

30

S. PRAEVIDE ET PRO

Revista

Julio 2012

30

Revista Pendl

Pendl

Julio 2012



tirant lo blanch



Revista Penal

Número 30

Sumario

Doctrina

– Protección de Derechos Humanos e internacionalización del derecho penal, por <i>Kai Ambos</i>	3
– Reflexiones sobre alternativas a la pena y una aproximación a la alternatividad penal, por <i>Pablo Galain Palermo</i>	13
– Nuevas obligaciones para España en la lucha contra la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil: La Directiva 2011/92/UE, por <i>María Marta González Tascón</i>	35
– Prensa y garantías penales: Consideraciones a partir del análisis mediático de un delito violento, por <i>María Jesús Guardiola Lago</i>	60
– La reforma de la legítima defensa en Italia: El derecho a la autotutela del domicilio familiar, por <i>Vincenzo Militello</i>	84
– Las relaciones entre Poder Legislativo y Poder Judicial en las últimas reformas del Código Penal Español, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	104
– La libertad de imprenta, verdadero vehículo de las luces. Análisis de la libertad de imprenta en la Constitución de 1812 y el Código Penal de 1822, por <i>Rafael Rebollo Vargas</i>	118
– Una discusión rancia para la época: responsabilidad penal de las personas jurídicas sí o no. La realidad Argentina, por <i>Marcelo Pablo Vázquez</i>	134
– Derechos Humanos y medio ambiente en el Tribunal europeo de Derechos Humanos: Breves notas para el futuro contexto internacional, por <i>Antonio Vercher Noguera</i>	146
– Delincuencia organizada y medios tecnológicos avanzados: el subtipo agravado previsto en relación con organizaciones y grupos criminales, por <i>Caty Vidales Rodríguez</i>	158
– Dogmática penal, Teoría del delito y Teoría del caso: una visión integradora, por <i>Manuel Vidaurri Aréchiga</i>	168
– Justicia Restaurativa aplicada a supuestos de violencia de género, por <i>Carolina Villacampa Estiarte</i>	177
Sistemas penales comparados: Reformas en la legislación penal y procesal (2009-2012)	217
Bibliografía: por <i>Francisco Muñoz Conde</i> y <i>M^a Belén Sánchez Domingo</i>	285



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P.Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Jaume I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Winfried Hassemmer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Muñoz Pope (Panamá)
Fábio Ramazzini Bechara (Brasil)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Baris Erman (Turquía)
Olmo Artale y Nicola Santi (Italia)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga y J. Jesús Soriano Flores (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Una discusión rancia para la época: responsabilidad penal de las personas jurídicas sí o no. La realidad Argentina

Marcelo Pablo Vázquez

Revista Penal, n.º 30. - Julio 2012

Ficha técnica

Autor: Marcelo Pablo Vázquez

Adscripción institucional: Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desde 2003. Ex juez de primera instancia del mismo fuero desde 1998; coautor del «Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentado, concordado, anotado con jurisprudencia y legislación complementaria», Editorial B de F, Buenos Aires, 1999.

Sumario: I. Génesis del problema. II. En la sociedad de este nuevo siglo, bienvenidos los nuevos bienes jurídicos. III. El divergente enfoque argentino en el derecho privado y en el derecho penal. IV. El presente jurisprudencial. V. Sobre dimes y diretes. VI. La vigencia del *societas delinquere non potest*, aún en los proyectos de reforma al Código Penal Argentino. VII. La influencia supranacional en Latinoamérica. VIII. La influencia supranacional en Latinoamérica. IX. Conclusiones.

Abstract: It's current in Argentina the discussion about the attribution of criminal responsibility of corporations. The position expressed by the Supreme Court judge Raúl Eugenio Zaffaroni in the case «Fly Machine», enables a review of the positions assumed by the doctrine and jurisprudence.

Key words: Corporate crime. Transnationality. *Societas delinquere non potest*. «Fly Machine». Misdemeanour. «Act on behalf of another». Supreme Court. Criminal Appeals Court. MERCOSUR. Community law.

Resumen: Es actual en la Argentina el debate sobre la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. La posición expresada por el juez de la Corte Suprema Raúl Eugenio Zaffaroni en el caso «Fly Machine», permite un repaso de las posturas asumidas por la doctrina y jurisprudencia

Palabras clave: Crimen corporativo. Transnacionalidad. *Societas delinquere non potest*. «Fly Machine». Contravencional. «Actuar en nombre de otro». Corte Suprema. Cámara de Casación Penal. MERCOSUR. Derecho comunitario.

Recepción del artículo: 20-08-2011.

Evaluación favorable: 20-11-2011.

I. Génesis del problema

La responsabilidad de las personas, su aceptación o no en el plano dogmático y la recepción en el derecho positivo, resulta un tema irresuelto en varios países, entre ellos, la Argentina.

Los tiempos modernos, con sus cambios culturales, tecnológicos y económicos, más la irrupción de la globalización facilitada por las nuevas modalidades comunicacionales, obligan a la búsqueda de respuestas efectivas desde el derecho, no sólo para la regulación de las

actividades lícitas sino, especialmente, para el combate de su contracara: la criminalidad¹.

Cibercriminalidad y «corporate crime»² plantean, como dificultad adicional, el desafío de su transnacionalidad³.

Su complejidad y consecuencias para la sociedad, sumado a la despersonalización del autor de esas conductas o, dicho de otro modo, la complejidad de individualizar o circunscribir en una o más personas físicas la materialización de ellas, exige otras fórmulas de ejercicio del poder punitivo estatal. Se ha señalado en este sentido que la complejidad de las nuevas organizaciones empresarias, propician la despersonalización de las decisiones y la intervención fragmentada de varios agentes, provocando límites insuperables para detectar el sujeto responsable del ilícito⁴.

Atinadamente, se ha señalado que «es imposible una teoría jurídica destinada a ser aplicada por los operadores judiciales en sus decisiones, sin tener en cuenta lo que pasa en las relaciones reales entre personas»⁵.

Es un dato evidente de la realidad que en toda sociedad, no son únicamente las personas físicas, el hombre, quienes establecen esas relaciones reales.

Tanto en aquella como ámbito, cuanto en relación a éstas como intercambio, intervienen entes que, para algunos no son una simple suma de individuos sino que

ostentan personalidad propia, y para otros carecen de autonomía respecto de las personas físicas que la integran.

II. En la sociedad de este nuevo siglo, bienvenidos los nuevos bienes jurídicos

Ciertamente, los tiempos han cambiado no obstante que el marco del derecho privado vigente, permite una adecuada regulación de las relaciones jurídicas en ese ámbito, pero nuestro problema es otro⁶.

Al compás de la nueva realidad, se modificó la criminalidad y, con ello, la necesidad de protección de nuevos bienes jurídicos sociales, supra-individuales o colectivos, tales como el sistema económico, el medioambiente, la salud pública o, cada vez más indispensable, el sistema global que propicia Internet y el comercio internacional, entre otros.

Coincido con Terradillos Basoco en que no existe el riesgo de expansión injustificada del derecho penal en el ámbito empresarial, por el contrario, supone más grave la inhibición atendiendo a la grave afectación de bienes jurídicos citados *supra* como así también la igualdad en el trabajo, y la vida o salud de los trabajadores⁷.

En ellos, además, surgen bienes jurídicos intermedios, definidos como «aquellos situados entre los inte-

1 Zúñiga Rodríguez, Laura «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y criminalidad organizada. Consideraciones de urgencia sobre la reforma al CP de 2010», en «Un derecho penal comprometido», libro homenaje al Profesor Dr. Gerardo Landrove Díaz, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. «*El crimen global es la cara amarga de la globalización en la que perdedores, descontentos, nihilistas, aprovechados, inmorales, consumistas de frutos prohibidos, se unen para lucrar ilícitamente o son objetos de mercancías en el tráfico mundial*» (1158).

2 Tiedemann, Klaus «Lecciones de Derecho Penal Económico», PPU, 1993, página 32. «criterio a la vez penal y criminológico de la realización del hecho a través de una empresa o en beneficio de la empresa», denominado en Alemania «Unternehmensstrafrech». Denominación que permite asimilarlo al crimen organizado, tal como lo destacara Sutherland en 1949, al definir el delito de cuello blanco. Destaca Zúñiga Rodríguez, que «la empresa ha sido la institución que en los últimos tiempos ha servido para que la criminalidad organizada dé un salto cualitativo y se dedique a actividades “no tradicionales” como son la utilización de la misma para el lavado de dinero, o para proveerse de fondos ilícitos con el objeto de seguir el ciclo económico de las ganancias mal habidas» (Zúñiga Rodríguez, *ob. cit.*, página 1156).

3 Terradillos Basoco, Juan Ma. «El derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo», Editorial Colex, obra colectiva: Financiarización económica y política criminal, página 129 y siguientes. «*La transnacionalidad obliga a su vez a la armonización de las políticas criminales estatales, cuya implementación no está exenta de dificultades, acrecentadas por la des-territorialización de las actividades mediante la creación de sociedades con actividades nominales en diferentes Estados, protegidas por patentes de corso*».

4 Rusconi, Maximiliano Adolfo «Persona jurídica y sistema penal», El Derecho Penal Hoy, homenaje al Prof. David Baigún, Editores del Puerto, 1995, página 72 (con cita de Righi, Malamud Goti).

5 Zaffaroni, Eugenio; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro «Derecho Penal. Parte General», Ediar, Buenos Aires, 2000, página 21.

6 Baigún explica que «si, como se advierte, la doctrina del derecho civil, sin una ruptura con los principios teóricos, contempla de modo más o menos satisfactorio las consecuencias por el daño macrosocial y la responsabilidad de las personas jurídicas (Estado, corporaciones), no sucede lo mismo con el derecho penal, que permanece aferrado a la teoría del delito de la centuria pasada, aunque en las últimas décadas se hayan observado algunos cambios» (Baigún, David «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», Depalma, 2000, página 3).

7 Terradillos Basoco, Juan Ma., «Empresa y Derecho Penal», Editorial Ad-Hoc, 2001, página 39.

reses del Estado y los intereses de un agente económico individual así como de los consumidores. Así por ejemplo, el interés supra-individual en el funcionamiento del tráfico crediticio y del mercado de capitales, es decir, en el sistema económico crediticio tiene en el actual orden económico un lugar legítimo, así como el interés en una información adecuada sobre las circunstancias económicas de las sociedades mercantiles de capital, como las sociedades anónimas, es algo por sí mismo digno de protección»⁸.

Muchos de estos bienes jurídicos, incluso, les son reconocidos a las propias personas jurídicas en razón de participar de las relaciones sociales, «ya que en la estructura del bien jurídico está la relación social como expresión de los conflictos de necesidades de los sujetos participantes»⁹.

Bustos Ramírez precisa que a la protección no controvertida del patrimonio de la persona jurídica, se ha sumado el reconocimiento reciente de la reputación, como equivalente al honor de las personas físicas, en la nueva ley de abusos de publicidad española. También que, por razones obvias, no pueden reconocerse como bienes jurídicos protegidos la vida y la salud, pero sí la libertad, el honor y el patrimonio¹⁰.

En la Argentina, por el contrario, se ha desechado la posibilidad que una persona jurídica resulte sujeto pasivo del delito de injuria. La inclusión del vocablo «otro» en el artículo 110 obligó a interpretar su alcance, sosteniéndose que se refería a una persona física¹¹. No obstante, gran parte de la doctrina reconocía un derecho especialmente protegido en cabeza de aquellas, sobre la base de una interpretación opuesta.

La nueva redacción del citado artículo 110 del Código Penal, establecida a través del artículo 1 de la ley 26551 (B.O. N° 31.790 del 27/11/2009), clarifica esta cuestión al señalar como sujeto pasivo del delito a una «persona física determinada».

Los problemas dogmáticos que genera la vigencia de un derecho penal tradicional, que observa y analiza el delito como un acto de un sujeto individual que afecta un bien jurídico en cabeza también de un sujeto individual o de un colectivo, y la imposibilidad de adaptarlo a la realidad criminológica actual, impone la búsqueda de alternativas idóneas y efectivas para prevenir y castigar los hechos imputables a entes ideales que provocan un perjuicio sustancialmente mayor que aquellas conductas ilícitas individuales¹².

Como bien lo señala Muñoz Conde, «el problema actualmente no se plantea, pues, tanto como una cuestión ontológica, sino como una necesidad político-criminal que debe ser resuelta expresamente por el ordenamiento jurídico de cada país en función de las premisas conceptuales dogmáticas de las que parte»¹³. Ello, aún cuando la autonomía punitiva de los Estados se encuentre en crisis por la influencia del derecho comunitario¹⁴.

La realidad indica que esa necesidad y decisión político-criminal de sancionar penalmente a las personas jurídicas, no encuentra el cauce adecuado en el marco dogmático para construir una teoría sustentable que permita romper con un derecho penal configurado sobre la base de la persona natural y concebido desde los tipos penales para que sólo ésta pueda ser sujeto activo del delito¹⁵.

No obstante, es una conclusión compartida y cada vez más difundida, la necesidad de revisar el principio

8 Tiedemann, Klaus «Lecciones de derecho penal económico», Editorial PPU, Barcelona 1993, página 35.

9 Bustos Ramírez, Juan «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Derecho Penal Hoy, ob. cit., páginas 15/26

10 Bustos Ramírez, Juan, ob. cit..

11 Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, «Silva Acosta, Miguel A. s/ recurso de casación», resuelta el 28/11/2002 (La Ley 2003-D, 623). En el caso, la firma Ingenio Río Grande S.A. se agravia por la publicación de una solicitada en el diario La Nación, por parte del directorio de la sociedad Brinlux S.A., en la que se enumeran una serie de falsedades.

12 Tiedemann, ob. cit., página 233, sostiene que los problemas dogmáticos y de reforma son absolutamente solucionables, sobre todo si —al igual que en el derecho administrativo sancionador alemán— se extiende e interpreta el concepto de culpabilidad en el sentido de una responsabilidad social.

13 Muñoz Conde, Francisco «Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma», en la obra colectiva en honor del profesor Klaus Tiedemann «Hacia un derecho penal económico europeo», Serie Derecho Público, Universidad Autónoma de Madrid 14-17 de octubre de 1992, página 277.

14 Terradillos Basoco considera que si bien por regla el sistema comunitario excluye el derecho penal, ya que la comunidad carece de un poder punitivo propio ni los estados pueden transferirle expresamente el suyo, se ha ido paulatinamente constituyendo un cierto orden jurídico, que lleva a una subordinación de los Estados miembros a las políticas penales establecidas en el orden supranacional. Esto es lo que ocurre particularmente en el derecho económico, cuyo origen es mayoritariamente comunitario (Terradillos Basoco, Juan Ma., «Empresa y Derecho Penal», Editorial Ad-Hoc, 2001, página 57).

15 Bustos Ramírez, Juan, ob. cit.

«societas delinquere non potest»¹⁶; empero, las diferencias están en las formas¹⁷.

III. El divergente enfoque argentino en el derecho privado y en el derecho penal

Para el derecho civil argentino, esos entes o personas jurídicas o de existencia ideal son «todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible»¹⁸.

En la nota al artículo 43, que establece la obligación de las personas jurídicas de responder por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones, o por sus dependientes, se señala que «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 efectos en el derecho civil, pero jamás en el criminal».

Es claro que Vélez Sarsfield, autor del código civil, adhirió explícitamente a la teoría de la ficción de Savigny, que considera una creación artificial a las personas jurídicas, carentes de voluntad propia y por tanto de capacidad de acción. Descarta, por ello, toda confusión posible entre los actos de la persona jurídica y los de las personas naturales que la componen.

El código civil fue aprobado en 1869 mediante la ley 340, reformado parcialmente en abril de 1968 por la ley 17.711.

Esta norma, como bien lo destaca Riquert, sirvió de sustento a la postura de Sebastian Soler para descono-

cerle capacidad de acción a la persona jurídica y, por ende, responsabilidad penal; específicamente porque «toda vez que la sociedad es una persona distinta de los socios y su personalidad jurídica consiste en mero centro imputativo, carente de todo sustrato psíquico, resulta indudable que por su naturaleza no es un ente idóneo ni para desplegar acciones que contengan los elementos indispensables para dar base a un delito, ni para sentir la coacción de la amenaza penal, ni para sufrir ella misma una pena personal, que no afecte a ningún tercero inocente»¹⁹.

Más cercano en el tiempo, es el propio Zaffaroni quien, como se desarrollará luego, mantiene el criterio de desconocer toda posibilidad de desarrollo por parte de una sociedad de una conducta en sentido óptico, relevante para el derecho penal.

Nuestro código penal no contiene en su parte general, a diferencia de lo que acontece por caso con el Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como veremos luego, ninguna norma que considere a las personas jurídicas como responsables de conductas a ellas imputables, o a las personas físicas que actúen en su nombre, al amparo o en beneficio de aquellas.

Por el contrario, algunas leyes especiales contemplan sanciones para el caso de infracciones cometidas por un ente ideal, por ejemplo, el Código Aduanero (ley 22.415), la ley de defensa nacional (ley 23.554), la ley de defensa de la competencia (ley 25.156), entre otras²⁰.

Lo expuesto confirma la actualidad del debate y lo inconcluso del mismo.

IV. El presente jurisprudencial

La jurisprudencia más reciente del máximo tribunal Argentino que alude a la temática en estudio, es el caso «Fly Machine S.R.L.»²¹.

16 Sáez Capel, José «Responsabilidad penal de las personas jurídicas - Societas delinquere non potest?, LA LEY 1998-C, 1344. Baigún, ob. cit., propone un derecho penal ad hoc, en concordancia denominativa con Ruiz Badillo —«La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho europeo» (cita 4, página 28)—, o un subsistema sustentado en el principio de «doble imputación», que mantenga la responsabilidad personal de los sujetos actuantes y, por el otro, una responsabilidad penal de la corporación, «con las modalidades exigidas por la naturaleza específica de la acción institucional que emana del organismo colectivo» (página 25).

17 Muñoz Conde, ob. cit., expresa que «hay que buscar, pues, la sanción adecuada a estos entes jurídicos, pura creación artificial del Derecho, que tan importante actividad despliegan en el actual mundo económico», pág. 278. Zúñiga Rodríguez sostiene que parece haberse superado la etapa del sí a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, para adentrarnos al cómo. No hay definición sobre el presupuesto de hecho aunque consenso en las consecuencias (ob. cit., página 1154).

18 Código Civil Argentino, artículo 32.

19 Riquert, Marcelo Alfredo «Algo más sobre la responsabilidad de las personas jurídicas», en www.laleyonline.com.ar; con cita de Soler, Sebastián «Derecho Penal Argentino» TEA, Bs. As., 3ª edición, 1963, página 266.

20 Vázquez, Marcelo Pablo «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Régimen penal y contravencional. El instituto del actuar en nombre de otro incluido en el Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Similitudes con España y Alemania», en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año VII Número 11, Editorial Ad-Hoc, páginas 477 y siguientes.

21 Fallos 329:1974.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, adhirió al dictamen del procurador fiscal de la Nación, quien postuló la inadmisibilidad del recurso extraordinario por dirigirse contra una sentencia que no es definitiva ni equiparable a ella. El ministro Eugenio Zaffaroni votó por admitir el recurso y confirmar la sentencia, desarrollando conceptos sobre la responsabilidad que cabe atribuir a las personas jurídicas en el marco del derecho aduanero.

En el proceso, un Tribunal Oral en lo Criminal Federal declaró la nulidad de los requerimientos de elevación a juicio de la querrela y el fiscal, formulados respecto de una sociedad de responsabilidad limitada por el delito de tentativa de contrabando documentado, por considerar que las personas jurídicas no pueden ser sujetos pasibles de la aplicación de sanciones por la comisión de delitos, sin perjuicio de que se las sancione con penas o medidas de seguridad de carácter administrativo, una vez fijada la responsabilidad penal de sus representantes.

La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal rechazó el recurso de la Dirección General de Aduanas, confirmando la resolución de su inferior, remitiéndose a la doctrina sentada en Fallos 305:246, que establece la imposibilidad de aplicación de sanciones a las personas jurídicas en sede judicial por la comisión del delito de contrabando documentado en grado de tentativa —excepto que habiendo sido juzgado y condenado el socio gerente, se le apliquen a la empresa las penas o medidas de seguridad accesorias previstas en los artículos 876, 877 y 878—, y por la vigencia del principio *societas delinquere non potest*.

El procurador, además de lo expuesto supra, destacó que *«lo que resulta relevante en este mismo sentido, es que tampoco advierten los letrados apoderados de la querrela que la inteligencia asignada por el aquo a las normas federales no implica, tal como lo sugieren, que desaparezcan el delito y las penas previstas en el Código Aduanero para las personas jurídicas. Por el contrario, lo que se desprende de esa interpretación es que resulta factible sancionar al ente ideal, aunque ello se encuentra supeditado a que las personas físicas que actuaron en su representación, hayan sido juzgadas y condenadas en sede judicial por el delito que se*

les reprocha, atento el carácter accesorio de las penas para cuya aplicación también se faculta a la Aduana, conforme lo tiene establecido V.E. en los casos que se invocan en el fallo»

Zaffaroni, por su parte, expresa que *«el requerimiento de conducta humana como presupuesto sistemático para la construcción del concepto de delito responde a una mínima exigencia de racionalidad republicana dentro del método dogmático jurídico-penal y su definición se halla condicionada por los contenidos que surgen de ciertos postulados de jerarquía constitucional, entre los cuales se destaca el *nullum crimen sine conducta*»* (parágrafo 5)²².

Además, que *«las expresiones hecho del proceso y de la causa (art. 18 de la Constitución Nacional) y las acciones a que se refiere el art. 19 constitucional —que a contrario sensu, serían acciones públicas (o privadas con implicancia pública)— surge el principio de materialidad de la acción (*nulla injuria sine actione*) según el cual ningún daño, por grave que sea, puede estimarse penalmente relevante sino como efecto de una conducta»* (parágrafo 6).

Por lo tanto, *«la construcción del concepto jurídico penal de acción halla un límite concreto en ciertas coordenadas constitucionales en cuya virtud los delitos, como presupuestos de la pena, deben materializarse en conductas humanas, describibles exactamente en cuanto tales por la ley penal»* (parágrafo 7).

Sobre la capacidad de culpabilidad de una persona jurídica, señala que su carencia se erige como otra limitación para hacer viable la responsabilidad penal de aquellas, *«dado que no resulta factible la alternativa de exigir al ente ideal un comportamiento diferente al injusto —precisamente por su incapacidad de acción y de autodeterminación—, negando así la base misma del juicio de reproche»* (parágrafo 11).

Por ello, comparte el criterio del fallo apelado en cuanto a que la admisión de capacidad penal de una persona jurídica supone la derogación de los principios que rigen la acción, la imputabilidad, la culpabilidad y la pena.

Por último, luego de destacar que existe otra dificultad formal, cual es la inexistencia de reglas procesales que determinen el modo en que puede un ente ideal ser

22 Abonando el concepto de «racionalidad republicana» al que recurre el juez Zaffaroni, vale consignar la opinión de Winfried Hassemer sobre los problemas que amenazan el derecho penal conforme se lo conoce y la necesidad de que éste continúe manteniendo y configurando su tarea formalizadora del control social. A estos fines, enumera algunas condiciones esenciales, entre ellas que «se mantenga el principio de la imputación individual también en los casos más complejos, como sucede en aquellos en los que se encuentran involucradas grandes empresas» (en, «Persona, mundo y responsabilidad», Editorial Tirant lo Blanch alternativa, Valencia, 1999, página 37).

llevado a juicio, tan sólo admite la posibilidad de aplicar sanciones reparatoras de naturaleza administrativa.

La postura de Zaffaroni expresa, en definitiva, el criterio más difundido sobre el punto: la Constitución Nacional se erige como un valladar para el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

V. Sobre dimes y diretes

Con acierto se ha señalado que la delincuencia fiscal y económica es el campo por excelencia de disputa a los defensores y negadores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En materia aduanera se establecieron las primeras sanciones para los entes ideales en casos de contrabando, a partir del régimen establecido por la ley 11.281.

Lo concreto es que las leyes fijan criterios de imputación y sanciones a los entes, vaya el caso del Código Aduanero, las leyes fiscales, o la ley de lavado de dinero.

En cuanto al delito aduanero, se ha señalado que «la responsabilidad penal de las personas jurídicas... pareciera situarse en lo que Adán Nieto Martín denomina “vicariante” o “transferencia de imputación”... La persona jurídica responderá por el hecho del mandatario en la medida en que hubiera podido beneficiarse con el producido del contrabando y el mandatario hubiera actuado en su representación dentro del ámbito de su competencia, aún cuando internamente el mandato sea ineficaz. Tal extensión de la responsabilidad tiene fundamento en la teoría del órgano, adoptada por los arts. 19 y 58 de la Ley de Sociedades Comerciales, la cual, a diferencia de la teoría de la representación, no circunscribe la actividad del representante a los límites de los poderes correspondientes a éste, admitiendo la actividad ilícita de la persona jurídica»²³.

Por lo dicho, resaltando que este sistema rige en el Reino Unido, Francia y España, Vidal Albarracín afirma que «nuestro derecho aduanero responde al modelo de transferencia de imputación, en el que la culpabilidad de la persona física que actuó se traslada a la empresa. Dicho sistema se canaliza en el supuesto de responsabilidad previsto en el art. 886 del Código Aduanero por dos vertientes, según la jerarquía de sus autores. Por un lado, los representantes legales y,

administradores que ejercen poder de hecho y por el otro los subordinados cuando no han sido debidamente controlados por la organización debiéndolo hacer. En este último supuesto, si las circunstancias admiten un desconocimiento de la empresa (no intervención en el injusto), sería una responsabilidad solidaria no penal, contemplada en el art. 887 del citado cuerpo legal»²⁴.

Con relación al delito de lavado de dinero²⁵, en lo que aquí interesa, «el nuevo artículo 304 del Código Penal prevé para los delitos de lavado previstos en el artículo anterior realizados en nombre, con la intervención o en beneficio de una persona de existencia ideal, un grupo de sanciones que pueden imponerse conjunta o alternativamente; además de la multa de dos a diez veces el valor de los bienes objeto del delito, las personas jurídicas pueden sufrir sanciones consistentes en la suspensión total o parcial de sus actividades, hasta por diez años; la suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, hasta por diez años; la cancelación de la personería cuando hubiera sido creada para la comisión del delito o ésa constituya su principal actividad; la pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviera y publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a su costa»²⁶.

Los autores destacan que la nueva normativa regula los criterios de individualización de la pena aplicable a las sociedades, entre ellos «el incumplimiento de reglas y procedimientos internos o la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores o partícipes del ilícito de lavado ejecutado».

A su vez, críticamente destacan que «al referirse a la sanción de multa a la persona jurídica, la ley no ha distinguido según los delitos del artículo 303, de modo que puede darse la incongruencia de que al autor no sea posible imponerle multa alguna (por ejemplo, si ha cometido el delito de recepción con el fin de lavar los bienes, o si ha lavado bienes por no más de trescientos mil pesos —incisos 3 ó 4 del citado artículo— pero sea posible imponerle a la sociedad en cuyo nombre o beneficio la persona física actuó, o que intervino en el delito, una multa de dos a diez veces el valor de los bienes objeto de tales delitos»²⁷.

23 Vidal Albarracín, Héctor G. «Responsabilidad penal de las personas jurídicas. La cuestión en el derecho aduanero», *La Ley*, Suplemento Penal 2010, septiembre, 39.

24 *Ibidem*.

25 Ley 26.683.

26 Gil Lavedra, Ricardo-Sgro, Marcelo A. «El nuevo régimen legal de lavado de activos», en www.laleyonline.com.ar.

27 *Ibidem*.

Otro aspecto objetable es la ya mencionada inexistencia de mecanismo alguno, que regule el enjuiciamiento de la persona jurídica.

Para finalizar, un aspecto positivo es que «la nueva ley prescribe la inaplicabilidad de las penas de suspensión de las actividades y cancelación de la personería jurídica cuando fuera indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, exenciones de pena que se basan en criterios políticos de utilidad o conveniencia, análogos a otros con los que suelen justificarse las “excusas absolutorias” (como ocurre, por ejemplo, con la impunidad de los hurtos recíprocos entre ciertos parientes, que suele fundarse en la necesidad de resguardar la armonía familiar). Las razones de la exención parcial de penas que la ley prevé contemplan la necesidad de no provocar daños sociales de importancia, como el incremento de la desocupación o la disminución de la producción, el comercio o los servicios disponibles»²⁸.

VI. La vigencia del *societas delinquere non potest*, aún en los proyectos de reforma al Código Penal Argentino

Siguiendo lo expuesto, debe admitirse que el sistema jurídico Argentino es fiel al principio *societas delinquere non potest*, salvo algunas excepciones relativas destacadas precedentemente.

Este debate se trasladó al seno de la comisión de reforma integral del Código Penal, conformada entre otros por el profesor Baigún.

La propuesta, aún no considerada por el Congreso de la Nación, de modo tal que no ha superado el estadio de pre-proyecto de ley sin estado parlamentario, como se advertirá a continuación con las normas que se transcriben, preserva la vigencia del citado principio.

En el título XIII, titulado «De las sanciones a las personas jurídicas», se establece lo siguiente:

Art. 67. **Condiciones.** Cuando alguno de los intervinientes en un delito hubiere actuado en nombre, en representación, en interés o en beneficio, de una persona jurídica de carácter privado, podrán imponerse a esta última, sin perjuicio de las que correspondan a los autores y partícipes, las sanciones que se enumeran en el artículo siguiente. Cuando quien hubiera actuado careciera de atribuciones para obrar en nombre o representación de la persona jurídica, bastará que su gestión haya sido ratificada aunque fuera de manera tácita.

En todos los casos será condición para la imposición de sanciones a personas de existencia ideal que la enti-

dad haya tenido oportunidad de ejercitar su derecho de defensa en el transcurso del proceso.

Las sanciones a personas jurídicas podrán aplicarse aún en caso en que quienes hubieran actuado en su nombre, representación, interés o beneficio, no resultaran condenados, siempre que el delito se haya comprobado.

Cuando se trate de personas jurídicas que hagan oferta pública de sus acciones o de otros instrumentos negociables, las sanciones deberán ser aplicadas cuidando de no perjudicar a los accionistas o titulares de los títulos respectivos a quienes no quepa atribuir responsabilidad en el hecho delictivo. A ese fin deberá escucharse al síndico de la sociedad.

Cuando la persona jurídica se encuentre concursada las sanciones no podrán aplicarse en detrimento de los derechos y privilegios de los acreedores por causa o título anterior al hecho delictivo. A ese fin deberá escucharse al síndico del concurso.

En cuanto a las sanciones a las personas jurídicas, se propone lo siguiente:

Art. 68. **Sanciones.** Las sanciones para las personas jurídicas son las siguientes:

- a) multa, cuyo importe será fijado conforme la magnitud del daño causado y el patrimonio de la entidad, hasta un máximo equivalente al TREINTA Y TRES PORCIENTO (33%) del patrimonio neto de la entidad de conformidad con las normas de contabilidad aplicables;
- b) cancelación de la personería jurídica;
- c) suspensión, total o parcial de actividades que en ningún caso podrá exceder de TRES (3) años;
- d) clausura total o parcial del establecimiento que en ningún caso podrá exceder de TRES (3) años;
- e) pérdida o suspensión de beneficios estatales;
- f) publicación de la sentencia condenatoria a su costa;
- g) prestaciones obligatorias vinculadas con el daño producido;
- h) comiso;
- i) intervención judicial de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por un plazo que en ningún caso podrá exceder de TRES (3) años;
- j) auditoría periódica;
- k) suspensión del uso de patentes y marcas por un plazo de hasta TRES (3) años;
- l) suspensión de hasta TRES (3) años en los registros de proveedores del Estado.

Complementariamente, se incorpora la regla del actuar por otro o actuar en lugar de otro.

Art. 43. **Actuar en lugar de otro.** El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica, o como representante legal, o voluntario de otro u otros, o el que asumie-

28 Ibidem.

re funciones correspondientes al sujeto o entidad en cuyo nombre o beneficio actuare, responderá personalmente por el hecho punible aunque no concurren en él las calidades típicas para determinar la autoría, si tales características corresponden a la entidad o personas en cuyo nombre o representación obrare. Esta disposición se aplicará también a la persona que reviste la calidad de encargado de un establecimiento o empresa, o al responsable del cumplimiento de determinadas obligaciones de su titular y al que, sin actuar con mandato alguno, realiza el hecho en interés del titular. Lo dispuesto en este artículo será aplicable aún cuando el acto jurídico determinante de la representación o del mandato sea ineficaz²⁹.

De lo expuesto, se ratifica que tampoco el producido de la Comisión Redactora admite, sin más, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, más allá de las sanciones previstas, ni ha renunciado a la acción humana como presupuesto del delito.

En cuanto a la regla del «actuar en nombre de otro» ha sido introducido por primera vez en la legislación Argentina, no ya en una ley Nacional sino en el Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en 1998³⁰.

En la actualidad, el nuevo ordenamiento contravencional prevé en el artículo 14 que: «El/la que actúa en representación o en lugar de otro/a responde personalmente por la contravención aunque no concurren en él y sí en el otro las calidades exigidas por la figura para ser sujeto activo de la contravención».

Por su parte, el Código Penal Argentino no contempla una norma similar.

Cabe aclarar que por el régimen federal, es atribución del Congreso de la Nación el dictado de normas de fondo codificadas, entre ellas las penales, que son aplicadas por los tribunales federales y locales sin alterar sus respectivas jurisdicciones; en tanto que las disposiciones contravencionales son reguladas por cada provincia y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y aplicadas por sus tribunales en cada jurisdicción.

Volviendo a la regla, ésta opera como una *cláusula de transferencia*, permitiendo la imputación a título

de autoría a *sujetos extranei*, en quienes no concurren aquellos elementos objetivos de autoría exigidos por el tipo, pero que se les «transfieren» por ostentar una posición de dominio sobre el hecho, considerándolos como si fueran *intranei*.

La ausencia de esta norma general determinaría, o bien la conversión de la figura típica en común al admitir otros autores que carezcan de las condiciones especiales que requiere³¹, o bien la falta de castigo de las personas físicas, aún la del administrador de la persona jurídica, por sus acciones contravencionales.

Esta solución posibilita, a su vez, responder punitivamente a las conductas desplegada en nombre de o en beneficio de una persona jurídica, por tanto se vincula, fundamental aunque no excluyentemente³², con la problemática de la responsabilidad penal de los órganos, directivos o representantes de las personas jurídicas, que en diferentes ordenamientos penales encontró esta solución³³.

Cuando el sujeto «idóneo» para ser estimado autor (el *intraneus*: la persona jurídica) no cometió alguno penalmente relevante, mientras que quien sí lo realizó carece de la condición de autor, sólo en la medida que exista esta «cláusula de transferencia» deberá responder por su hacer.

La redacción del derogado artículo 27 y la del actual artículo 14, guarda correspondencia con el art. 15 bis o el actualmente vigente art. 31 del Código Penal Español.

Complementariamente, el artículo 13 atribuye responsabilidad a la propia persona de existencia ideal al establecer que «Cuando una contravención se comete en ocasión del desarrollo de actividades realizadas en nombre, al amparo o beneficio de una persona de existencia ideal, esta es pasible de las sanciones que establece este Código cuya aplicación fuere procedente, sin perjuicio de la responsabilidad de los autores/as materiales».

La norma amplía el alcance punitivo, ya que posibilita la aplicación de sanciones de naturaleza penal a

29 Sobre el instituto del actuar en nombre de otro, en el Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ver Vázquez, Marcelo Pablo, *ob. cit.*, nota al pie 20.

30 Ley 10, BOCBA N° 405/98 del 15/03/1998 (sustituida por la Ley 1472, BOCBA N° 2055 del 28/10/2004).

31 Silva Sánchez señala que el Tribunal Supremo Español no tuvo mayores reparos en apelar a este método para evitar lagunas de punibilidad, sancionando a quienes «dispusieran del dominio sobre el ámbito en que se produce la lesión del bien jurídico», aunque al propio tiempo limitaba el círculo de sujetos a quienes imputarle el delito a los directivos, órganos o representantes de la persona jurídica. (*Ob. cit.* Con cita de la crítica efectuada por Gracia Martín a dicha postura jurisprudencial). Cabe adherirse a la crítica formulada, ya que tal solución afecta indudablemente el principio de legalidad.

32 Silva Sánchez, *ob. cit.*

33 Por ejemplo, España —art. 31—; Alemania —StGB § 14—.

las empresas o personas de existencia ideal, cuando la conducta humana desplegada provoque un beneficio a su favor, y hayan sido desarrolladas en su nombre o a su amparo, aún cuando el tipo contravencional no establezca ningún requisito especial para ser autor.

Aún así, mantiene como objeto exclusivo de las normas penales a las conductas humanas³⁴.

Volviendo a los criterios respecto de la regla del actuar por otro, vale consignar que otro sector de la doctrina³⁵, considera que la solución adoptada por el legislador no guarda estricta relación o nada tiene que ver con tal cuestión, aunque su aplicación mayoritaria se encuentra en torno de aquellas cuando se superpone con la problemática de los delitos especiales, ya que en el Derecho penal de la empresa es usual encontrar obligaciones específicas o deberes especiales del titular de la acción.

Finalmente, una posición intermedia es la que señala que si bien la previsión no se pronuncia sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al solucionar las lagunas derivadas de su irresponsabilidad, «la presupone»³⁶.

VII. El debate en la Cámara Nacional de Casación Penal

La incidencia del precedente «Fly Machine S.R.L.» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación analizado en el apartado II, ha sido materia de debate por los integrantes de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, en la causa 10.552 caratulada «Sutis SA s/ recurso de casación» el 24 de setiembre de 2009³⁷.

Uno de los integrantes del tribunal, el juez Eduardo Riggi, afirma que conforme lo desarrollara en el voto emitido en la causa caratulada «Peugeot Citroën Argentina S.A. s/ rec. de casación» (reg. 715, del 16/11/01) «nuestra legislación positiva en determinados casos y el régimen aduanero en particular han adoptado firmemente la postura de adjudicar responsabilidad penal a las personas jurídicas por los delitos que sus representantes, mandatarios, directores o demás personas con capacidad para obligarlas hubiesen cometido actuando en cuanto tales; y que la jurisprudencia que en consecuencia de los postulados legales ha emanado de

los distintos tribunales de justicia en sus sucesivas integraciones en modo alguno ha cuestionado la validez o la adecuación constitucional de la solución establecida por el legislador».

Adhiere entonces al criterio que afirma que en el sistema jurídico penal argentino, las personas jurídicas son pasibles de ser sancionadas penalmente.

Finalmente, concluye que «la conceptualización que expusieramos en esa ocasión, producto de un detenido análisis de la doctrina y legislación —tanto nacional como extranjera—, así como también de la jurisprudencia imperante en nuestro medio jurídico sobre el particular, en nada se ve conmovida por el reciente pronunciamiento dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re «Fly Machine», desde que el voto mayoritario se limitó a rechazar, por falta de fundamentación suficiente, el recurso extraordinario deducido contra la sentencia de la Sala I de esta Cámara, que declarara la incapacidad penal de las personas jurídicas, sin expedirse (como sí lo hizo la minoría) sobre el fondo de la cuestión».

Por su parte, la jueza Liliana Catucci, —quien, cabe aclarar, se pronunció como miembro de la Sala I de la Cámara de Casación Penal en el fallo «Fly Machine» recurrido ante la Corte Suprema—, expresó que «esta circunstancia de ningún modo debe confundirse con el juzgamiento en sede penal de un ente ideal por la presunta comisión de un contrabando, toda vez que la pena principal prevista para ese delito no puede ser impuesta a una sociedad sino a sus miembros que son las personas físicas a ella vinculada. Y la aplicación a la persona jurídica de las accesorias ut supra mencionadas son la consecuencia del obrar ilícito de sus representantes, y aún siendo impuestas en sede penal —según las pautas establecidas en el art. 876 del C.A.—, no pierden por ello su naturaleza meramente administrativa».

Concluye entonces que «el criterio aquí apuntado, referente en definitiva a la irresponsabilidad penal de la persona jurídica no obstante la doble jurisdicción (confer. Edwards, Carlos Enrique, “Régimen penal y procesal penal aduanero”, Ed. Astrea, Bs. As., 1995), es el que ha receptado la doctrina antes citada, en la que se enrola esta Sala. En igual sentido puede verse lo sostenido por

34 Welzel, Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile. «El objeto de las normas penales es la conducta humana, esto es, la actividad o pasividad corporal del hombre sometida a la capacidad de dirección final de la voluntad». En idéntico sentido, Maurach-Zip-Gössel, ob. cit., señalan que «sólo las acciones humanas pueden constituir la base de la responsabilidad penal».

35 Bacigalupo, Enrique; Bacigalupo, Silvina; Silva Sanchez, Jesús-María; Terradillos Basoco, Juan; etc.

36 Terradillos Basoco, ob. cit..

37 CNCP, Sala III, REGISTRO NRO. 1327/09.

esta Cámara in re: “Villalba, Jorge Edgardo y otros s/ recurso de casación”, Sala IV, Causa n 3319, Registro n.º 4802, resuelta el 14 de abril de 2003»).

El mismo debate lo sostuvo el juez Riggi, en la ya citada causa «Peugeot Citroën Argentina S.A.»³⁸, con el juez Mitchell.

El primero afirmó que «Así como el ordenamiento jurídico reconoce a las personas jurídicas 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 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, como 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».

En opuesto, Mitchell consideró que «La persona jurídica no tiene capacidad para cometer delitos ni puede ser procesada ni condenada penalmente. Mi posición personal es coincidente con las expuestas por Vélez Sársfield, Soler y Jiménez de Asúa en nuestro país y por Claus Roxin y Santiago Mir Puig y el Superior Tribunal Español, entre otros, en el extranjero, siendo del caso acotar que, en conferencia pronunciada en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, el 6/6/01, sobre el tema ¿punibilidad de las personas jurídicas?, Günter Jakobs se sumó a esta tesis. Asimismo advierto que, en tanto los argumentos de esta parte de la doctrina se basan en consideraciones de orden estrictamente científico, la opuesta se funda principalmente en razones prácticas, de defensa del estado y de política criminal. Tal vez, lo mejor sería que se dictase una norma como el art. 31 del Código Penal Español, que, sin violentar los principios de la teoría del delito y del derecho penal liberal, evite la impunidad de los hechos cometidos a través de las personas de existencia ideal».

Como se advierte, la vigencia del principio *societas delinquere non potest* en el sistema jurídico argentino es una cuestión debatida por la doctrina y la jurisprudencia, sin que los sostenedores del criterio opuesta encuentren en el derecho positivo más que esbozos de una respuesta a la criminalidad de empresa que lejos está de ostentar eficacia.

VIII. La influencia supranacional en Latinoamérica

Un último aspecto a considerar, sobre la base de la experiencia europea y de la constitución en nuestro continente de un mercado común (MERCOSUR).

Recordemos que el derecho económico se desarrolló al compás de la globalización de las relaciones comerciales, y el avance del derecho comunitario.

El sentido filosófico del concepto de soberanía ha ido cediendo al mismo tiempo que ha avanzado el proceso de constitucionalización internacional, a partir de la Carta de Naciones Unidas de 1945 y con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948³⁹, derivando en una crisis de la soberanía que se refleja en la influencia del derecho comunitario en el derecho interno de los Estados. El derecho penal no es un ámbito ajeno a este proceso, por el contrario, se advierte prístina la pretensión de una unificación de las políticas criminales para ofrecer una respuesta punitiva global más o menos unívoca. Ello a través de dos vías, el forzamiento a la aprobación de leyes que contemplen presupuestos y consecuencias equivalentes, y la influencia de los precedentes jurisprudenciales de los tribunales internacionales en lo referente a la interpretación de los tratados de derechos humanos.

Esto no es ni bueno ni malo, en todo caso, se verá en sus resultados. Como destaca Ferrajoli respecto del nuevo derecho internacional, nos vemos obligados como dato de la realidad a aceptar «que sus principios son vinculantes y que su diseño normativo ofrece una perspectiva alternativa frente a lo que de hecho ocurre; hacerlos valer como claves de interpretación y como fuentes de crítica y de deslegitimación de lo existente; proyectar, en fin, las formas institucionales, las garantías jurídicas y las estrategias políticas necesarias para su realización»⁴⁰.

38 Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, causa n° 2984, «Peugeot Citroën Argentina S.A. s/recurso de casación», resuelta el 16/11/01. Registro n° 715.01.3.

39 Ferrajoli, Luigi «Derechos y Garantías. La ley del más débil», Editorial Trotta, 1999, página 126.

40 Ferrajoli, ob. cit., página 148.

Si el paradigma del viejo Estado soberano se muestra inadecuado y obsoleto, y aflora una comunidad mundial sometida al derecho como la pensada por de Vitoria, Kant o Kelsen, tenemos que aceptar esta injerencia de las comunidades constituidas. Basta para ello, observar el proceso de unificación de las monedas en Europa que derivó en la entronización del Euro, y las imposiciones a las que se ve sometida hoy día Grecia para su ordenamiento económico, con recetas determinadas por otros Estados Europeos y organismos internacionales.

En mi opinión, este es un camino peligroso dado que adopta una nueva forma de «colonización», en tanto el denominado «salvataje económico» incluye el bloqueo de sus cuentas y la instalación de un comisariato de la Comunidad Europea en suelo griego para fiscalizar el cumplimiento de los ajustes impuestos por los líderes de los restantes países que componen la Comunidad económica Europea. Con acierto se habla de la primera «colonia financiera» de Europa⁴¹.

Otro ejemplo más cercano, es la reciente aprobación de la ley 26.734 conocida como ley «antiterrorista», que introduce reformas en el Código Penal, y que recibiera severas críticas tanto por su vaguedad cuanto por haber sido impuesta por un organismo internacional, el Grupo de Acción Financiera (GAFI). Al punto que el propio ministro de la CSJN, Eugenio Zaffaroni, sostuvo que «el GAFI es un organismo que se toma atribuciones que no tiene y extorsiona a nuestro país. Su objetivo no es evitar el lavado ni prevenir el terrorismo, sino controlar todo el movimiento financiero»⁴².

Con brillante poder de síntesis, el cineasta franco-griego Constantino Costa Gavras, expresó su repudio afirmando que «Este día quedará en la historia de la construcción europea como el momento en que Europa se opuso a la democracia».

En definitiva, volviendo a los tratados, la tensión se traslada, a su vez, a la letra de las cartas constitucionales de los Estados y a los compromisos internacionales por ellos asumidos.

Sin llegar a los extremos de influencia citados, cierto es que la Argentina ha asumido compromisos internacionales de lucha contra determinadas formas de criminalidad económica, lo que en modo alguno implica aceptar la implementación de una política criminal común al respecto. Así ocurre, respecto de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (ley 24.072), la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (ley 25.632), la Convención contra la Corrupción (ley 26.097), la Convención interamericana contra la corrupción (ley 24.759), la Convención interamericana contra el Terrorismo (ley 26.023) y la Convención de Naciones Unidas contra la financiación del terrorismo (ley 26.024)⁴³.

En lo que respecta al tema objeto de este trabajo, la eventual aprobación del «Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur», mediante una ley del Congreso de la Nación que lo incorpore al derecho interno en cumplimiento de las previsiones del artículo 74 inciso 24 de la Constitución Nacional, implicaría una colisión entre el reconocimiento de responsabilidad penal de los entes ideales prevista en aquel con las disposiciones constitucionales que consagran los principios de materialidad de la acción, de imputabilidad, de culpabilidad y de personalidad de las penas⁴⁴.

Básicamente, en pos de garantizar la competencia, el protocolo se aplica a todas aquellas personas físicas y jurídicas de derecho público o privado que produzcan efectos sobre la competencia en el ámbito del Mercosur y afecten el comercio entre los Estados partes⁴⁵, y configura como una infracción al protocolo, los actos que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de posición dominante en el mercado relevante de bienes o servicios en el ámbito del Mercosur y que afecten el comercio entre los Estados partes⁴⁶.

Cesano distingue las disposiciones constitucionales de la República Federativa del Brasil y Argentina, concluyendo que la construcción de una responsabilidad

41 <http://www.lanacion.com.ar/1450564-grecia-la-primera-colonia-financiera-de-la-zona-euro>.

42 http://noticias.latam.msn.com/ar/internacional/articulo_upi.aspx?cp-documentid=31829916.

43 Borinsky, Mariano «Tráfico de dinero en efectivo. Regulación legal, análisis doctrinario y jurisprudencial actualizado», en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Número 11, Noviembre 2011, Editorial AbeledoPerrot, página 1914.

44 Cesano, José Daniel «La responsabilidad penal de la persona jurídica y el derecho comunitario: un caso de tensión constitucional (a propósito de los artículos 2º y 41 del Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR)», publicado por el Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico - www.ciidpe.com.ar.

45 Artículo 2 del Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur, suscripto en Fortaleza, Brasil, el 16 de diciembre de 1996.

46 *Ibidem*, artículo 4.

penal a partir de las disposiciones del citado instrumento internacional no encuentra obstáculo ni tensión alguna en el primero de ellos, ya que su carta magna la establece expresamente en los artículos 173 incisos 1 y 4, y 225 inciso 3. Por el contrario, nuestra Constitución no la admite conforme la postura ya expresada supra, resumida en el voto del juez Zaffaroni ya citado⁴⁷. En consecuencia, la incorporación del tratado de integración al derecho interno Argentino, no sería factible según el criterio del autor.

IX. Conclusiones

Llegada esta instancia, pareciera que volvemos al punto de partida.

Existe una realidad innegable: el mundo ha cambiado. Las relaciones comerciales, las nuevas tecnologías, la era de la comunicación y la criminalidad organizada barrió con las fronteras, convirtiendo en parciales e

inefectivas las respuestas públicas a las complejidades que esta nueva realidad plantea.

La consideración por parte del derecho penal de la interacción de los entes ideales además de las personas físicas, especialmente en casos donde indudablemente la infracción y el daño cierto a determinados bienes jurídicos proviene de aquellos (por ejemplo, medioambiente, el mercado de capitales, el trabajo, etcétera), no puede ni debe ser postergada.

Comparto la opinión de Terradillos Basoco en que es más grave la pasividad del Estado frente a esta realidad, que las supuestas consecuencias negativas de una expansión del derecho penal.

Asumiendo este presente, urge centrar el debate en la definición de dar una respuesta efectiva al flagelo de la criminalidad de empresa, renunciando a la pretensión imposible de aplicar para un supuesto no previsto por el derecho penal tradicional.

47 Cesano, ob. cit.