consagran la responsabilidad penal de las personas jurídicas.
  - d) La acción institucional – una propuesta integral.
- IV. Conclusión.

### I.- INTRODUCCION Y PLANTEO DEL PROBLEMA

Mucho se ha escrito sobre la personalidad jurídica de las sociedades y el poderoso instru-

mento de progreso que significaron dentro del mundo capitalista. Sin embargo y en contraste con tan importante desarrollo en cuanto los aspectos comerciales y civiles, es muy poco lo que se ha logrado avanzar en lo referente a la

captación de las patologías de los comportamientos societarios.

El propósito de este trabajo consiste en analizar el problema de la imputación penal de la persona jurídica como sujeto colectivo diferenciado de sus integrantes y el conflicto suscitado entre las posiciones que afirman y niegan respectivamente tal posibilidad.

Para ello necesitaremos considerar no sólo la faz normativa (el derecho positivo vigente) sino abreviar en otras fuentes de información. Como ha señalado el profesor David Baigún<sup>1</sup>, la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la necesidad de un modelo teórico no son patrimonio exclusivo del saber penal; representan presupuestos indispensables de la labor legislativa; de las pesquisas de los economistas sobre la conducta de los sujetos activos de la mundialización; de los estudios que pretendan dar una respuesta al desarrollo sustentable del medio ambiente y de las investigaciones emprendidas por quienes han advertido el protagonismo de las corporaciones –cuyo ropaje normativo es la persona jurídica– en el entramado social.

### a) Importancia del problema

La cuestión que presentamos es un tema antiguo pero de renovada discusión pues hasta el presente no se ha formulado ningún criterio absoluto y definitivo.

El abordaje de esta problemática, ha sido llevado a cabo, básicamente, desde dos perspectivas o avenidas de aproximación principales: o bien se ha analizado la cuestión a partir de los criterios denominados de “política criminal” (es necesario penalizar a las sociedades), o bien desde la óptica de la ciencia pura del derecho o la dogmática penal en cuanto a la posibilidad sistemática de su instrumentación (no resulta factible aplicar el derecho penal a un ente ideal dentro de la estructura normativa vigente).

Quienes encaran el problema desde la perspectiva de la política criminal, o por razones de

evidente conveniencia, justifican la posibilidad en cuestiones más ancladas en el devenir cotidiano de los acontecimientos y teniendo en cuenta el resultado o consecuencias que provoca el accionar de las sociedades. Es lo que podríamos denominar un enfoque finalista o de resultados. Analizaremos esto detalladamente más adelante.

Quienes por el contrario abordan la temática desde la óptica de la ciencia del derecho, lisa y llanamente invocan al absurdo y señalan la ruptura de todo un sistema penal de imputación –y aún de elementales garantías constitucionales– cuando se les menciona que un ente de naturaleza ideal, una construcción jurídica receptada por las leyes, pueda ser objeto o sujeto de punición en el orden penal.

Estimamos necesario entonces efectuar un análisis más detallado sobre las posibilidades de que la persona jurídica sea generadora de resultados con trascendencia penal y a partir de allí ver por un lado si resulta coherente y compatible con el actual sistema normativo de imputaciones que una sociedad pueda ser responsabilizada penalmente. Es decir, si “jurídicamente” resulta factible responsabilizar penalmente a las sociedades.

En este respecto, consideramos oportuno recordar la advertencia de Aftalión<sup>2</sup> cuando mencionaba que: *“En estos tiempos de inflación, también los penalistas padecen de una inédita versión del fenómeno: la que podríamos calificar de inflación penal, o sea, la apresurada, desordenada y profusa emisión de normas penales, al margen de toda preocupación científica, frecuentemente contradictorias entre sí, llenas de lagunas e imprecisiones. No es extraño que el nacimiento del Derecho penal-económico se haya caracterizado en todas partes por sus deficiencias técnicas, por sus transgresiones a principios fundamentales del Derecho penal clásico, por sus excesos y discrecionalidades, si se tiene en cuenta que, en todas partes, su promulgación respondió a la necesidad de hacer frente, con urgencia, a situaciones y pro-*

1. BAIGÚN, David; *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)”*, pág. IX, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000.

2. Aftalión, Enrique R., LL-90-701.

*blemas nuevos, cuyo enfrentamiento no admita dilación”*

### b) Circunscripción del ámbito de análisis

Nuestro trabajo se circunscribirá al ámbito de las personas jurídicas privadas con el alcance que a este concepto le asigna el Código Civil<sup>3</sup> y la teoría del órgano (con las particularidades que esta temática impone)<sup>4</sup>.

Por otro lado, en cuanto a la faz *normativa*, hemos partido del análisis de normas que constituirían el llamado “Derecho Penal Especial” (leyes cambiarias, impositivas, aduaneras, ecológicas, etc.) diferenciado nítidamente del derecho penal tradicional.

Sin embargo, no por tratar con normas especiales quedaremos eximidos de analizar el sistema de imputación vigente que abrevia en el Derecho Penal común y su raigambre constitucional, situación ésta que tal vez es la que plantea los mayores interrogantes.

### c) Antecedentes históricos

La experiencia y la exigencia metodológica imponen reseñar aunque sea brevemente los precedentes de esta temática, sobre todo a los fines de dotar de perspectiva y justificar su trascenden-

cia y problemática.

Si bien se reconoce que, a partir del postulado romanista “*societas delinquere non potest*”, muchas legislaciones negaron y niegan todo tipo de responsabilidad penal a las personas jurídicas, tal criterio no ha tenido en el curso de los acontecimientos una receptación uniforme.

Ya en la antigua Grecia, al referirse a la *phratría*, o el propio derecho romano antiguo, respecto de la *gens*, se aludía a un tipo de responsabilidad penal de índole colectiva, no ya individual, lo que sin duda constituyó un primer paso para arribar a un cambio de concepción tendiente a reconocer un *factor de atribución* de corte netamente criminal a una corporación, distinta a la eventual culpabilidad penal de sus miembros.

Los Glosadores comenzaron a ocuparse más detenidamente del problema acerca de la posibilidad de accionar penalmente contra agrupaciones de personas. A esta tendencia se sumaron los canonistas, que elaboraron el concepto de *universitas* como algo no idéntico a sus miembros y plantearon la cuestión de si ellas podían ser excomulgadas. La mayoría se inclinó por esta posibilidad y, a la vez, con ello, por su capacidad penal.

No es de extrañar que los Glosadores —señala Jiménez de Asúa<sup>5</sup>—, para quienes la “*universitas*” estaba formada por la suma de sus miembros, encontrarán más facilidades para edificar la doctri-

3. Código Civil: art. 30: Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones. Art. 31: Las personas son de una existencia ideal o de una existencia visible. Pueden adquirir los derechos, o contraer las obligaciones que este Código regla en los casos, por el modo y en la forma que él determina. *Su capacidad o incapacidad nace de esa facultad que en los casos dados, les conceden o niegan las leyes.* Art. 32: Todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son *personas de existencia ideal, o personas jurídicas.* Art. 36: Se reputan actos de las personas jurídicas a los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio. En lo que excedieren, sólo producirán efecto respecto de los mandatarios. Art. 39: Las corporaciones, asociaciones, etcétera, serán consideradas como personas enteramente distintas de sus miembros. Los bienes que pertenezcan a la asociación, no pertenecen a ninguno de sus miembros; y ninguno de sus miembros, ni todos ellos están obligados a satisfacer las deudas de la corporación, si expresamente no se hubieren obligado como fiadores, o mancomunado con ella. Art. 40: Los derechos respectivos de los miembros de una asociación con el carácter de persona jurídica, son reglados por el contrato, por el objeto de la asociación o por las disposiciones de sus estatutos.

4. Al respecto nuestra C.S.J.N. “in re”: “Diebel y Saporitti c/Dirección General de Hospitales”, fallo del 20-12-1944, ha señalado que “...sin embargo siendo ésta una excepción a la regla general de la irresponsabilidad penal de las personas de existencia ideal, establecida por el artículo 43 del Código Civil debe interpretarse restrictivamente limitándola a aquellas personas de existencia voluntaria, de interés privado, creadas con fines económicos...Tratándose de personas jurídicas de existencia necesaria, creadas con un fin político por excelencia, como el Estado, las provincias y cada uno de los municipios o de órganos de la administración pública, la excepción es inaplicable y la regla general recobra todo su valor. Es inconcebible un órgano del Estado condenado por defraudación al mismo Estado; una provincia condenada por defraudación al Estado General.../...si los gobernantes o los funcionarios cometieren actos de defraudación aduanera o participan en las defraudaciones cometidas por terceros la responsabilidad no puede ser, en tal caso, sino personal...”

5. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en “Paginas de Ayer”, Ed. La Ley, año 2, Número 11, Diciembre de 2001, pag. 6

na afirmativa de una cierta responsabilidad en determinados delitos, con una posición ecléctica que no abjuraba de la teoría de la ficción, pero que al mismo tiempo abonó la posibilidad de sancionar, en casos concretos, a las personas jurídicas.

Después de la Época de las Luces surge la Revolución Francesa que restablece el criterio de la ficción como paradigma de derecho penal de esa época y que se proyecta hacia al actualmente denominado derecho penal liberal y que postula que sólo el ser humano, la persona física, puede ser sujeta de una imputación criminal y pasible de la aplicación de castigo (conforme a la terminología entonces imperante que no refería a lo que hoy se conoce como medidas de seguridad).

La teoría negatoria de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tuvo entonces –como se dijo– origen en el Derecho Romano y aunque durante la Edad Media y Moderna se admitió la posibilidad de sancionar a los entes ideales, a fines del siglo XVIII comienza a imponerse nuevamente la tesis restrictiva. Esa opinión que se hace dominante a partir de los postulados de Feuerbach, quien encontró su base dogmática en la obra de Savigny y su teoría de la ficción, según la cual la persona ideal no es sino una ficción jurídica y como tal no puede servir de soporte sustancial a una auténtica responsabilidad punitiva. Esta, sólo puede recaer, pues, en los auténticos responsables del delito, esto es, los hombres que se encuentran detrás de la persona jurídica. No obstante ello, Feuerbach en definitiva terminó acudiendo a lo que Jiménez de Asúa denomina “subterfugio”<sup>6</sup> para negarle responsabilidad al ente al sostener que la sociedad sólo existe en tanto y en cuanto persigue el fin para el cual fue creada. Y si la sociedad se extravía de ese “telos” que la propia ley le ha impuesto, ya no es tal sociedad: habría desaparecido como tal ente jurídico.<sup>7</sup>

En la actualidad, en cambio, son importantes las innovaciones legislativas que corroboran la tendencia mundial a favor del reproche penal directo a las personas de existencia ideal. Entre las más recientes se pueden citar el Código Penal

Francés, y el Derecho penal español. En éste último, en el año 1995 se introdujeron un conjunto de medidas en la parte general, agregando en el artículo 129 medidas para aplicarse a las empresas de carácter represivo denominadas “*consecuencias accesorias*”, consistentes en la pena de multa, a posteriori de la determinación de la persona física responsable. Asimismo, prevén tal posibilidad el Código Penal de Portugal desde 1983; el de Holanda desde 1976, la ley penal de Noruega desde el año 1992. Por su parte, Alemania e Italia tiene un régimen de sanciones estrechamente vinculadas –como Argentina– al sistema penal.

Al analizar los antecedentes de relevancia en la materia se pueden señalar entonces básicamente dos corrientes:

a) Dentro de las corrientes que sostienen el principio “*societas delinquere non potest*” se encuadran autores como Savigny, Freitas, Vélez Sársfield, Carrara, Pessina, Feuerbach, Manzini, Florian, Binding, de la Huerta, Soler, Gómez y Jiménez de Asúa quienes con diferentes matices han fundado su postura en cuatro argumentos principales, vinculados a: 1. las disposiciones del Código Civil en lo atinente a la capacidad de las personas jurídicas, atendiendo especialmente a lo dispuesto por el artículo 43 según su texto original; 2. a la alegada violación al principio de personalidad de la pena; 3. a la ausencia del elemento subjetivo (culpabilidad) que resulta necesario para fundar en definitiva el reproche penal y, por último, 4. a la ineficacia de una sanción penal correctiva sobre una persona jurídica.

En nuestra doctrina nacional, en líneas generales se ha razonado en general, partiendo de los inconvenientes referidos a la *incapacidad de acción* o de la *culpabilidad*, además de lo relativo a la *personalidad de las penas*, objeciones éstas que han sido planteadas y presentadas principalmente (o podríamos decir, casi exclusivamente) dentro del campo dogmático, “...mientras que en la época actual el tema ocupa otros espacios epistemológicos –que tiene por epicentro el discurso jurídico–, y, por lo tanto, deben atender-

6. JIMÉNEZ de ASÚA, Op. Cit., pág. 7

7. Ver “infra” notas N° 29 y N° 33

se a otras razones, de diversa naturaleza pero de idéntica urgencia, tales como las que informa la política criminal acerca de la necesidad de revertir un estado de impunidad en ocasiones favorecido, precisamente, por el excesivo apego a las elaboraciones de gabinete ajenas a la realidad social.<sup>8</sup>

Dalmacio Vélez Sársfield –siguiendo la doctrina elaborada por Savigny y posteriormente receptada por Freitas- en su nota al referido artículo 43<sup>9</sup> señaló que “...*El derecho criminal con-*

*sidera al hombre natural, es decir, a un ser libre e inteligente. La persona jurídica está privada de ese carácter, no siendo si no un ser abstracto al cual no puede alcanzar el derecho criminal. La realidad de su existencia se funda sobre las determinaciones de un cierto número de representantes, que en virtud de una ficción, son considerados como sus consideraciones propias...*” (Ver transcripción de nota al pie)

El referido artículo 43 del Código Civil en su redacción anterior materializó en nuestro sistema

8. Cám. Fed. Ap. Cba., “in re”: “Región Aduanera Córdoba s/denuncia contrabando” - “Cuerpo de fotocopias”, fallo del 17/05/2002.

9. Texto original del artículo 43 del Código Civil: “No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores, hubiese cometidos delitos que redunden en beneficio de ellos”. Resulta sumamente interesante y necesario analizar la nota efectuada por nuestro codificador Civil sobre este artículo en la que señalaba ya en aquellos tiempos: “La cuestión de si las personas jurídicas pueden o no cometer delitos y sufrir penas, ha sido vivamente controvertida. Puede verse sobre la materia a Savigny....Para nosotros, el artículo del proyecto tiene fundamentos incontestables.

*El derecho criminal considera al hombre natural, es decir, a un ser libre e inteligente. La persona jurídica está privada de este carácter, no siendo sino un ser abstracto, al cual no puede alcanzar el derecho criminal. La realidad de su existencia se funda sobre las determinaciones de un cierto número de representantes, que en virtud de una ficción, son considerados como sus determinaciones propias. Semejante representación, que excluye la voluntad propiamente dicha, puede tener sus efectos en el derecho civil, pero jamás en el criminal.*

*La capacidad de las personas jurídicas de poder ser demandas, no implica una contradicción, aunque toda acción supone la violación de un derecho. Esta especie de violación del derecho tiene una naturaleza puramente material: ella no interesa la conciencia en el mayor número de los casos. Las acciones del derecho civil son destinadas a conservar o a restablecer los verdaderos límites de las relaciones individuales de derecho. Teniendo pues las personas jurídicas la capacidad de la propiedad, esta necesidad, la de las acciones civiles, existe respecto de ellas como respecto de las personas naturales. No hay, por lo tanto, inconsecuencia, en decir, que la persona jurídica puede sufrir por un delito y que no puede cometerlo. Desde que la propiedad existe, ella puede ser violada, cualquiera que sea el propietario, un ser de una existencia ideal o un ser inteligente y libre.*

*Los delitos que pueden imputarse a las personas jurídicas han de ser siempre cometidos por sus miembros o por sus jefes, es decir, por personas naturales, importando poco que el interés de la corporación haya servido de motivo o de fin al delito....Castigar la persona jurídica como culpable de un delito, sería violar el gran principio del derecho criminal que exige la identidad del delincuente y del condenado.*

*Los que creen que los delitos pueden ser imputados a las personas jurídicas, les atribuyen una capacidad de poder que realmente no tienen. La capacidad no excede del objeto de su intuición que es el de hacerle participar del derecho a los bienes. Para esto, la capacidad de los contratos es indispensable. Si las personas jurídicas tuvieran la capacidad absoluta de derecho y la de voluntad, serían igualmente capaces de relaciones de familia. Los impúberes y los dementes tienen, como las personas jurídicas, la capacidad de derecho sin la capacidad natural de obrar. Para los unos y para los otros, hay los mismos motivos de dar a esta voluntad ficticia una extensión ilimitada, y desde entonces se podría castigar en la persona del pupilo el delito del tutor, si él comete como tutor un robo o un fraude en el interés de su pupilo. Los casos que se citan de justos castigos a ciudades, municipalidades, etc., han sido o actos del derecho de la guerra o medidas políticas, que nunca se hubieran sancionado por el Poder Judicial, pues en ellas siempre resultaban castigados muchos inocentes. El error del argumento nace de que regularmente los actos del mayor número de ciudadanos de una ciudad o de los miembros de una corporación, pasan por ser actos de la ciudad o de la corporación confundiendo así la corporación con sus miembros. Por otra parte, todo delito implica dolo o culpa y, por lo tanto, la voluntad de cometerlo y la responsabilidad consiguiente. Desde entonces, el dolo podría imputarse tanto a las personas jurídicas, como a los impúberes o dementes.*

*Al lado de la obligación que produce un delito, nace otra del todo diferente...que se aplica a las personas jurídicas, como a los dementes o a los impúberes. Si, pues, el jefe de una corporación comete fraude en el ejercicio de sus funciones, él sólo es responsable por el dolo; pero la caja de la corporación debe restituir la suma con que el fraude la hubiere enriquecido. Es preciso no decir lo mismo de las multas que pueden imponerse en un proceso, las cuales no son verdaderas penas sino gastos, partes esenciales del mecanismo de los procedimientos judiciales. Las personas jurídicas deben someterse a esas multas, si quieren participar de los beneficios de un proceso.*

*Pasando a las disposiciones del derecho sobre la materia, podemos decir que muchas leyes de los Códigos romanos confirman plenamente la doctrina que hemos expuesto. Un texto dice expresamente: que la acción de dolo no puede intentarse contra una municipalidad, porque ella, por su naturaleza, es incapaz de dolo; pero que si se ha enriquecido por el fraude de un administrador, debe restituir la suma de que hubiese aprovechado...*

jurídico aquel viejo principio del Derecho Romano *Societas Delinquere non Potest* –defendido entre otros por el célebre jurisconsulto Ulpiano– que disponía que no se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redundaran en beneficio de ellas.

Este dispositivo legal dio lugar a una primera jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se orientó hacia la negación de cualquier tipo de responsabilidad de las personas jurídicas por hechos ilícitos –con excepción de lo que al respecto dispusieran las leyes especiales–. En este sentido sirve de antecedente la doctrina de Fallos 27:208; 78:271; 90:234; 95:33; 95:48 y otros, entendiéndose en ese sentido el Alto Tribunal que la generalidad de los términos en que estaba concebido el art. 43 no permitía hacer distinciones que él no hacía, en el sentido de limitar la prescripción a las acciones civiles por daños procedentes de delitos del derecho criminal.

b) La otra corriente, que admite tal posibilidad se encuentra representada por Gierke, Mestre, Von Liszt, Jellinek, Goldschmidt, Saldaña, Cossio, Aftalión, Cueto Rúa, Chichizola y Baigún entre otros. Esta postura considera que la concepción tradicional del derecho penal, apta para los comienzos de la sociedad de mercado, exhibió pronto sus desajustes. La aparición de los *holdings*, *trusts*, monopolios, fusiones y sus formas jurídicas no se compadecían con una ley penal que apuntaba fundamentalmente a tutelar el derecho de propiedad y la libertad individual cuando en la realidad comenzaban a surgir los problemas derivados de la delincuencia económica.

Dentro de los autores nacionales, fue Enrique Aftalión quien analizó si resultaba justo o no la imposición de sanciones a las personas jurídicas y para ello consideró en un racconto evolutivo

que la debilidad económica física del hombre aislado lo llevó a asociarse con sus semejantes, de modo de poder afrontar ciertas empresas que escapaban a sus posibilidades individuales y la técnica jurídica creó los instrumentos necesarios para facilitar las nuevas formas de asociación, naciendo así las personas jurídicas que desempeñaron un papel trascendental en la evolución jurídica y económica de la humanidad. Sin embargo este autor destacó que *“...la personería jurídica, aparte de satisfacer las necesidades económicas que constituyeron la razón fundamental de su creación, se mostró pronto como la más perfecta, barata y discreta encarnación de la vieja institución de los ‘testaferros’...”* concluyendo que *“...la institución de la responsabilidad penal de las corporaciones no está de contramano en el devenir contemporáneo y que ‘es justicia’ su aceptación en todos aquellos casos en que son valederas las reflexiones precedentes...”*<sup>10</sup>

En contraposición a los que sostenían la tesis del artículo 43 original del Código Civil de Vélez Sársfield, el nuevo texto reformado por la ley 17.711 no prevé la limitación original<sup>11</sup>, sin perjuicio de destacar que ya con anterioridad a esta Reforma la Corte Suprema de Justicia de la Nación había sentado la doctrina que el principio *“societas delinquere non potest”* no era aplicable en el derecho penal aduanero. Así, señaló el Alto Tribunal que *“la primera legislación aduanera, a diferencia de la civil y criminal, responsabiliza a las personas jurídicas, en cuanto son capaces de mantener relaciones con la Aduana, por los fraudes o contravenciones de sus empleados y dependientes; y castiga no sólo las defraudaciones consumadas, sino la posibilidad de fraude, sin tener en consideración si hubo intención dolosa o un error inocente: los artículos 1025, 1027 y 1028 de las Ordenanzas de Aduana vigentes, establecen estos principios de una manera terminante y son ellos los que rigen y deben aplicarse al caso en cuestión, no el art. 43 del Código Civil invocado por el presentante*

10. Aftalión, Enrique, “Acercas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, La Ley, t. 37, p. 281.7. Ver “infra” notas N° 29 y N° 33.

11. Art. 43 actual, Código Civil: “Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título: “De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”.

*de la compañía demandada, por lo que debe concluirse que la compañía acusada, como cualquier otra persona jurídica, es responsable de las penas pecuniarias que imponen las Ordenanzas de Aduana, por fraudes o contravenciones cometidas por sus empleados”<sup>12</sup>*

#### **d) La fórmula de la imputación criminal en el ordenamiento positivo argentino**

Resulta necesario a esta altura efectuar un repaso de las condiciones requeridas en nuestro ordenamiento para lograr imputar y sancionar penalmente a un sujeto determinado. Ello nos permitirá analizar mejor la problemática que se presenta cuando el sujeto de imputación deja de ser una persona física sobre la cual se estructuró el sistema penal, para pasar a ser una persona de existencia ideal.

El derecho penal parte del supuesto que, la trasgresión de ciertas normas reconocidas por el ordenamiento positivo produce una afectación de valores o bienes que, aunque afectan en forma directa al individuo, en realidad, tales transgresiones trascienden la esfera individual y se proyectan a un ámbito mayor, el de la sociedad organizada como un todo, alterando su funcionamiento y requiriendo su pronta normalización. Así por ejemplo, el homicidio, el hurto, la estafa, etc. no sólo generan una agresión directa a la víctima sino que producen una alteración de la paz social, partiendo de la premisa que, si tales conductas permanecieran incólumes y se generalizaran derivarían en una situación de inestabilidad y caos que a su vez disgregaría el tejido social tornando la convivencia organizada en una mera ilusión. De allí que en materia penal, la persecución de tales transgresiones es llevada a cabo por el propio Estado y más allá incluso del interés manifestado por el afectado directo. Es decir, el proceso sancionatorio de tales conductas, al ser de acción pública, tiene impulso estatal “de oficio” y de ninguna manera se encuentra condicionado –como ya se dijo– al real interés de los afec-

tados directos. En esta instancia, el Estado, a través del Ministerio Público Fiscal, tutela un interés superior al individual y que, en nuestro sistema, tiene reconocimiento constitucional en el propio preámbulo de la Carta Magna cuando coloca como actividad esencial del Estado el “asegurar la justicia” o el “proveer al bienestar general”.

Se sigue de esto que el proceso o mecanismo para responsabilizar a una persona por la transgresión de las conductas reprochadas por el ordenamiento penal, requerirá un verdadero sistema de contrapesos –procedimiento– que permita en forma razonable, coherente y equitativa llevar a la persona de un estado de libertad e inocencia a otro de culpabilidad y punición.

A lo largo de la historia, las sociedades han atravesado un largo proceso evolutivo y han desarrollado, sobre la base de los valores propios reconocidos por cada comunidad, sistemas (normas de procedimiento) que utilizando parámetros de mayor o menor tecnicismo y en forma segura permitan obtener la recomposición de los valores y el orden alterados. Para ello, incluso, se ha desarrollado toda una terminología propia específica de este sistema o proceso tal como existe una terminología propia para casi todas las disciplinas especializadas.

Así, se hablará de “principio o presunción de inocencia”, “principio de legalidad”, “principio del juez natural”, “acción”, “tipicidad”, “imputabilidad”, etc., conceptos éstos cuyo análisis exhaustivo excede el de esta ponencia.

Al decir de Ricardo Núñez, *“...El derecho penal es una de las ramas del derecho, esto es, del sistema normativo de las relaciones sociales de carácter jurídico, o lo que es lo mismo, de las relaciones externas de los individuos entre sí o con el Estado. El derecho penal regula la potestad estatal de castigar, determinando lo que es punible y sus consecuencias...”*

En esta concepción, surge entonces que al momento de generarse la alteración de los valores reconocidos o tutelados por las normas penales (al cometerse un delito) y al provocarse una

12. in re: “Entre Ríos, Extracto de Carne Ltda.; s/defraudación de Derecho de Aduana”, fallada el 7/12/1894 Citada por la Cámara Nacional de Casación Penal en autos “Peugeot Citroën cit, citando a su vez a Juan Carlos Bonzón Rafart, en “Responsabilidad penal e infraccional de las personas jurídicas”, Ed. Depalma, 1993 página 87.

alteración social (además de la afectación de la víctima) el Estado, en cuanto responsable del ejercicio de la potestad de castigar, procurará individualizar al responsable de dicha conducta (autor) y someterlo a un mecanismo que permita determinar de la forma más fehaciente posible si el mismo realmente es responsable del hecho acaecido y si debe responder por las consecuencias o daños infligidos, determinando además si debe ser castigado o sujeto a medidas que permitan su “recuperación social”.

Y obviamente que en este proceso se encontrarán en tensión por un lado, los derechos individuales del presunto responsable del ilícito (en cuanto persona e individuo) y los intereses de la víctima; pero más especialmente los de la sociedad dentro de la cual se ha producido la alteración que reclama una reparación. Es precisamente sobre este aspecto que la ciencia del derecho penal ha tenido en el decurso de las edades su mayor desarrollo y evolución y al mismo tiempo las mayores oscilaciones, toda vez que, si el acento de la tutela se coloca en los derechos y garantías que deben otorgársele al individuo que delinque, tal posición se mantiene únicamente a expensas de una limitación o restricción del reclamo social. Por otro lado, si el eje pasa por la protección social como prioridad, las garantías o la protección del individuo en cuanto posible autor de delito, se encontrarán limitadas. Y entre estos dos extremos ha oscilado la aplicación del derecho penal desde sus mismos orígenes.

Sobre esta cuestión Ricardo Núñez (a quien hemos seguido en este tópico por motivos de exposición) ha señalado que el derecho penal puede tener una finalidad liberal o autoritaria. El derecho penal es liberal “...*si representa un sistema de seguridad jurídica frente a lo punible y sus consecuencias. Supone por un lado la exclusión del castigo de las ideas y sentimientos, los cuales corresponden al fuero privado de los individuos, que está exento de la autoridad de los magistrados...*” como lo reconoce nuestra Constitución Nacional en su artículo 19.

El derecho penal liberal se asienta entonces sobre ciertos principios como el que prohíbe la punición de conductas si no existe en forma previa y escrita una ley que taxativamente determine cuál es la conducta prohibida y cuál la conse-

cuencia de su transgresión, principio receptado en el aforismo romano “*nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali*”. Este principio excluye la imputación criminal y el castigo al margen de los delitos definidos y reprimidos por la ley.

Señala asimismo el autor citado que el derecho penal liberal se traduce en la exigencia de un proceso legalmente pautado y que se denomina “debido proceso legal” como método de arribo a una condena. Otros principios como el de inocencia –denominado también “presunción de inocencia”– integran también los basamentos del sistema penal liberal.

Existe sin embargo otra orientación o sistema de incriminación penal denominado “*autoritario*” que se pone de manifiesto cuando el objeto de la protección penal no son los intereses de los individuos sino los deberes de éstos con el Estado. “*Para garantizar estos deberes con toda amplitud, prescinde del principio “nullum crimen nulla poena..”. Por consiguiente, según el autoritarismo, la ley no es la única fuente del derecho penal, sino que los delitos y las penas pueden deducirse por analogía*”.

Obviamente, nuestro derecho positivo, con fundamento constitucional, se enrola dentro de la concepción liberal y estructura el elenco de delitos a partir del concepto de HECHO (excluyendo ideas, creencias, etc.): los destinatarios de la represión penal -dice Núñez-, son “los hombres” a quienes se los castiga por sus hechos. En nuestro trabajo veremos que esta concepción es plenamente válida en cuanto a los delitos denominados por la ciencia penal “convencionales”, pero resulta insuficiente para aquellos denominados “no convencionales” como los ecológicos, tributarios, aduaneros, de competencia desleal, cambiarios, etc. Ello es así por cuanto estos delitos especiales se llevan a cabo a través de personas ideales, que muchas veces son utilizadas como escudo.

A partir del hecho, entonces, nuestro sistema penal estructura conceptual y técnicamente el delito estableciendo que únicamente ante la verificación de la existencia de sus componentes llevada a cabo a través de un procedimiento predeterminado, puede pasarse del “estado de inocencia” hacia un estado de “culpabilidad” Y estos ele-



mentos cuya existencia constituyen presupuestos de incriminación penal son: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Solamente la existencia conjunta de esos elementos permitirá al Estado ejercer su potestad de castigar.

## II.- RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LAS PERSONAS JURIDICAS – LA SITUACION EN NUESTRO SISTEMA LEGAL

¿Puede sostenerse que las personas jurídicas en cuanto entidad diferenciada de sus miembros, provocan resultados o llevan a cabo comportamientos disvaliosos que puedan serle atribuidas al ente como tal en vez de a sus representantes?. Para dilucidar la cuestión podemos destacar que se acepta que en tanto las personas jurídicas necesitan el reconocimiento de su existencia a partir del ordenamiento legal y son titulares de un patrimonio (a diferencia de las personas físicas que pueden ser titulares de otro tipo de bienes), materialmente también pueden ser objeto de ciertas sanciones tales como la pena de multa, clausura, comiso, caducidad de beneficios, inhabilitación y cese forzoso de su existencia.

Ello no es aceptado por la originaria redacción del artículo 43 del Código Civil que disponía: *“No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas”*

Adviértase del texto la clara coherencia del codificador, al negar la posibilidad tanto de acciones “civiles por indemnización de daños” como “criminales” y si bien actualmente resulta impensable negar la posibilidad de ejercer acciones civiles contra una entidad ideal, no resulta igualmente pacífica la extensión de ese criterio a la faz penal.

Señalaba Vélez en su nota al antiguo artículo 43 que *“...los delitos que pueden imputarse a las personas jurídicas han de ser siempre cometidos por sus miembros o por sus jefes, es decir, por personas naturales, importando poco que el interés de la corporación haya servido de motivo o*

*de fin al delito. Si pues, un magistrado municipal, por un celo mal entendido, comete un fraude con el fin de enriquecer la caja municipal, no deja de ser por eso el único culpable. Castigar la persona jurídica, como culpable de un delito, sería violar el gran principio del derecho criminal que exige la identidad del delincuente y del condenado...”*

A modo de digresión, en estos tiempos no puede menos que asombrarnos la hipótesis de trabajo de Vélez vertido en su ejemplo al señalar la posibilidad que un empleado municipal robando “para” la municipalidad y no “a” la municipalidad. Y por otro lado, posiblemente al tiempo de Vélez la corporación más poderosa seguramente sería la estatal.

Ahora bien, ¿qué sucedería si, efectuando un ejercicio intelectual, propusiéramos un escenario en el que nuestro ilustre codificador pudiera situarse en el presente, y leyendo los periódicos llegara a un titular que señalara la existencia de severas sospechas de que los bancos privados extranjeros con sede en Argentina han producido un vaciamiento intencional de sus activos, remitiéndolos al exterior, en forma organizada y en perjuicio directo de miles de ahorristas?

¿O qué lectura efectuaría si el Estado Nacional hubiera privatizado una de sus funciones esenciales transfiriendo a una sociedad anónima, por ejemplo, el control de los valores y calidad de las mercaderías que se importan al país y que esta empresa cobrara el precio por ese servicio y no lo cumpliera, permitiendo el ingreso de mercaderías subvaluadas, o defectuosas generando una menor tributación al Fisco o, lo que es peor aún, un grave riesgo para la seguridad o salud de la población en general?

Imaginamos, no se encontraría con las tradicionales formas “organizacionales” tales como bandas, o asociaciones ilícitas sino con complejas estructuras –internas y externas- en las que resulta imposible identificar el origen o la fuente de la voluntad delictiva, pues en tales esquemas, quien imparte la directiva no es quien la elabora y quien la cumple desconoce quién la impartió y aparece entonces el problema de la segmentación de la acción, respecto de lo cual nos referimos más adelante.

Seguramente Vélez podría percibir estos

efectos, como hoy lo vemos nosotros, pero no podría –con el esquema que él ideó para su tiempo- ofrecer una solución mediante la aplicación de ese sistema creado principal y eminentemente para la protección de la propiedad y la libertad *individuales*.

En cambio, en la actualidad, si bien esta problemática no tiene respuesta unívoca, existen por un lado, normas de carácter especial que puntualmente prevén dicha posibilidad pero que deben ser armonizadas con el sistema penal general.

A los fines de orientarnos en la búsqueda de directrices claras vemos que en nuestro sistema positivo, donde ha habido mayor desarrollo legislativo y jurisprudencial en torno a la cuestión en estudio ha sido con relación al delito de contrabando, por lo que dedicaremos la atención al mismo y una mención de otras normas que receptan el fenómeno.

#### a) Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en Materia de Contrabando

La materia aduanera se encuentra regulada en el derecho argentino a través del Código Aduanero sancionado mediante la ley 22.415 y modificatorias y la normativa reglamentaria dictada por la Administración Federal de Ingresos Públicos, la Dirección General de Aduanas, por el Ministerio de Economía de la Nación y por los Decretos del Poder Ejecutivo Nacional en cuanto fuera materia de su competencia.

La cuestión penal, sin embargo, se encuentra contenida en el Código Aduanero que en su Sección XII regula todo el sistema de delitos especiales y procedimientos aplicables a los mismos, atribuyendo a partir de su articulado responsabilidad penal las personas jurídicas por la actuación de sus órganos.

En particular el artículo 860 de ese texto legal señala que *“Las disposiciones de esta Sección (XII) rigen respecto de los hechos que en este código se prevén como delitos e infracciones aduaneras”*, resultando de aplicación las normas del Código Penal *“siempre que no fueren expresamente o tácitamente excluidas.”*

Por su parte, las expresas previsiones del artículo 4° del Código Penal estatuyen que las disposiciones generales del mismo –entiéndase:

arts. 1°/78°- se aplicarán también a los delitos previstos en las leyes especiales, *“...en cuanto éstas no dispongan lo contrario...”*. Un análisis integral del ordenamiento aduanero permite arribar sin mayores dificultades al entendimiento de que el legislador formal y expresamente previó el supuesto de condenar a las personas jurídicas

Por caso, el artículo 876, que establece el elenco de penas accesorias a la privativa de la libertad en materia de contrabando, en su inc. “g” expresamente menciona: *“En los supuestos previstos en los arts..., además de las penas privativas de la libertad, se aplicarán las siguientes sanciones... f) La inhabilitación especial de tres a quince años para ejercer actividades de importación o de exportación. Tanto en el supuesto contemplado en este inciso como en el previsto en el precedente inc. f, cuando una persona de existencia ideal fuera responsable del delito... la inhabilitación especial prevista en ellos se hará extensiva a sus directores, administradores y socios ilimitadamente responsables. No responderá quien acredite haber sido ajeno al acto o haberse opuesto a su realización.”*

Por su parte, el artículo 888 del mismo texto legal referente a la intimación del pago de la multa derivada de condena por ilícito aduanero, señala: *“Cuando una persona de existencia ideal fuere condenada por algún delito aduanero... e intimada al pago de las penas pecuniarias que se le hubieren impuesto no fuera satisfecho su importe, sus directores, administradores y socios ilimitadamente responsables responderán patrimonialmente y en forma solidaria con aquella por el pago del importe de dichas penas, salvo que probaren que a la fecha de la comisión del hecho no desempeñaban dichas funciones o no revestían tal condición”*

El artículo 94, ap. 1, inc. “d”, apartado 2° señala como causal de impedimento para inscribirse ante la D.G.A. como importador/ exportador: *“haber sido socio...cuando la sociedad o asociación de que se tratara hubiera sido condenada por cualquiera de los ilícitos mencionados en el punto 1.”*

El mismo artículo 94, apartado 2. Señala los requisitos para inscribirse en el caso de las personas jurídicas y especialmente en el inciso “d”

estipula precisamente: *“no encontrarse la sociedad, asociación... en alguno de los supuestos previstos en el apartado 1., inciso d de este artículo”, el cual precisamente prevé: “1º haber sido condenado por algún delito aduanero...; 4º estar procesado judicialmente...”*

Existen además de los citados, otros dispositivos legales que también anticipan esta hipótesis, como el caso del artículo 876 ya citado, pero que en su apartado 1, inc. “i” establece, para los supuestos de los arts. 863, 864, 865, 866, 871, 873 y 874, una sanción específica *“...cuando se tratare de personas de existencia ideal”*.

Igualmente, el artículo 1026 prescribe que *“Las causas que correspondiere instruir por los delitos previstos en la Sección XII, Título I, de este código serán sustanciadas a) ante sede judicial, en cuanto se refiere a la aplicación de las penas privativas de la libertad y las previstas en los arts... y 876, apart. 1, en sus incs. D, e, h e i...”* A su vez, por el art. 1027 inc. 1º del Código Aduanero se establece que *“En las causas que debieren tramitar en sede judicial, conforme lo dispuesto en el art. 1026, inc. A, corresponderá conocer y decidir en forma originaria a los jueces nacionales de primera instancia en lo penal económico y a los jueces federales del interior del país, dentro de sus respectivas competencias territoriales”*. Por el art. 1029, se prevé que *“La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico y las Cámaras Federales del interior del país, dentro de sus respectivas competencias territoriales, entenderán en los recursos que se interpusieren contra las resoluciones dictadas por los respectivos jueces de primera instancia en las causas a que se refiere el art. 1026 inc. A”*; y por el art. 1121 inc. “a”, se prescribe que: *“Concluida la investigación, la autoridad de prevención: a) elevará las piezas originales al juez competente a los fines de la prosecución de la causa para la eventual aplicación de las penas privativas de la libertad y las contempladas en los arts. 868 y 876 apartado 1, en sus incs d, e, h, e i...”*

La Cámara Nacional en lo Penal Económico,

al analizar esta última normativa ha señalado: *“Si se circunscribe el examen al caso de la sanción del inc. “i” del apart. 1 del art. 876 del C.A. (mencionada expresamente por los arts. 1026 inc. “a” y 1121 inc. “a”, del C.A.), exclusivamente vinculada a las personas de existencia ideal, cabe preguntarse cuál es la “causa” que, según la terminología legal, se debe “sustanciar”, “tramitar”, “instruir” o “proseguir” en “sede judicial” para la aplicación de aquella sanción, y para cuyo conocimiento se establecen competencias territoriales y materiales a jueces penales y a Cámaras de Apelaciones (estas últimas para entender en “recursos” que se interpusieren contra las “resoluciones” de aquellos jueces de primera instancia). Indudablemente que con la expresión “causa” el Código Aduanero hace referencia al proceso penal, pues por el art. 1121 inc. “a”, de aquel ordenamiento, se establece que “La causa judicial se regirá por las disposiciones del Código de Procedimientos en lo Criminal para la Justicia Federal y los Tribunales de la Capital y Territorios Nacionales. Que en atención a que, como se ha expresado, por el Código Aduanero se prevé, expresamente, que las personas de existencia ideal pueden ser “responsables” de un delito aduanero y, por ende, pueden ser “procesadas judicialmente”, sobreseídas, absueltas o condenadas en el marco de un proceso penal, no caben dudas en cuanto a que uno de los sujetos de aquel proceso penal deberá ser la persona de existencia ideal de que se trate. Por lo demás, la validez de aquel “procesamiento judicial” se encuentra supeditada, por las prescripciones de la ley procesal aplicable en el “sub lite”, a la previa recepción de la declaración indagatoria del imputado o la constancia de su negativa a declarar (confr. Art. 307 C.P.P.N.)”<sup>13</sup>*

De lo expuesto advertimos entonces que en materia aduanera la ley especialmente prevé que una persona jurídica sea procesada penalmente y la jurisprudencia así lo ha admitido sin necesidad de incurrir en supuestos de responsabilidad objetiva o responsabilidad por el hecho ajeno.

13. Cám. Penal Económico, Sala “B”, autos: “Incidente de falta de acción interpuesto por la defensa de la empresa “Sevel Argentina S.A.” en causa N° 4020, caratulada “Marenghi, Alfredo y otros s/Av. Contrabando”.

En la causa “Wakin, Miguel Angel”<sup>14</sup>, se sostuvo que *“Corresponde responsabilizar a las personas jurídicas por el delito de contrabando, en consecuencia de su voluntad y accionar independiente, aunque no física, si se demuestra la existencia del ilícito y que el mismo se produjo en nombre de la persona jurídica”*.

También se señaló en el mismo pronunciamiento que *“Respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas en relación al delito de contrabando, la ley ha tenido en cuenta la realidad económica de la actividad de las sociedades frente a la cual el Estado sería impotente y cuya responsabilidad quedaría a salvo con la existencia de un “hombre de paja” en su dirección. La única forma de evitar la responsabilidad de la sociedad sería que el resto de los órganos societarios impugnaran, en su momento, el hecho ilícito que pretendieron cometer o cometieron sus directores.”*

En otro párrafo se sostuvo que *“Es necesario para responsabilizar a una persona jurídica por el delito de contrabando, que sus representantes tengan mandato legal o autoridad suficiente para obligarlas y que asimismo obtenga la sociedad un beneficio de la actividad ilícita.”*

En los autos “Loussinian, Eduardo y Otra”<sup>15</sup> se sostuvo que *“la vieja polémica teórico doctrinaria en torno a si las personas jurídicas pueden ser procesadas en causa criminal, ha sido superada en los hechos por la ley y la jurisprudencia, pues ambas han terminado por admitir que la persona jurídica puede ser responsabilizada jurídicamente en determinados casos”*

En el fallo dictado en la causa “Sevel Argentina S.A.”, la Cámara Penal Económico, Sala “B” dispuso confirmar el procesamiento de la persona jurídica “Sevel S.A.” y entre sus fundamentos desestimó el supuesto planteado por la incidentista que sostenía que *“...el Poder Legislativo no ha resuelto aún el problema (de la responsabilidad penal de las personas de existencia ideal), ni se ha optado por un sistema*

*de imputación ni de proceso penal que habilite una condena penal a una persona jurídica...”* argumentando por el contrario el Tribunal que la situación actual *“...en cuanto se vincula con el delito que se investiga en el expediente principal –contrabando–, es precisamente opuesta la invocada por el apelante...”*, toda vez que *“...en el Código Aduanero existen numerosas disposiciones legales de las que surge, inequívocamente, no sólo la posibilidad de responsabilizar penalmente por un delito a una persona de existencia ideal y, consecuentemente, de aplicarle las sanciones específicamente previstas, sino que de aquellas disposiciones surge también que, ante aquella posible responsabilidad penal, corresponde someter a aquella persona jurídica a un proceso penal.”*<sup>16</sup>

Dicho caso fue también analizado vía apelación por la Cámara Nacional de Casación Penal, quien en extenso pronunciamiento confirmó el criterio de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas.

En cuanto a la doctrina, podemos destacar que los profesores Vidal Albarracín y Enrique Barreira en ocasión de comentar el fallo recaído en la causa *“Loussinian, Eduardo”* ya mencionada, analizan la tesis de la ficción sostenida por Savigni y receptada por el autor de nuestro Código Civil y la opuesta que estima que si una persona jurídica no tiene capacidad para delinquir penalmente tampoco la tendría para cometer ilícitos civiles. Con brevedad y concisión señalan la disyuntiva que se pretende en el plano teórico al señalar que: *“...o bien el derecho penal admite condenar a quien carece de voluntad para delinquir o bien las personas jurídicas tienen capacidad para comprender el sentido de sus actos y dirigirlos en un sentido acorde con la ley.”*

Los distinguidos publicistas expresan también que *“los críticos de la responsabilidad penal de los llamados entes de existencia ideal ven en esta afirmación una contradicción, pues*

14. “WAKIN, MIGUEL ANGEL, y ots. s/Av. Contrabando”. Fallo dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico de Capital Federal, Sala I, (sentencia N° 293 del 31/10/1989).

15. “Loussinian, Eduardo y Otra s/ Averiguación de Contrabando” La Ley, 1988 B, pág 118/119.

16. Cám.Penal Económico, Sala B, “Incidente de falta de Acción interpuesto por la defensa de la empresa “Sevel Argentina” S.A., en causa N° 4020, carat.: “Marenghi, Alfredo y otros s/Av. Contrabando” (Fallo del 6 de Julio de 2000), cit.

*no conciben la conducta de un hombre sino en función de “persona física”; sin admitir que pueda actuar dentro de una esfera de competencia que el ordenamiento legal y estatutario determina, enlazando a ese actuar un especial régimen legal cuyas consecuencias resultan distintas a las que suscitarían si quien actuara lo hiciera como persona individual.”*<sup>17</sup>

### **b) Un precedente en contra: la causa “Fly Machine”**

No obstante lo precedentes favorables que hemos venido señalando a favor de la tesis de la responsabilización penal de las personas jurídicas, en el mes de noviembre del año 2003 la sala Ira del mismo Tribunal de Casación emitió en la causa “Fly Machine”<sup>18</sup> un pronunciamiento en sentido completamente contrario al dictado anteriormente por la Sala 3ra en el precedente “Peugeot-Citroën”<sup>19</sup>, confirmando el criterio sustentado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Córdoba.

Señaló entre sus argumentos que si bien reconocía el planteo de los apelantes en el sentido del reconocimiento de las sucesivas y concordantes leyes y demás normas aduanas que históricamente habían reconocido la aplicación de penas a las personas jurídicas (es decir, su responsabilización penal), resultaba observable que tal responsabilización constituía una consecuencia o derivación del previo juzgamiento y condena sus representantes y que sólo a partir de entonces y como consecuencia de su accionar pueden recaer sobre el ente ideal las sanciones penales previstas en el Código Aduanero que resultan de carácter accesorio a las de prisión previamente impuesta.

La Sala Ira decididamente se enroló en el principio romanista “societas delinquere non potest” que previamente había sido invocado por el “a quo” (recuérdese, Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Córdoba), siguiente la

línea argumental de Chiara Díaz y Zaffaroni en cuanto a la falta de capacidad de acción de los entes ideales para cometer delitos, destacando que la conducta jurídico-penal debe ser evaluada desde un punto de vista psicológico y no normativo, de lo que surge la decidida incapacidad de acción de las personas jurídicas, postura que se basa –según expresa– “...en la exigencia de *identidad del delincuente y del condenado.*”

Si, como se señala, carecen de capacidad de acción, resultan también incapaces de culpabilidad y de punibilidad.

Sin embargo, en cuanto a la aplicación de penas, destaca en el razonamiento que “...*resulta factible sancionar al ente ideal –sin perjuicio de la responsabilidad civil que se le atribuya con penas o medidas de seguridad de carácter administrativo...y que no son otra consecuencia de la conducta de los órganos de estas personas colectivas (confr. Medrano, Pablo, “Delito de Contrabando y Comercio Exterior”, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1991, página 147).*”

Hace también referencia en esta línea argumental al sistema de la doble jurisdicción de juzgamiento (sede penal y sede administrativa, cf. Artículo 1026 del Cód. Aduanero) y refiere al conocido precedente de la Corte Suprema “De La Rosa Vallejos s/Contrabando”<sup>20</sup> para justificar el razonamiento en el sentido de que la Dirección General de Aduanas debe aguardar el pronunciamiento judicial para recién poder aplicar las sanciones accesorias previstas por el artículo 876 C.A., exhibiendo de esta manera su condición de consecuencia administrativa a que había aludido.

Como se puede advertir de la línea argumental previamente reseñada, existen numerosos elementos que no logran conformar un razonamiento completo pues, en definitiva, no logran solucionar el hecho simple y claro que en definitiva estas denominadas consecuencias administrativas no son otra cosas que la responsabilización penal por el hecho de otro.

En realidad se está recurriendo a un juego de

17. Barreira, Carlos y Vidal Albarracín, Héctor G. “Responsabilidad de las personas jurídicas en materia de contrabando”, La ley, t. 1988-B, pág. 117/123.

18. Causa N° 4951 – Sala I- “Fly machine s/recurso de Casación”, sentencia del 28-11-2003.

19. Peugeot Citroën S.A. s/recurso de Casación – Sala III-, sentencia del 16/11/2001.

20. C.S.J.N., “De la Rosa Vallejos, Ramón” – (JA 1983-III-394; LL 1983-C-553).

palabras al sostener que es una consecuencia administrativa o una medida de seguridad pues las “penas” a que alude el artículo 876 no son otras cosas que sanciones penales derivativas o accesorias de la responsabilidad penal del principal. Por ello mismo, el precedente “De la Roja Vallejos” citado en la líneas argumental de la Sala Ira. no resulta aplicable pues en definitiva lo que en ese caso la Corte decidió no refería a la naturaleza de las penas (cuestión que no estaba en discusión), sino que debía existir una unidad de acción o materialidad del hecho, motivo por el cual las penas a aplicar por la Aduana revisten carácter “accesorio” y “siguen” a la previa condena penal en sede judicial.

Pero lo más criticable resulta ser la invocación a la teoría del órgano para aplicar estas denominadas “consecuencias” e insistir en la necesaria condena de la persona física, todo vez que el “Órgano” de la Sociedad, designado por la ley para que su actuación resulte válidamente imputable a la sociedad, no es una persona física, sino eso mismo, un órgano, como lo es la Presidencia de la S.A. que puede estar ocupado por una u otra persona física, por lo que la exigencia de la previa condena penal a la persona física que ocasionalmente revistió la condición de órgano no parece resultar un requisito razonable, pues quien actúa como órgano, no necesariamente actúa en nombre propio y, por otro lado, ¿cómo determinar si la persona física que come-

te el delito está actuando meramente como individuo o como órgano societario?

Respecto de estas consideraciones los profesores Vidal Albarracín y Barreira<sup>21</sup> proponen un preciso y contundente ejemplo que señala el camino hacia la compatibilización de los conceptos cuando expresan: **“Resulta distinto que un individuo diga “compro” en un solemne acto de subasta invocando su calidad de Presidente de una sociedad anónima dedicada al rubro, a que pronuncie iguales palabras pero sin invocar ese carácter, así también resulta distinto que dicho personaje, como órgano de la referida sociedad, presente o haga presentar documentación falsa ante el servicio aduanero para obtener la autorización de una importación prohibida que va a beneficiar al ente social, que si lo hace a título personal.”**

A modo de paréntesis, no podemos dejar de señalar en este análisis la previsión de los artículos 58 y 59 de la Ley de Sociedades respecto de los cuales se ha señalado que si un administrador o representante comete un acto ilícito (ajeno a los estatutos) el mismo sería (dogmáticamente) “notoriamente extraño al objeto social” y por lo tanto el mismo no obligaría al ente ideal.<sup>22</sup> Pero sin ánimo de ingresar en este debate –pensado más en función de las relaciones patrimoniales que a los efectos penales- la cuestión no resultaría tan simplificable desde que por un lado la propia ley<sup>23</sup> –como ya indicamos- prevé la posi-

21. VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G y BARREIRA, Enrique C. “Responsabilidad de las personas jurídicas en materia de contrabando”, cit., nota N° 26.

22. “Considerando que el órgano de representación de una persona jurídica tiene una competencia limitada al objeto del ente (art. 58, ley 19.550) y que la actividad ilícita está excluida de ese objeto (art. 18, ley 19.550), ello podría llevar a pensar que un órgano que actúe ilícitamente siempre estará realizando un acto notoriamente extraño al objeto social que no obliga a la sociedad. Sin embargo, la capacidad del órgano para delinquir se encuentra reconocida en la normativa que permite la existencia de estas entidades (por ejemplo: en el artículo 19 –cit- L.S., admite la posibilidad que exista actividad ilícita dentro de una sociedad de objeto lícito) y en las propias normas penales e infraccionales, que disponen la atribución de la conducta de los órganos a la sociedad. Creemos que este es justo, atento que si la realización del ilícito puede beneficiar a la persona jurídica, es correcto que ella sopórtela sanción, siempre que hubiere conocido o tenido la posibilidad de conocer y evitar la realización del daño” Palavecino, F. Y Barbato, D., “Responsabilidad por deudas y multas impositivas y aduaneras”, Ed. La Ley, pg. 75.

23. Art. 18 Ley de Sociedades Comerciales: Objeto Ilícito. *“Las sociedades que tengan objeto ilícito son nulas de nulidad absoluta. Los terceros de buena fe pueden alegar contra los socios la existencia de la sociedad, sin que éstos puedan oponer la nulidad. Los socios no pueden alegar la existencia de la sociedad, ni aún para demandar a terceros o para reclamar la restitución de los aportes, la división de ganancias o la contribución a las pérdidas. Declarada la nulidad, se procederá a la liquidación por quien designe el juez. Realizado el activo y cancelado el pasivo social y los perjuicios causados, el remanente ingresará al patrimonio estatal para el fomento de la educación común de la jurisdicción respectiva. Los socios, los administradores y quienes actúen como tales en la gestión social responderán ilimitada y solidariamente por el pasivo social y los perjuicios causados.”* Art. 19 L.S. Sociedad de objeto lícito y actividad ilícita: *“Cuando la sociedad de objeto lícito realizare actividades ilícitas, se procederá a su disolución y liquidación a pedido de parte o de oficio, aplicándose las normas dispuestas en el artículo 18. Los socios que acrediten su buena fe quedarán excluidos de lo dispuesto en los párrafos 3° y 4° del artículo anterior.”*

bilidad de que la sociedad de objeto lícito lleve a cabo “como sociedad” actividades ilícitas y toda vez que no siempre resulta fácilmente discernible el autor de un delito de los tipos que venimos analizando.

Se puede observar entonces a simple vista que se retorna necesariamente al problema que, en definitiva, con este criterio del “órgano” se está sancionando a quien en definitiva no es culpable, ya sea porque se aplica la sanción a un ente que no ha sido responsabilizado penalmente como tal (con el criterio de la falta de acción) o bien en definitiva, la sanción termina recayendo sobre los demás socios que no intervinieron en el ilícito. Se trata entonces de una “responsabilidad por el hecho de otro”, cuestión sobre la que no hemos de explayarnos demasiado en este trabajo<sup>24</sup>.

Y es que, tanto si se hace referencia a los criterios normativos invocados por los precedentes que concuerdan con el criterio de imputar penalmente al ente ideal (sobre todo por razones normativas) como aquellos que lo niegan, inexorablemente llegan al mismo punto en que resulta necesario desentrañar la categoría conceptual en la que se encuentra la persona jurídica y sobre lo que nos referiremos más adelante..

Retomando entonces la cuestión aparecida en torno al caso “Fly Machine”, la Corte Suprema no admitió el Recurso Extraordinario presentado por la querrela, con excepción del voto del Dr. Eugenio Zaffaroni quien reiteró su postura ya sostenida por el sentenciante de grado respecto del requerimiento de un accionar humano para

que pueda resultar penalmente relevante para el derecho penal, agregando que la expresión habida en el texto del artículo 888 del C.A. “fuere condenada” –referida a la persona jurídica-, tal expresión “...no implica per se el reconocimiento legal de que las personas jurídicas puedan ser autoras de delitos. Ello es así porque la norma admite una exégesis diferente...que consiste en relacionar la expresión “fuere condenada” con la condena impuesta en sede administrativa donde se aplican la penas pecuniarias.”

La cuestión entonces, no está cerrada aunque este voto nos anticipa uno de los criterios que se encuentran vigentes. Todavía la Cámara de Nacional de Casación Penal deberá resolver –entendemos- la unificación del criterio que tiene dividido en su seno.

Como se puede apreciar entonces, en materia aduanera es donde más se ha avanzado con relación a esta temática tanto en el plano normativo y doctrinario como en el jurisprudencial.

### *c) Normas nacionales que receptan la responsabilidad penal de las personas jurídicas.*

La legislación nacional, aún cuando regían las disposiciones del artículo 43 del Código Civil en su redacción original, ha reconocido la responsabilidad penal de las personas jurídicas en abundantes normas, muchas de ellas aún en vigencia.

Así, siguiendo un orden cronológico cabe mencionar:

24. La figura del responsable por el hecho ajeno, que suele originar repulsa para el pensamiento penal en general, no obstante es aceptado cuando estos responsables montan estructuras jurídicas que traen determinadas por el propio ordenamiento jurídico, sanciones tendientes encarrilar el accionar colectivo de quienes las integran, dentro de ciertos deberes en cuyo cumplimiento se encuentran los demás miembros de la comunidad jurídica. En tal caso, el individuo designado órgano de dicha comunidad es quien efectivamente realiza la conducta jurídicamente relevante, la que, en virtud del orden normativo específico de aquella (estatuto o contrato social a su vez validado por el orden jurídico general) es atribuida a dicha comunidad parcial con lo cual en forma indirecta, es atribuida colectivamente a los miembros de ella. En la generalidad de los casos esta responsabilidad indirecta se encuentra limitada en mayor o menor medida según la estructura asociativa de que se trate, al igual que cualquier otra responsabilidad de orden patrimonial. Así, en las sociedades anónimas, el accionista sólo responderá hasta el aporte de sus acciones y en las sociedades de responsabilidad limitada hasta el de sus cuotas sociales, ello tanto respecto de las penas pecuniarias como respecto de cualquier otra obligación patrimonial. Digo esto porque si bien las obligaciones asumidas por el órgano de la persona jurídica no se consideran obligaciones de cada uno de sus miembros, lo que da pábulo a la idea de la personificación del grupo, no cabe duda que cuando la sanción consiste en pena pecuniaria, la disminución del activo que para dicha comunidad jurídica implica el pago de la multa o la aplicación del comiso, incidirá en las participaciones que cada uno de sus miembros posea. *Ello, desde el punto de vista de la equidad no sería sino la contrapartida proporcional de las ventajas que ellos tengan al participar amparados y reconocidos por el ordenamiento jurídico que les exige que la estructura jurídica por ellos montada se manifieste a través de la conducta de los órganos que ellos designen, de manera acorde con los deberes impuestos por el orden jurídico general.* (VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G., Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica en el Derecho Penal Aduanero, Separata de “Nueva Doctrina Penal”, 2003/B)

**Ley 12.906 – de monopolios-**: en la que se previó, en su artículo 3, la aplicación de la pena de multa cuando los hechos hubieran sido cumplidos en su nombre, con la ayuda o con beneficio de la persona jurídica, con medios que ésta hubiera facilitado. Por su parte, según el artículo 4, se privó a las personas de existencia ideal del beneficio del artículo 25 del Código Penal. El artículo 5 previó la reincidencia específica de la persona de existencia ideal, el 7 estableció las sanciones aplicables a las personas de existencia ideal, el 15 dispuso que en el auto de prisión preventiva se decretará el embargo de valores y bienes de las personas ideales implicadas, en cantidad suficiente para garantizar la pena y la efectividad de las responsabilidades civiles. Por último, el artículo 21 definió el concepto de personas jurídicas a los efectos de esa ley.

**Ley 14.878, de vinos:** en la que, en su artículo 25, se dispuso que puede inhabilitarse a las personas de existencia ideal en caso de reincidencia en las infracciones previstas en el artículo 24.

**Ley 15.885, de fondos comunes de inversión:** En cuanto en su artículo 39, se sanciona con penas de multa las infracciones cometidas, facultando a los jueces a disponer el inmediato cese temporal o definitivo de la entidad infractora.

**Ley 18.425, relativa a la promoción comercial y desarrollo de supermercados:** En cuanto en su artículo 21 se establece la posibilidad de aplicar a los infractores sanciones que podrán llegar a la cancelación de la inscripción y todos los beneficios otorgados por la ley, sancionándose también a las personas de existencia ideal.

**Ley 18.829, de agentes de viajes:** en la que se determina que sus disposiciones se aplican a las personas físicas y jurídicas que desarrollen esa actividad en el territorio nacional, estableciendo en sus artículos 10, 11 y 12 penas de multas por distintos tipos de infracciones a la ley, en tanto que el artículo 13 señala que la sanción de suspensión para operar, podrá transformarse en cancelación de licencia o clausura del local.

**Ley 19.359 (Régimen Penal Cambiario. T.O. 1995):** En su artículo 2, inciso “F” prevé que cuando el hecho hubiese sido ejecutado por representantes, directivos, síndicos, o miembros del consejo de vigilancia de una persona de existencia ideal, ésta “también será sancionada de

conformidad con las disposiciones de los incisos a) y e)”.

**Ley 19.511, de metrología:** Cuyo artículo 19 establece la responsabilidad de toda persona física o jurídica que debe hacer uso de instrumentos de medición, de mantenerlo en perfecto estado, señalando asimismo que cuando la infracción hubiera sido cometida en nombre o beneficio de una sociedad o asociación –o con intervención de alguno de sus órganos- la entidad será sometida a los procedimientos y sanciones de la ley. Las penas previstas son de multa y decomiso del material utilizado.

**Ley 19.883, de identificación de mercaderías:** La que regula en su artículo inciso “d” las específicas sanciones aplicables a las personas jurídicas.

**Ley 20.425, de inseminación artificial de animales:** cuyo artículo 5 impone pena de multa a toda persona física o jurídica que infrinja las disposiciones de la ley.

**Ley 20.680, de abastecimiento:** cuyo artículo 8 establece que “*Cuando las infracciones que penan en esta ley hubieren sido cometidas en beneficio de una sola persona jurídica, asociación o sociedad, se le dará carácter de parte (...). En los casos de condena a una persona jurídica, asociación o sociedad se podrá imponer como sanción complementaria la pérdida de la personería y la caducidad de las prerrogativas que se le hubiese acordado*”.

**Ley 20.974, de identificación del potencial humano de la Nación:** cuyo artículo 40 establece que será reprimida con multa “*...a) la persona física o colectiva que estando obligada a proporcionar datos que le solicite el Registro Nacional de las Personas no lo hiciere o lo falseare...*”.

**Ley 22.262, de Defensa de la Competencia:** cuyo artículo 42 discrimina las penas según que las infracciones hubiesen sido cometidas por personas físicas o por los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros de consejo de vigilancia de personas de existencia ideal. En este último caso, establece que la pena de multa se hará efectiva solidariamente sobre el patrimonio de la persona ideal y sobre el patrimonio particular de los que hubieran intervenido en el hecho; en tanto que la pena privativa de la libertad será aplicada a éstos.

**Ley 23.771, “Régimen penal tributario y fis-**



**cal**”: cuyo artículo 12 establecía que cuando se trate de personas jurídicas de derechos privado, sociedades, asociaciones u otras entidades de la misma índole, la pena de prisión por delitos previstos en la ley corresponderá a los directores, gerentes, síndicos y miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes que hubiesen intervenido en el hecho punible, sin formular esa distinción en relación a la pena de multa con la que se conmina ciertas conductas.

**Ley 24.051, de residuos peligrosos:** en cuanto establece que cuando algunos de los delitos tipificados por esa ley fueran cometidos “por decisión de alguna persona jurídica”, la pena se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros de consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes de la misma que hubiesen intervenido en el hecho, “*sin perjuicio de las demás responsabilidades penales que pudiese existir*”.

**Ley 24.192, de prevención y represión de violencia en espectáculos deportivos:** cuyo artículo 11 prevé la pena de multa accesoria en aquellos supuestos en que el delito de que se trate, hubiera sido cometido por un director o administrador de un club deportivo, dirigente, miembro de comisiones directivas o subcomisiones, en ejercicio u ocasión de sus funciones. Establece además la norma citada, que la entidad deportiva “*será responsable en forma solidaria de la pena pecuniaria que correspondiere*”.

**Ley 24.557, de riesgos del trabajo:** en la que establece que cuando se trate de personas jurídicas, la pena de prisión de aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes que hubiesen intervenido en el hecho punible, sin formular esa aclaración en orden a la pena de multa con la que se reprime ciertas conductas (art. 32).

**Ley 24.769, (Régimen Penal Tributario):** cuyo artículo 14 establece que cuando alguno de los hechos previstos en la ley hubiere sido ejecutado en nombre, con la ayuda o en beneficio de una persona de existencia ideal, una mera asociación de hecho o un ente que a pesar de no tener calidad sujeto de derecho, las normas le atribuyan condición de obligado, la pena de prisión se

aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros de consejo de vigilancia, administradores, mandatarios, representantes o autorizados que hubiesen intervenido en el hecho punible “*inclusive cuando el acto que hubiere servido de fundamento a la representación sea ineficaz*”. No se hace referencia en cambio, a las penas de pérdida de beneficios y de la posibilidad de obtener o de utilizar beneficios fiscales previstas en el artículo 5.

#### d) La situación en la Unión Europea

La legislación vigente aprobada por la Comunidad Europea referente al tema de nuestro estudio resulta clara, habiendo adoptado una posición decidida y sin ambigüedades a favor de la receptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Así el “**Segundo Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas**”, en el texto aprobado por el Consejo el 12 de marzo de 1999, en su artículo 3 referente a la responsabilidad de las personas jurídicas señala que la legislación de los Estados miembros debe permitir que las personas jurídicas sean consideradas responsables de los actos de **fraude, corrupción activa y blanqueo de capitales cometidos en su provecho**. Se destacan tres elementos principales: el apartado 1 de este artículo enuncia los criterios con arreglo a los cuales se establecerá la responsabilidad de la persona jurídica por las infracciones cometidas por personas que ostenten determinados cargos directivos, mientras que el apartado 2 establece la posibilidad de que una persona jurídica sea considerada responsable de delitos cometidos por otras personas sometidas a su autoridad. El apartado 3 especifica que la responsabilidad de la persona jurídica no exime de responsabilidad a la persona física implicada en la comisión de las infracciones de las que ha de responder la persona jurídica.

En virtud entonces del ya indicado apartado primero ***la persona jurídica ha de responder de las infracciones mencionadas al menos si se cumplen dos criterios complementarios:***

i) Que la infracción haya sido cometida en provecho de la persona jurídica, y

ii) Que la infracción haya sido cometida por una persona física que ostenta en ella un determinado cargo directivo.

El primer criterio establece un vínculo entre la infracción y la persona jurídica tal como la obtención de algún provecho de la infracción. El hecho de que la persona física autora de la infracción actúe a título individual o como miembro de un órgano de la persona jurídica resulta irrelevante.

El posible beneficio puede ser claramente económico (obtener el producto de un fraude que afecte a los intereses financieros comunitarios, por ejemplo), o de otro tipo (resultar adjudicatario de un contrato con el estado como consecuencia de la corrupción de un funcionario, por ejemplo).

El segundo criterio establece una relación entre el autor físico de la infracción y la persona jurídica que ha de responder. Asimismo el "cargo directivo" que ocupa en la entidad la persona física puede derivarse de una o varias de las circunstancias enunciadas en el apartado 1, que se refieren tanto a aspectos formales como de fondo: un poder de representación de la persona jurídica, una autorización para adoptar decisiones en su nombre o una autorización para ejercer el control dentro de ella.

En lo que se refiere a los casos en que la responsabilidad de la persona jurídica se base en la autorización de una persona física autora de la infracción para ejercer el control en el seno de aquélla, el término "control" deberá entenderse en el sentido de que la facultad de supervisión sobre la gestión de la persona jurídica debe ejercerse de modo que garantice que el autor físico de la infracción ostenta un cargo directivo dentro de ella.

Es importante destacar que el Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada, adoptado por el Consejo el 28 de abril de 1997, se había destacado la importancia de ultimar y

aplicar el Segundo Protocolo. En este Plan se recomendaba que los Estados miembros generalizaran la penalización del blanqueo de capitales, mejoraran y estructuraran mejor la cooperación con la Comisión y los Estados miembros en la lucha contra el fraude que afectaba a los intereses financieros de las Comunidades Europeas y contra los delitos conexos de blanqueo de capitales, *tipificaran como delito la participación de personas jurídicas en la delincuencia organizada y recopilaran la información pertinente sobre las personas jurídicas a fin de prevenir la penetración de la delincuencia organizada en la economía lícita.*

### III.- LOS PLANTEOS DE INCONGRUENCIA ENTRE LAS NORMAS QUE ADMITEN LA RESPONSABILIDAD PENAL Y EL RESTO DEL SISTEMA LEGAL

Ya vimos que existen numerosas normas especiales que admiten la posibilidad de la imputación penal directa de las personas jurídicas. Queda pendiente sin embargo, la cuestión de si dichas normas cuentan con un andamiaje normativo suficiente para funcionar procesalmente sin violentar el actual sistema legal.<sup>25</sup>

La cuestión de la insuficiencia normativa de fondo y procesal fue planteada su oportunidad ante la la Cámara Nacional de Casación Penal –causa Peugeot Citroën– sosteniéndose que el contenido expreso de las normas aduaneras que prevén la responsabilización penal de las sociedades resultaba incongruente con nuestro sistema penal y constitucional y que el mero argumento de la existencia de tales normas no solucionaba el problema sino que pretendía sortear el argumento sostenido en cuanto a que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no ha encontrado una recepción legislativa adecuada, resul-

25. La cuestión de la aparente incongruencia ha sido examinada por nuestros tribunales en una tendencia que parece ir señalando el rumbo. La Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba consideró con relación a la existencia de normas que acogen la penalización de las personas jurídicas y su aparente conflicto con el resto del ordenamiento penal que "...No se puede decir con ello que los precedentes legislativos y jurisprudenciales que respaldan la existencia de responsabilidad penal en la persona "supra" – individual *hayan modificado sin más la postura dogmática convencional, entendida ésta como exégesis y sistematización de los principios que rigen el derecho penal positivo, ya que ambas podrían ser erróneas, de resultar cierto, al afirmar la existencia de esta clase de responsabilidad penal, que con ello se estarían violando esos principios fundamentales que rigen nuestro derecho positivo.*" Cám. Fed. Apel. Cba., autos: "Región Aduanera Córdoba s/denuncia contrabando", cit.

tando por ende el argumento de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico insuficiente para someter a proceso penal a la empresa automotriz en trato.

Señaló el apelante en dicha oportunidad que la sociedad no podría satisfacer el requisito subjetivo del tipo penal imputado y que la configuración del delito por parte de una S.A. requeriría una transformación del sistema de imputación de los delitos y un cambio de paradigma que deberá establecer métodos de verificación de la comisión de los delitos por parte de entes colectivos de acuerdo a elementos diferentes a los propios y exclusivos de las personas físicas. A lo sumo, se sostuvo, el catálogo de sanciones del Código Aduanero sólo pueden ser consideradas sanciones administrativas **“...si se quiere unidas a la comisión de un delito, pero no pueden tener el carácter de sanciones penales autónomas y habilitar, sin más, el proceso penal en contra de una persona jurídica...”**

También se planteó dicha ocasión que la imposición de una pena a una persona jurídica violaría el principio de personalidad de las penas, entendiendo además que tal tipo de sanción implicaría un castigo indirecto a sus integrantes con independencia de su participación, ajenez y incluso oposición, generándose de esta manera una reacción penal en contra de inocentes.

Por otro lado, la cuestión procesal no estuvo ausente en este proceso al haberse señalado la inobservancia de normas procesales toda vez que el proceso penal sólo le otorga capacidad procesal de ser parte a la persona física y que la calidad de imputado, de ser sujeto capaz en la relación jurídico procesal únicamente la puede adquirir una persona física viva. Similar cuestión se planteó en cuanto se consideró vulnerada la garantía del artículo 2 del Código Procesal Penal de la Nación al que se lo consideraba de interpretación restrictiva al posibilitar por vía del pronunciamiento cuestionado un procesamiento de la persona jurídica generando una equiparación de la misma con la persona física cuando se la cita a prestar declaración indagatoria –acto

exclusivamente previsto para una persona física al director de la firma, pero no en calidad personal sino como su representante. De esta manera se genera un procedimiento “adaptado” por la Justicia Penal Económico que resultaría inadmisibles, concluyendo que aún cuando fuera concedido un sistema de imputación para las personas de existencia ideal quedaría aún por formular un sistema para su juzgamiento.

Frente a estos planteos el citado Tribunal sostuvo<sup>26</sup> que la jurisprudencia en realidad se había inclinado a reconocer la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas en aquellos casos en que leyes especiales expresa o tácitamente así lo previeran, interpretándose que la regla contenida en la legislación civil con antelación a la reforma introducida en el año 1968 por la ley 17.711 cedía frente a las disposiciones en contrario contenidas en las leyes especiales.

En particular se hizo mención a un pronunciamiento de 1894 en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó la doctrina que el principio *“Societas delinquere non potest”* no era aplicable en el derecho penal aduanero destacando que **“la primera legislación aduanera, a diferencia de la civil y criminal, responsabiliza a las personas jurídicas, en cuanto son capaces de mantener relaciones con la Aduana, por los fraudes o contravenciones de sus empleados y dependientes; y castiga no sólo las defraudaciones consumadas, sino la posibilidad de fraude, sin tener en consideración si hubo intención dolosa o un error inocente: los artículos 1025, 1027 y 1028 de las Ordenanzas de Aduana vigentes, establecen estos principios de una manera terminante y son ellos los que rigen y deben aplicarse al caso en cuestión, no el art. 43 del Código Civil invocado por el representante de la compañía demandada, por lo que debe concluirse que la compañía acusada, como cualquier otra persona jurídica, es responsable de las penas pecuniarias que imponen las Ordenanzas de Aduana, por fraudes o contravenciones cometidas por sus empleados”**<sup>27</sup>. Esta línea fue mantenida por la Corte en numerosos

26. “Peugeot Citroën Argentina S.A. s/recurso de casación”, Sala III, C.N.C.P., Fallo del 16/11/2001

27. “Entre Ríos, Extracto de Carne Ltda., s/defraudación de Derecho de Aduana”, fallada el 7/12/1894, cita extraída de “Responsabilidad Penal e Infracional de las personas jurídicas” cit. (Nota N°16) Juan C. Bonzón Rafart, pág. 87

pronunciamientos (Fallos 52:371; 99:213; 99:317; 126:163; 135:197; 216:397 y otros) resultando destacable señalar que en Fallos 200:419 “Diebel y Saporitti”<sup>28</sup> se sostuvo que el tratamiento de excepción al artículo 43 (viejo) del Código Civil debía efectuarse en forma restrictiva, limitándolo a aquellas personas de existencia voluntaria.

Conviene destacar sin embargo respecto de este último pronunciamiento que la Corte Suprema limitó el alcance de la doctrina sentada en Fallo 200:419, pues consideró que tras la reforma sustancial efectuada por medio la ley 17.711 respecto del artículo 43 del C.C., lo dispuesto en el citado precedente “...*ha perdido todo sustento normativo, lo cual impide otorgar a aquellos antecedentes los alcances que pretende el apelante*” (Fallos 316:1588)

El catálogo de objeciones no fue tratado en forma exhaustiva por este Tribunal en razón de haberse determinado en el fondo de la cuestión la inexistencia de delito<sup>29</sup>.

La cuestión más relevante en este capítulo, sin embargo, es la referida a la existencia o no de normas procesales suficientes que permitan válidamente sostener la imputación de un ente ideal en el curso de un proceso, y si habiéndose señalado en el caso citado que el tribunal de mérito había efectuado una aplicación analógica de normas procesales penales violando –supuestamente– la prohibición de aplicación analógica de normas penales, al haber citado a prestar declaración indagatoria a la sociedad en la cabeza de su órgano de representación (Presidente de la S.A.)

Sobre este particular se puntualizó que la prohibición constitucional en tal sentido sólo abarcaba a las normas penales sustantivas y no a las procesales, tanto más cuando dicha interpretación se hacía *en beneficio* del procesado y no

en su contra.

Sobre este particular, Mario A. Oderigo ha señalado que: “*El problema de la integración de la ley procesal consiste en determinar la solución aplicable a las cuestiones de orden formal que se plantean en el proceso, cuando no exista disposición legal que las resuelva (...) Difiere, por consiguiente, de la aplicación y de la interpretación, en que éstas presuponen la existencia de una norma, cuyos ámbito y sentido procuran establecer; mientras que la integración presupone la inexistencia de normas referentes al caso*”.<sup>30</sup>

Señala también que la analogía consiste en aplicar a una situación no prevista una norma establecida por otra situación análoga, y que ésta puede ser homogénea en sentido estricto, homogénea en sentido amplio o heterogénea, según se trate de una norma extraída del ordenamiento procesal penal, de ordenamiento procesal no penal o de un texto legal no procesal.

Siendo ello así, lo cierto y evidente es que prevista la responsabilidad penal de los entes ideales, la utilización de los preceptos por los que se regula el instituto de la declaración indagatoria en el Código Procesal Penal aparece como la única vía para garantizar a la persona jurídica el ejercicio de tal derecho, por lo cual, aún cuando pudiera afirmarse que el instituto de la declaración indagatoria fue concebido únicamente para regular la declaración de las personas de existencia visible en el proceso penal, evidentemente esas normas son las únicas que pueden regular el acto cuando se trate de entes ideales, pues así corresponde conforme el criterio de “integración procesal homogénea en sentido estricto” descripta por Oderigo y toda vez que sólo así se logra satisfacer acabadamente el derecho de defensa en juicio.

28. Ver nota N° 4

29. Autos: “Peugeot-Citroën”, cit.: “...*Por supuesto que en vista de las particulares y muchas veces nuevas formas de delinquir en el ámbito de los ilícitos económicos, resulta imperativo contar con una celosa justicia especializada en el manejo de medios técnicos y jurídicos que guarden correspondencia con las especiales características del mencionado género de infracciones, pero ello no autoriza a que en aras de una mejor represión nos apartemos de claros e incommovibles preceptos del derecho penal, sancionando conductas atípicas*”, habida cuenta que no se advierte en las mismas la necesaria actividad engañosa exigida por la respectiva figura legal.

30. Oderigo, Mario, “Derecho Procesal Penal”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975, Tomo I, pág. 28, citado por la Cám.Cpenal “in re”: “Peugeot Citroën S.A. s/rec. De casación”, cit.

### a) La acción segmentada

La cuestión que preanuncia el acápite precedente constituye tal vez uno de los principales factores que animan a las políticas de persecución criminal a inclinarse —más por razones prácticas que teóricas— a favor de encontrar mecanismos que permitan inculpar penalmente a las sociedades.

Y es que la complejidad de la organización de las actuales empresas, la interrelación de sus funciones, las áreas de decisión y su internacionalización, impide determinar el proceso de formación y ejecución de los delitos tal como la ciencia penal convencional los conoce.

Señala Cesano<sup>31</sup> que las formas de criminalidad que tienen un mayor desarrollo en el ámbito de las corporaciones (como lo son el delito económico y el ambiental) se destacan por el parcelamiento de la actividad delictiva, que comprende diversas conductas que aisladamente consideradas resultan irrelevantes desde el punto de vista de la tipicidad. Ello posibilita que los sujetos intervinientes puedan, incluso, ignorar el significado criminal de su aporte, el que sólo sería conocido por los ideólogos, alejados convenientemente de la consumación delictual.

Continúa este autor señalando que esta instrumentalización de los autores materiales de los hechos punibles nos coloca frente al instituto de la autoría mediata, correctamente explicado a través de la tesis del “dominio del hecho” que permite adjudicar precisamente la calidad de autor —mediato— a quien, induciendo,, se vale de otro como instrumento para la realización material del hecho.

Baigún por su parte<sup>32</sup> destaca que es una cuestión conocida la dificultad de identificar a los responsables reales en una persona jurídica, especialmente cuando se trata de determinar la decisión.

¿Quién será el autor de la evasión o la confección de balance falso? ¿El área contable que con-

fecciona el instrumento técnico o el administrador que proporciona datos inexactos o el ámbito de la dirección desde donde se “bajan” directivas a ambos sectores? Entran en juego entonces otros elementos a considerar como la hipótesis de que el “instrumento” del delito (esto es, quien materialmente realiza la acción descrita por el tipo penal) resulta ser un sujeto inculparable, ya sea por obrar bajo sutiles formas de coacción o por hacerlo bajo los efectos del error.

A estas dificultades del marco interno del ente se suman otras; como las denominadas “decisiones en cadena” a las que refiere Klaus Tiedeman (citado por Baigún) habituales en las organizaciones contemporáneas (carteles, holdings, sindicatos) que impiden establecer el origen real de la orden y las sucesivas participaciones de los integrantes de cada una de las unidades, especialmente cuando actúan en distintos países. En todo caso, el proceso interno resulta ser el objeto inasible para el Derecho Penal convencional.

El análisis de esta realidad no puede soslayarse sin grave perjuicio a un sistema de imputación equitativo toda vez que dentro de un sistema organizacional existen no sólo comunicaciones que pueden denominarse formales, sino también aquellas otras —de mayor riqueza y a la vez intensidad— informales, donde los códigos, señales, mensajes implícitos, etc., permiten a los integrantes de un determinado sistema leer entre líneas órdenes, directivas, criterios que se traducen en acciones que incluso operan en contra del sistema normativo (estatutos) que rige a una organización.

Adviértase cualquier sociedad u organización proveedora de servicios o que realiza actividades de mediana a gran envergadura con procesos complejos de auditoría y control. La sola insinuación bajo velada amenaza o sutil presión de una instancia con poder puede generar una serie de decisiones erróneas y contrarias a derecho. Se nos ocurre el caso de una prestadora de telefonía global que interesada en mejorar su ganan-

31. CESANO, José Daniel, En torno a la Responsabilidad Penal de la Personas Jurídica, Alveroni Ediciones, 1998, pág. 56/57

32. BAIGÚN, David y DA ROCHA, Joaquín Pedro, Delitos Económicos en la esfera del MERCOSUR, ponencia “La defraudación tributaria: eje del sistema penal tributaria del MERCOSUR”, Rubinzal-Culzoni Editores, págs. 43 y ss.

cia elaborara la idea de modificar en algún ignoto parámetro el sistema informático (software) de manera que el cómputo de los consumos se viera modificado y esa modificación operara en el incremento no apreciable de inmediato de las tarifas. Posiblemente en el largo plazo se pudiera determinar la existencia de un incremento pero difícilmente se pueda determinar la existencia de una alteración de programa y aún así el riesgo y daño se habría producido.

O un sistema de control privatizado de calidad de mercaderías en una Unión Transitoria de Empresas conectadas vía informática entre países que deben llevar a cabo dichos controles a requerimiento de un Estado. Mientras en un Estado supuestamente se llevan a cabo los controles, en otro se reúnen los datos vía informática y en otro se extiende una certificación en base a datos que sólo existen en el universo virtual ¿quién lleva a cabo la acción defraudatoria si la hubiere?.

El parcelamiento de la actividad ilícita en el seno de las corporaciones, en cuanto fenómeno verificable y dato de la realidad, constituye otro elemento o factor que abona la necesidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas.

#### **b) El eje de la cuestión, la categorización conceptual de la persona jurídica y los parámetros de la imputación**

Llegamos en este momento al centro del análisis metodológico pues, como hemos podido apreciar, no hay acuerdo sobre los mismísimos fundamentos lógicos que permiten aceptar la idea de una imputación penal de personas jurídicas. Y paradójicamente cuanto mayores motivos de orden práctico y de necesidades o razones de política criminales se encuentran, más complejo se torna dar un fundamento coherente y a la vez congruente con el sistema de principios legales vigentes.

Como lo señalamos “supra”, parte del problema consiste en determinar la posibilidad de com-

patibilizar dos conceptos que aparentar ser opuestos: Se puede sancionar penalmente a una persona jurídica al mismo tiempo que se sostiene el criterio de que no debe pensarse a quien no resulta culpable?

Para dar respuesta a estos interrogantes necesitamos ingresar al análisis de la categoría conceptual de la denominada “persona jurídica” pues con esta expresión se significa y representa una serie de conceptos que escapan de la inmediata percepción humana, motivo por el cual, al no clarificarse el alcance del término y su precisa significación, los exponentes encuentran dificultades insalvables cuando por ejemplo, pretenden asignar “voluntad” (en cuanto concepto aplicable al ser humano) a la categoría conceptual denominada persona jurídica.

En este punto hemos seguido el esclarecedor trabajo efectuado por el Profesor Norberto Spolansky<sup>33</sup> quien a nuestro juicio ha logrado desagregar la multiplicidad de conceptos lógicos y ontológicos que subyacen debajo de la expresión “persona jurídica”.

Señala este autor que frente al interrogante sobre si resulta factible responsabilizar penalmente a un ente ideal se suele responder de dos maneras:

Quienes sostienen la posición negativa generalmente señalan que las personas jurídicas no pueden cometer delitos ya que ellas no tienen capacidad de acción o voluntad, o no pueden ser culpables, o ellas sólo han sido creadas o autorizadas para alcanzar fines lícitos

Por otro lado, quienes reconocen la posibilidad de la comisión de delitos y la consiguiente responsabilidad penal de las personas jurídicas, destacan que, independientemente de la discusión teórica, en el derecho argentino se castiga a los entes ideales y, en consecuencia, los datos jurídicos han sobrepasado a los conceptos formales.

Así se ha señalado, por vía de la contradicción y recurriendo al argumento del absurdo que si la persona jurídica no tiene voluntad para

---

33. SPOLANSKY, Norberto E., Culpabilidad, la responsabilidad solidaria de las sociedades anónimas y la de sus directivos en el régimen penal cambiario – El caso Banco Santander, La Ley, t. 1978-D, pgs. 244/246.

delinquir penalmente, tampoco la tendría para cometer ilícitos civiles<sup>34</sup>, siendo que a nadie escapa que las sociedades resultan perfectamente pasibles de la responsabilización por ilícitos civiles. Asimismo, se acepta sin mayores dificultades que una S.A. tenga capacidad para contratar, obligarse, desarrollar políticas que “identifican” a la firma (no a sus integrantes), para desarrollar prácticas leales o corruptas, etc., pero se yergue la negativa cuando se habla de que esas mismas empresas puedan responder penalmente aún cuando la actuación como tal, como sociedad, haya provocado perjuicios tales como daño ecológico y ambiental, evasión tributaria, concurrencia desleal, abuso de posición dominante y otras prácticas que resultan tanto más relevantes en cuanto se considera a la sociedad como sujeto activo responsable de tales actos.

Esta distinción evidente en cuanto al ejemplo requiere sin embargo un análisis adicional para poder discernir en qué consiste esa distinción desde el punto de vista conceptual y para ello Spolansky destaca que si se pretenden aplicar los mismos predicados a las personas físicas que a las jurídicas se incurrirá invariablemente en un “error categorial” y procede a desarrollar lo que con expresa cita y referencia a este autor destacamos a continuación.

*Señala este autor que con la expresión “NN Sociedad Anónima compro”, no se nombra a una entidad observable, sino que ella constituye una construcción conceptual de carácter técnico para interpretar las acciones de personas físicas, es decir, los seres “de carne y hueso”, desde la perspectiva de ciertas normas jurídicas.*

*Las personas jurídicas no son entidades de igual categoría o naturaleza que las personas físicas. En nuestra experiencia sensorial percibimos a los seres humanos, sus movimientos corporales, pero no registraremos a las personas jurídicas.*

*Decir entonces que una persona jurídica “actúa” en realidad implica expresar un concepto más complejo que significa que un determinado individuo –o conjunto de ellos-, ejecuta una acción que se atribuye a la totalidad de ciertos individuos, porque así los prescribe un orden de normas que los vincula jurídicamente entre sí y que establece quién es el órgano de ella.*

*Decir que una sociedad anónima tiene la voluntad de vender, significa que un individuo, a quien ciertas normas jurídicas consideran, bajo ciertas condiciones, órgano de la sociedad, tiene la voluntad de vender.*

*Por eso la expresión “voluntad” cambia de significado o alcance cuando aparece en un enunciado que se refiere a la sociedad, ya que los hechos que lo hacen verdadero son diferentes a los que se verifican en un enunciado análogo referido a un hombre. En este último caso basta con que el individuo de quien hablamos quiera algo; en el primero es necesario que haya ciertas normas jurídicas que dispongan determinadas consecuencias para ciertos individuos cuando otro, relacionado con ellos por un contrato social, haya tenido cierto propósito.*

*La expresión “tal persona jurídica celebró un contrato es en realidad una fórmula que sintetiza un conjunto complejo de enunciados que si se despliegan podrían presentarse así: “un grupo de individuos decidió realizar negocios en común y para ellos adoptó ciertas reglas. En esas reglas se estableció el modo de dividir los riesgos, así como también las maneras de elegir a aquellos individuos que actuarían como directores. También se estableció en ese sistema de reglas, las condiciones bajo las cuales cuando un individuo ejecutaba ciertos actos, las consecuencias jurídicas se imputarían al patrimonio sometido al régimen de las reglas adoptadas, etcétera.”.*

---

34. “Sentado lo precedente, y en lo atinente a la argumentada ausencia del elemento cognitivo y volitivo (dolo) en el obrar de una persona de existencia ideal, entendemos que así como el ordenamiento jurídico reconoce a dichas personas la capacidad de celebrar válidamente contratos por medio de la voluntad de sus representantes, de igual manera les atribuye responsabilidad penal por los delitos que pudieran cometer éstos en el ejercicio de su representación. En efecto, de una armónica interpretación de los artículos 30, 32, 897, 900, 1137 y concordantes del Código Civil surge que las personas jurídicas, en tanto son susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones, deben necesariamente obrar con voluntad, es decir, con discernimiento, intención y libertad, de lo que se colige que la expresión de voluntad de sus representantes es reputada, a los efectos civiles, con la propia voluntad del ente ideal. Pues bien, de esas mismas normas surge la posibilidad de las personas ideales de actuar con dolo –el de sus representantes- al cometer delitos, sin que por ello pueda afirmarse la atipicidad de la conducta o la ausencia de culpabilidad del ente ideal. CpenalEconómico, autos: “Peugeot-Citroën”, cit.

Como se puede apreciar en esta línea de razonamiento, la cuestión deriva entonces en el problema de que la pena, aplicada a partir del accionar del órgano y que incidirá sobre el patrimonio del ente, implicará la responsabilización por el hecho ajeno y por ende, resultará afectado el principio de la personalidad de la pena.

Para superar este obstáculo, Spolansky propone la establecimiento de requisitos a ser insertos en el texto constitucional que permitirían al ente exonerarse de las consecuencias del accionar penal de sus órganos<sup>35</sup> a saber:

a) No hay pena sin culpabilidad.

b) En el caso de los actos de los individuos que actúan como órganos de una persona jurídica, la pena se imputará a la persona jurídica a condición de que el acto ejecutado sea efectivamente el acto propio de la persona jurídica. El acto del órgano será considerado, a los fines penales, como efectivamente un acto de la persona jurídica, cuando de acuerdo con los antecedentes y modalidades del hecho ejecutado, represente la política de la persona jurídica. La ley podrá establecer las condiciones bajo las cuales podrá suponerse que el hecho representa la política de la persona jurídica. Los interesados podrán revocar esa presunción.

c) El Estado podrá, en los casos que señale la ley, imputar sanciones no penales a las personas jurídicas por actos de los individuos que actúen como órganos de las personas jurídicas, aún cuando no se satisfagan las condiciones de la sección b).

Como se puede apreciar, esta propuesta entraña la existencia de una presunción revocable en cuanto a que la actuación de los órganos representa la política o la voluntad de la persona jurídica, extremo éste que podrá o no ser desvirtuada, como se dijo, de acuerdo a las circunstancias.

**c) La sana crítica racional – validación de las normas que consagran la responsabilidad penal de las personas jurídicas.**

A esta altura hemos podido comprobar que en

cuanto a nuestro sistema nacional, la posibilidad de imputar penalmente a las personas jurídicas constituye un hecho receptado por la legislación y convalidado por numerosos precedentes jurisprudenciales, sin que por ello, como hemos podido observar, se hayan logrado acallar los ánimos de quienes encuentran en esta metodología notables incongruencias, la vulneración de importantes garantías y hasta el violentamiento del debido proceso legal.

En efecto, los precedentes invocados no han logrado la consolidación de un sistema unificado y coherente sino que han señalado directrices en base a la resolución de cuestiones y planteos puntuales efectuados en el caso que ha tocado resolver.

Pero ¿cuál es la función de los jueces en este particular?. ¿puede la magistratura desarrollar un nuevo sistema –por vía judicial, extralegislativa que satisfaga las expectativas de los sectores?. Entendemos que así planteada la cuestión la respuesta que se impone es la negativa. Sin embargo, entendemos que el planteo debe ser efectuado con un enfoque diferente, esto es, si el Poder Judicial debe dar respuesta efectiva, con los recursos con que cuenta y dentro del ámbito de las normas de derecho vigente, a la necesidad de coadyuvar a “restaurar el orden social alterado” al que hicimos mención anteriormente como Departamento de Poder del Estado Nacional no limitado a la aplicación mecánica de soluciones basadas en doctrinas estáticas.

Y si los jueces encuentran soporte normativo suficiente (la ley), ellos mismos cuentan con herramientas para que la norma, aún la penal o la procesal penal, sea aplicada e interpretada de una forma dinámica, pues no se supone que el legislador pueda prever todas las hipótesis fácticas del bien que pretende tutelar ni el desarrollo de nuevos medios o modalidades cuya aparición por sí misma invalidaría cualquier norma si su aplicación e interpretación se efectúa en forma rígida.

En un interesante trabajo, se ha señalado que *“...la Administración de Justicia posee herramientas para combatir la evasión fiscal y el con-*

35. Spolansky, N., Derecho Penal y Constitución Nacional, La Ley, t. 156, p. 1406.



***trabando, ...en el marco del haz general de facultades que para el juez significa la vigencia del sistema de la sana crítica racional.***<sup>36</sup>

En el sistema de la sana crítica racional o libres convicciones, en cuanto método de valoración de pruebas y de razonamiento judicial, el magistrado no sólo debe proceder y concluir de acuerdo a su íntima convicción o fuero interno sino que las valoraciones fácticas o interpretaciones normativas que efectúe deben encontrar un debido y razonado sustento. En este proceso ***“...el juez orientará su convencimiento por las reglas del recto entendimiento humano, sin sujeción a ningún criterio legal predeterminado. Esto no significa arbitrariedad o puro sentimiento, sino el sometimiento a criterios racionales fundados en la lógica, la psicología y la experiencia, reglas que permiten discernir los verdadero de lo falso.***<sup>37</sup>

En este respecto ha sido señalado que resulta consustancial a la labor judicial en consonancia con una aprehensión del Derecho que no constituya una construcción de *‘pura normatividad’*, fijar correctamente las premisas fácticas y normativas de la cuestión de la responsabilización e imputación penal de las personas jurídicas, sin desatender las implicancias que el universo jurídico en su totalidad le aportan a esta problemática, incluidos en él los datos que provienen de la realidad misma y de la que se nutre ontológicamente en su elaboración.<sup>38</sup>

En otras consideraciones también se ha señalado que ***“...el derecho aplicable en el caso tratado, no será el que resulte simplemente de optar entre la aplicación de una ley general o una ley especial en materia penal, ni será menester conjeturar, dentro de la teoría del delito, sobre el alcance de la punibilidad a las personas de existencia ideal en el plano puramente doctrinal. La cuestión radicará, básicamente, en encontrar a***

***partir del análisis de la problemática involucrada, la solución que resulte más equitativa para el sub-examen en orden a su resolución.***

***En este menester, y en la intención de no incorporarme a una discusión sino de servirme de las elaboraciones ya existentes, es oportuno tener presente, como lo ha advertido la más reconocida doctrina, lo siguiente: “Toda teoría del delito contribuye a la aplicación de la ley en un caso concreto pero, al mismo tiempo, debe adecuar su estructura a la función social del derecho que, en el campo de las personas jurídicas, se enlaza directamente con la necesidad de corregir la disfuncionalidad de sus comportamientos y neutralizar el daño social que provoca”*** (Baigún, D.; *La Responsabilidad de las Personas Jurídicas*; Depalma, Bs. As., 2000, pág. 33)<sup>39</sup>

Estos conceptos aparecen entonces como el adecuado y mesurado ejercicio de las facultades judiciales que permiten mantener vivo un ordenamiento jurídico y su funcionalidad, aún cuando el quehacer legislativo va a la saga de dichas necesidades.

Entonces, cuando el magistrado entiende necesario efectuar un análisis doctrinario, normativo y jurisprudencial para compatibilizarlo con la necesidad de encontrar una solución al planteo concreto, tal ejercicio constituye, a nuestro entender un uso legítimo de los poderes que tiene conferidos. Pues en definitiva y en última instancia se tratará de eso. Esto es, más allá de la discusión doctrinaria, la instrumentación práctica pasará indefectiblemente por el vector en el que el criterio de autoridad tiene la última palabra.

En el pronunciamiento que venimos analizando, hemos advertido una riqueza inusitada en cuanto a la dinámica de la actuación judicial y consideramos útil en beneficio del presente trabajo transcribir algunos pensamientos desarrolla-

36. Monzó, Carlos, “Algunas reflexiones en torno a la sana crítica racional, vinculada a la represión de la evasión fiscal y del contrabando”, J.A., Número especial, 27/06/2001, pág. 32.

37. Clariá Olmedo, Jorge A., “Derecho Procesal Penal”, t. I, 1998, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 239, citado por Carlos Monzó en el trabajo indicado en la nota anterior, pág. 27.

38. Cám. Fed. Ap. Cba., autos: “Región Aduanera Córdoba s/Denuncia de Contrabando” – Cuerpo de fotocopias, Fallo de fecha 17/05/2002, voto del Dr. Luis Rueda.

39. Id., nota 46 (del voto del Dr. Rueda).

dos por el Tribunal de Alzada, especialmente cuando por conducto del voto del Dr. Luis Rueda, señaló frente al conflicto entre las normas que receptan la opción de la penalización de las sociedades y el ordenamiento vigente que los precedentes legislativos y jurisprudenciales que respaldan la existencia de responsabilidad penal en la persona supra-individual, no han producido una modificación “sin más” de la postura dogmática convencional, sino que se trata más bien de su aplicación “...a una nueva realidad institucional, mediante una ampliación de la visión del asunto desde una actitud crítica, que no soslaye las garantías del derecho penal liberal, pero que a la vez satisfaga las exigencias que la temática le impone, sin perder de vista que es tarea del Juez interpretar la normatividad vigente, aplicando los principios general que rigen la vida de las instituciones jurídicas, comprendidas en ellas las normas (penal en el caso) cuya literalidad, si bien debe respetarse, no debe ser óbice para la actividad interpretativa a desplegar por parte del Juez.”<sup>40</sup>

En este contexto no deberíamos desatender a las normas de hermenéutica que la jurisprudencia ha ido desarrollando tales como la que señala que las palabras del texto legal deben ser tomadas “...en el sentido más obvio al entendimiento común...”<sup>41</sup> y que “...es la regla más segura de interpretación la de que esos términos no son superfluos sino que han sido empleados con algún propósito, el que debe buscarse no en significaciones oscuras o abstractas sino en sentido más obvio al entendimiento común...”<sup>42</sup>

Con relación a la temática desarrollada –en la medida que la posibilidad de condenar penalmente a las personas morales se encuentra prevista en numerosas leyes- resulta aplicable también el criterio de interpretación que sostiene que “...La primera fuente de interpretación de la ley es su letra, pero además la misión judicial no se agota en ello, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho para la realización de la justi-

*cia, no puede prescindir de la intención de legislador y del espíritu de la norma; todo esto, a su vez, de manera que las conclusiones armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional...*”<sup>43</sup>

También resulta aplicable aquella que señala que “...buscar el sentido de las normas jurídicas es poner de acuerdo a la ley penal, abstracta y genérica por naturaleza, con lo concreto y variable del caso particular evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones destruyendo las unas por las otras y adoptando, como verdadero, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto”<sup>44</sup>

#### **d) La acción institucional – una propuesta integral**

La posición que en nuestra doctrina ha desarrollado el profesor David Baigún merece una consideración especial en razón de su propuesta de instauración de un nuevo sistema “ad hoc” con el establecimiento de parámetros propios adecuados a la naturaleza funcional de las personas jurídicas; en este respecto para comenzar su análisis y justificar su propuesta destaca y acredita que la pretensión de aplicar el sistema penal tradicional a los actos generados por las corporaciones trae aparejada un sinnúmero de problemas vinculados con la estructura del sistema de imputación vigente.

Concluye entonces que la alternativa más eficiente, en vez de “adaptar” lo existente, residiría en la creación de un nuevo sistema teórico útil como marco adecuado para resolver los conflictos planteados por la actividad delictiva realizada por las personas jurídicas y que parte de reconocer la existencia de dos vías de imputación cuando se produce un hecho protagonizado por el ente colectivo: por un lado la que se efectúa al sujeto individual y por el otro la que el otro la atribución al sujeto ideal.

40. “Región Aduanera Córdoba s/Denuncia de contrabando”, cit.

41. C.S.J.N., Fallos 314:458.

42. C.S.J.N., K.50.XX “Kasdorf S.A. c/Jujuy, Provincia s/daos y perjuicios”, 23/12/92.

43. C.S.J.N., E.171.XXII. “Estado Nación c/Rudaz, Martín Alejo y otra s/nulidad de resolución”, 5/12/92.

44. C.S.J.N., Fallos 1-1300; 297:142; 300:1080 y 303:1041.

Como lógica derivación de este sistema ***la responsabilidad se determinará en función de parámetros diferentes*** : en las personas físicas en función de la teoría del delito tradicional y en las jurídicas a través de un nuevo sistema cuyo punto de partida sería lo que ha dado en denominar la “acción institucional o societal” cuya naturaleza sería sustancialmente diferente de la acción contemplada en el sistema común. De ello se sigue, obviamente, que las categorías que informan el nuevo sistema deberán exhibir cada una su propia fisonomía.

Y esta necesidad de fisonomía propia se vincula con las dificultades que encuentra el investigador en la adecuación o “aggiornamento” de modelos vecinos o similares, como los del derecho administrativo y su sistema sancionatorio o el civil en cuanto a la similitud o emparentamiento que encuentra en la denominada responsabilidad extracontractual, encontrando como diferencia de sustancia más significativa que mientras el plano civil se orienta principalmente a la reparación del daño, el penal se dirige hacia la aplicación de una pena.

No obstante, al referirse a “nuevas categorías”, no prescinde de la existentes (acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, etc.) sino que las mismas tendrán un alcance, intensidad o significación diferentes en cuanto mecanismo de imputación penal al ente colectivo. Así entonces menciona que la adecuación al tipo (tipicidad) deberá ajustarse a pautas distintas y la antijuridicidad -en tanto juicio de valor acerca de la contradicción entre el comportamiento del ente y el ordenamiento jurídico permanecerá incólume, pero los ingredientes subjetivos, a efectos de considerar tanto el dolo en tipo como las causas de justificación deberán ser modificados.

El epicentro del sistema propuesto entonces señala que la responsabilidad de la persona jurídica surge como consecuencia de la acción, confrontada con el tipo y la antijuridicidad. Acción, tipo y antijuridicidad constituirán el centro de este sistema y las sanciones o penas sólo podrán ser las adecuadas a la naturaleza de la persona jurídica.

Este nuevo sistema constituye entonces lo que su autor denomina “una estrategia distinta de imputación” en la cual, en primer término o

como primer paso se efectúa una subsunción de la acción institucional a un tipo, en segundo lugar, el juicio de antijuridicidad y por último la atribución de pena con fundamento en la necesidad de neutralizar los riesgos o daños provocados por dichas acciones societales.

En cuanto a la acción, como eje del sistema, se encontraría integrado por tres unidades reales que el autor denomina “regulación normativa”, “regulación organizacional” e “interés económico” lo cual resulta de considerar y reconocer a la persona jurídica como expresión institucional de una entidad real: la empresa o explotación económica, lo cual se aparta del concepto o enfoque tradicional de “ficción jurídica” que limita el campo de análisis.

Señala que “la acción” que puede serle atribuida a una persona jurídica tiene una naturaleza cualitativamente distinta de la que ejecuta una persona física y la misma ha sido llamada -a los fines de diferenciar y clarificar la nomenclatura- como “acción institucional”.

Grafica que la acción institucional sería la resultante de un conjunto de elementos o vectores que concurren para conformar una nueva unidad o elemento destacando que es cierto que el ser humano actúa tanto en la ejecución como en la elaboración de la decisión institucional, pero ésta se halla determinada por otras unidades reales tales como: a) la que se genera en el ámbito normativo; b) la que nace en la propia organización y c) la que se identifica con el interés económico, que gobierna las anteriores.

En cuanto a los elementos subjetivos que podrían derivar en la existencia de una voluntad social dolosa reconoce tales elementos de reconocido contenido psicológico no pueden ser acogidos por el modelo que propone por lo que avanza hacia un análisis en el que la voluntad social no es el resultado de la suma de los conocimientos individuales ni requiere el aporte de conocimiento o intención de cada uno de sus integrantes, pues en el proceso de elaboración de la voluntad puede recurrir a una varias voluntades.

La propuesta del Dr. Baigún implica la concepción de un nuevo modelo que podrá tener o no receptación normativa pero cuyo análisis supera el marco que este trabajo se ha fijado y que se limita al análisis de las problemática actual, no

obstante lo cual nos ha parecido oportuno hacer referencia al mismo en razón de que de su propuesta ya se han utilizado judicialmente ciertos criterios o propuestas rectoras para la solución de casos concretos.

#### IV.- CONCLUSIÓN

Habiendo pasado revista a las principales concepciones que existen en la materia podemos como primera consideración señalar que la temática aún no ha encontrado su cauce definitivo en cuanto a la sistematización de su tratamiento. Así, mientras un sector entiende que la labor del juez es suficiente para encontrar respuesta satisfactoria a la problemática, otros entienden que resulta necesario una inclusión en el texto constitucional e incluso quienes consideran que resultan necesario, tal vez siguiendo el precepto bíblico de no colocar “vino nuevo en odres viejos”, un esquema normativo y conceptual totalmente diferente (Baigún).

Luego de haber analizado detenidamente los antecedentes y las posiciones a favor y en contra de la incriminación de las personas jurídicas, advertimos que en general, quienes se oponen, lo hacen alentados más por un puro afán de erudición o con el sólo fin de mantener la coherencia de un sistema. Y muchos de ellos –en cuanto científicos del derecho penal común– se han negado a teorizar sobre materias vinculadas al derecho penal económico por considerarlo un pariente impresentable de la ciencia penal.

Nuestra posición, en cambio, se inclina decididamente a favor de la interpretación, aplicación y vigencia dinámica del derecho en función de las necesidades de la sociedad. Hemos advertido de algunos precedentes judiciales citados que el juzgador en su proceso analítico se ha detenido a considerar si ajustar su decisión a un sistema teórico –eligiendo tal vez la vía más simple– o encontrar mecanismos que permitan la supervivencia de las normas que claramente estipulan el principio de la responsabilidad penal de los entes ideales y advertimos que casi invariablemente se

han inclinado a favor de esta última posición, no sólo por razones de interpretación legal sino también haciendo mérito de razones extralegales pero de innegable peso.

Lo cierto es que, cuando advertimos que lo que verdaderamente se encuentra detrás de la materia que elegimos resultan ser los problemas vinculados a la mundialización como fenómeno, a la criminalidad organizada, a la transnacionalización de las corporaciones y al problema de la fiscalidad internacional, surge entonces claramente aquello señalado por Baigún en cuanto a que *“ En el contexto de la globalización, los requerimientos de las corporaciones, por su actividad en el mercado o en el llamado espacio de rivalidad, ponen en escena, inexcusablemente, a la persona jurídica, su ropaje normativo; como lo hemos reiterado, son los sujetos de la acción, tanto en la esfera legitimada como en la que se registran los hechos reprobados socialmente”*<sup>45</sup>

En este modesto aporte hemos centrado el enfoque principalmente en la problemática del sistema local y desde el punto de vista metodológico hemos presentado el conflicto desde las posiciones antagónicas y también nos hemos permitido incluir nuestra opinión. El debate sigue abierto, no tanto en cuanto a si es posible o no responsabilizar a un ente colectivo, sino en cuanto a la elección de los medios y recursos más adecuados para obtener un resultado que satisfaga el reclamo social contra la impunidad de ciertas conductas y a la vez asegure el respeto de las garantías mínimas características de un Estado liberal.

#### BIBLIOGRAFÍA

- En torno a la denominada responsabilidad penal de la persona jurídica, José Daniel CESANO, Alveroni Ediciones, 1998.
- La Responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico), David BAIGÚN, Ed. Depalma, 2000.
- Derecho Penal Económico, Enrique BACIGA-

---

45. Baigún, David, “La responsabilidad penal de las personas jurídica”, Ed. Depalma, pág. 11.

- LUPO, Ed. Hammurabi.
- La Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Silvina BACIGALUPO, Ed. Bosch.
  - Responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho Penal – Aboso – Abraldes.
  - Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional “societas delinquere non potest”, José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR, Cuadernos de política criminal, N° 11, 1980.
  - Responsabilidad por Deudas y Multas Impositivas y Aduaneras, Federico M. PALAVECINO y J. Daniel BARBATO, Ed. La Ley, 2001
  - La tipicidad en el sistema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, denominado de doble imputación, David BAIGÚN, Cuadernos de Derechos Procesal y Criminología.
  - Informe explicativo del segundo Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (Texto aprobado por el Consejo el 12 de marzo de 1999), Documento 499Y0331 (02). Diario Oficial de la Comunidad Europea N° c 091 de 31/03/1999 P. 0008 – 0019 (en [http://europa.eu.int/eurlex/es/lit/dat/1999/es\\_499Y0331\\_02.html](http://europa.eu.int/eurlex/es/lit/dat/1999/es_499Y0331_02.html)).
  - Enrique Carlos BARREIRA y Héctor G. VIDAL ALBARRACÍN - Responsabilidad de las personas jurídicas en materia de contrabando , LL –1198-B.
  - VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G., Responsabilidad Penal de la Personas Jurídica en el Derecho Penal Aduanero, Separata de “Nueva Doctrina Penal”, 2003/B).

