

La responsabilidad penal de las personas jurídicas

—Aspectos procesales, a propósito de la Ley 27.401—

Carolina Prado*

Resumen: Frente a la histórica controversia doctrinaria en relación con la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, se verifica una tendencia, en las últimas décadas, a admitir su imputación en distintos ordenamientos jurídicos nacionales en Europa y América. Argentina no ha sido ajena a ella, y paulatinamente fue inscribiéndose en un proceso de transformación en tal dirección. Este trabajo expone los cambios que, precedidos por una serie de antecedentes en la materia a nivel normativo y jurisprudencial, cristalizaron en la reciente sanción de la Ley 27.401, que consagra la responsabilidad penal empresarial por la comisión de delitos de corrupción y soborno internacional. En particular, da cuenta de las implicancias procesales de la cuestión.

Palabras claves: Persona jurídica. Responsabilidad penal. Jurisprudencia. Proceso penal. Ley 27.401.

1. Antecedentes históricos

La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha atraído la atención del derecho penal moderno desde que, en los últimos tiempos, un gran número de países ha incluido en sus sistemas normativos determinadas cláusulas que establecen sanciones a las personas jurídicas. A afirmar esta tendencia han contribuido tanto la legislación comunitaria europea como las recomendaciones del Consejo de Europa, al conseguir que sus Estados miembros incorporasen, de distintas formas, disposiciones legales que habilitan la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, con la consiguiente imposición de penas.

Sin embargo, más allá del cambio evidenciado a nivel legislativo, el tema continúa propiciando controversias en doctrina. Desde distintas posiciones teóricas, con fundamentos a favor y en contra, se ha discutido durante mucho tiempo sobre la posibilidad material de las personas jurídicas de cometer delitos, su capacidad de culpabilidad, aspectos relativos a la finalidad y utilidad de la pena en estos casos, así como la justificación misma de la imputación penal a los entes ideales, desde que existe la posibilidad de aplicar penas a las personas físicas que intervinieron en el hecho e incluso de imponer sanciones administrativas a las empresas.

Así, la política criminal y la doctrina penal se hallan en tensión en el tema de la atribución o no de responsabilidad penal a las personas jurídicas: desde el punto de vista político-criminal, es clara la necesidad de extender el campo de acción del derecho penal hacia las empresas, solución que colisiona con algunos conceptos tradicionales de la te-

* Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona, España; Máster Europeo en Sistema Penal y Problemas Sociales y Diploma de Estudios Avanzados por esa misma Universidad. Profesora de Derecho Penal I de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Profesora de la Especialización en Derecho Penal Económico de la Universidad Blas Pascal. Miembro y Secretaria del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Funcionaria del Poder Judicial de la Nación.

oría del delito, principalmente con los de acción y culpabilidad, así como con reparos de índole constitucional, como el principio de personalidad de las penas¹.

Ahora bien, la posibilidad de imponer sanciones a las sociedades no es una novedad. Remontándose lejos en el tiempo, pueden hallarse antecedentes en la Edad Media y Moderna. Sin embargo, para legislaciones como la nuestra, tributarias del derecho continental europeo, la impronta del pensamiento de Feuerbach y de Savigny — inspirados en el derecho romano— fue tan fuerte que la máxima *la sociedad no puede delinquir* fue la regla desde finales del siglo dieciocho². Como criterio imperante en toda la Europa continental, se consideró a las personas jurídicas como una ficción legal, postulándose así que, en el juicio penal, debía correrse el velo societario, a fin de identificar a aquellas personas físicas que habían cometido los delitos valiéndose de la estructura societaria.

En opuesto sentido, se enrolan aquellos países cuyos sistemas jurídicos han recibido la influencia del derecho anglosajón (Inglaterra, Canadá, Australia y los Estados Unidos), partidario de la responsabilidad penal de las sociedades. La doctrina ha considerado que razones pragmáticas y de política criminal hicieron que el mundo anglosajón contemplara, desde mediados del siglo diecinueve y en forma paulatina, la responsabilidad penal de las empresas. Dicho cambio se evidenció, primero, en orden a los delitos imprudentes y de omisión, para finalmente hacerse extensivo a toda infracción, con especial aplicación —en la práctica— para la delincuencia de los negocios.

Ahora bien, más allá de tales tendencias, un importante giro comenzó a imperar en los últimos años del siglo veinte también entre los cultores del derecho continental europeo y, así, el principio penal según el cual las empresas no pueden delinquir dejó de gozar de una vigencia generalizada. Este fenómeno jurídico llevó a que una decena de países saltaran por sobre los obstáculos dogmáticos propios de aquella vertiente del derecho, para receptor en sus sistemas jurídicos la responsabilidad penal de las personas jurídicas³.

En relación con este proceso, es preciso referir que el sistema empleado por las diversas legislaciones nacionales para sancionar a las personas jurídicas ha sido variado: en muchos casos no se ha tratado de la previsión legal de sanciones penales propiamente dichas, sino de sanciones de corte económico o de índole administrativa.

¹ Jesús-María Silva Sánchez alerta precisamente sobre estas posiciones encontradas. Señala al respecto que, por un lado, la teoría tradicional del delito —construida sobre la base de la conducta de un agente individual— hace surgir obstáculos cuando se trata de aplicar sus principios a la actuación de personas jurídicas; mientras que, por otro, la necesidad político—criminal de imponer consecuencias jurídico—penales a las personas jurídicas se basa en tres grandes líneas argumentales: a) que no siempre es posible sancionar penalmente a personas físicas (administradores, directivos, representantes) por los delitos cometidos en el marco de la actividad empresarial de la persona jurídica; b) que incluso en los casos en que tal sanción sea posible, constituiría una respuesta insuficiente para la criminalidad económica organizada; y c) que alternativas orientadas a responsabilizar a la propia persona jurídica al margen del Derecho y del proceso penal (en concreto, las sanciones u otras medidas administrativas) no son adecuadas para la mayor parte de la criminalidad que se genera en la actividad de la empresa (que, de modo no infrecuente, aparece vinculada a la criminalidad organizada) (SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA; *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2016).

² Autores como Dalmacio Vélez Sársfield, Francesco Carrara, Karl Binding, Luis Jiménez de Asúa, Sebastián Soler y Ricardo Núñez, entre otros muchos, se enrolaron en su momento en esta tesis. Por su parte, la línea contraria que en nuestro país abrió camino a la posibilidad de imponer sanciones penales a las personas jurídicas data de la década de 1940 y estuvo liderada por Enrique Aftalión y Julio Cueto Rúa.

³ Así ocurrió en Holanda en 1976, luego en Portugal, en 1983, Noruega, en 1992, y Francia, en 1994. A dichos países les siguió Finlandia, en 1995, Bélgica, en 1999, e Italia en el 2001. Ya en el siglo veintiuno, se sumó Dinamarca, en 2002, Austria, en 2006, Hungría, en 2004, España, en 2010 y República Checa, en 2011.

2. El caso de Argentina

Es sabido que el derecho penal argentino, influenciado en el derecho continental europeo, rechazó tradicionalmente el concepto de la capacidad de las personas jurídicas para delinquir. La posición histórica y mayoritaria de la doctrina ha sido la de negar responsabilidad penal a los entes ideales, sobre la base tanto en los postulados de la dogmática penal tradicional cuanto en el derecho constitucional vigente.

Ahora bien, sin perjuicio de la polémica que el tema ha supuesto en doctrina, lo cierto es que la legislación nacional ha sido más pacífica y, de manera gradual, ha venido estableciendo sanciones a las personas jurídicas en el marco de normas penales.

En efecto, normativamente la responsabilidad de las personas jurídicas ha sido una realidad en nuestro derecho positivo, desde que existen disposiciones legales que prevén sanciones o responsabilidades para aplicar a dichos entes, ya desde el siglo diecinueve. Tal es el caso de la Ordenanza de Ley de Aduanas aprobada por Ley 810 (1876), cuyo artículo 1027 consagraba la responsabilidad de los comerciantes por hechos de sus dependientes cuando se tratase de operaciones con la Aduana, y el artículo 1028, que establecía la posibilidad de imponer pena de multa a las personas jurídicas. Tras sucesivas recopilaciones en materia penal aduanera, puede afirmarse que el actual Código Aduanero constituye el mejor exponente de responsabilidad penal de los entes jurídicos. A modo ilustrativo, entre las numerosas normas que establecen sanciones y/o responsabilidad penal de las personas jurídicas pueden citarse las leyes: 11.683; 12.906, en la ley de represión de los monopolios; 14.878, de Vinos; Ley de Fondos Comunes de inversión, 15.885; 20.680, de Abastecimiento; 22.338, Régimen Penal Cambiario; 22.262, Ley de Defensa de la Competencia; 23.771, Ley Penal Tributaria y 24769, 24.192, Ley de Prevención y Represión de violencia en Espectáculos Deportivos, entre otras normas.

Más recientemente, destacan los siguientes aportes legislativos sobre el tema: Ley 26.683, nueva legislación sobre lavado de activos, que incorporó de modo irrespetuoso de la estructura del Código Penal de Tejedor un artículo nuevo (304), que dispone una serie de sanciones penales para la persona de existencia ideal. Lo novedoso, en este caso, es que este tipo de sanciones fue introducido, por primera vez, dentro del articulado del Código Penal, lo que dio lugar a numerosas opiniones doctrinarias tendientes a establecer su naturaleza jurídica⁴. Asimismo, la reforma de Ley 26.733 al artículo 313 del Código Penal y, por último, con un texto casi idéntico al del artículo 304 del Código Penal, con la reforma de la ley 26.735 (2011), el legislador incorporó el segundo párrafo del artículo 14 de la Ley Penal Tributaria, habilitando para los delitos comprendidos en ella la aplicación de sanciones a las personas jurídicas.

En ese contexto, mediante la Ley 27.401, publicada en Boletín Oficial con fecha 01.12.2017, Argentina ha dejado instaurado un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas privadas —sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal— por la comisión de actos de corrupción, puntualmente por delitos de cohecho y tráfico de influencias nacional y transnacional, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados y balance e informes falsos.

Hay que decir que con la sanción de esta ley —fruto de un arduo debate tanto en el ámbito del Poder Ejecutivo cuanto en el seno del Congreso de la Nación— se procura ajustar nuestro sistema jurídico a los estándares internacionales, en un contexto en el

⁴ Lamentablemente, las discusiones se dieron con posterioridad a la sanción de la ley y no durante el trámite legislativo.

que la lucha contra la corrupción ha sido planteada como uno de los ejes fundamentales de afianzamiento de la administración nacional⁵.

Dicha norma establece, por su parte, el cumplimiento —no obligatorio— de una serie de políticas y procedimientos internos tendientes a prevenir, detectar, corregir y eventualmente auto-denunciar la comisión de los delitos contra la administración pública que comprende, así como el soborno transnacional.

Esta novedosa legislación, que consagra en forma expresa la responsabilidad penal empresarial por delitos de corrupción y soborno transnacional, obliga a dar cuenta del tratamiento que la jurisprudencia nacional ha dado hasta el presente a la responsabilidad de las personas jurídicas. En especial, porque la regulación argentina en la materia se ha caracterizado, según lo visto, por ser asistemática, al establecer dicha responsabilidad en diversas leyes especiales, con previsión de verdaderas sanciones de naturaleza variada y discutida, pero sin correlato en la parte general del Código Penal.

Frente a dicho cuadro de situación, los tribunales del país han acompañado el proceso, reconociendo en sus pronunciamientos la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas en aquellos casos de previsión expresa o tácita en leyes especiales.

Según es sabido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido puntualmente la posibilidad de imputar responsabilidad penal a las personas de existencia ideal y su jurisprudencia ha sido uniforme, primero en materia de infracciones aduaneras y contravenciones a las leyes fiscales y, más tarde, en materia de delitos.

El primer fallo en el que sentó la doctrina fue en un caso de derecho aduanero, autos “Entre Ríos, Extracto de Carne Ltda. s/ Defraudación de derecho de aduana”, del 7 de diciembre de 1894. Al efecto, aceptó la responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre la base de los artículos 1027 y 1028 de la Ordenanza de Ley de Aduanas, aprobada por Ley 810 (1876), que —según lo visto—consagraban la responsabilidad de los comerciantes por hechos de sus dependientes en operaciones con Aduana y fijaba pena de multa a las personas jurídicas, respectivamente.

Dicha línea se mantuvo constante en la jurisprudencia de la Corte Federal [CS—Fallos, 52:371; 99:213; 99:317; 126:163; 135:197; 184:162; 185:188; 201:378 y 428; 216:397, entre otros], hasta el pronunciamiento “Fly Machine SRL s/ recurso extraordinario” (CSJN, 30.05.2006), en el que el ex ministro Raúl E. Zaffaroni se apartó del fallo en sentido formal y se pronunció sobre la cuestión, en una causa que investigaba el delito de tentativa de contrabando y en la que, tanto en primera como en segunda instancia, se había declarado la nulidad del requerimiento de elevación a juicio del fiscal y de la querrela (Dirección General de Aduanas) y de todos los actos procesales que incluyeran a la empresa mencionada como imputada. Allí, Zaffaroni descartó —en un consistente voto— la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por considerar que la capaci-

⁵ Adviértase, a propósito de ello, que Argentina solicitó en abril de 2017 su ingreso a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), organismo internacional fundado en 1961 que actualmente integran 35 países miembros, cuya misión es promover las mejores prácticas para impulsar el bienestar económico y social de los distintos países del mundo. Argentina participa hoy de diversos comités y grupos de trabajo de esta organización internacional, entre los que destacan Comercio y Agricultura, Ciencia y Tecnología, Inversiones, Competencia, Estadísticas, Gobernabilidad Corporativa, Asuntos Fiscales y Anticorrupción, entre otros. Al objeto de reafirmar su voluntad de acceder a un nuevo status en la organización, nuestro país presentó el “Plan de Acción Argentina & OCDE 2016-2017”, documento que desarrolla un programa de políticas públicas tendientes a implementar reformas claves en áreas de interés como políticas económicas, estadísticas, competencia, inversión, gobernanza pública y modernización del Estado, federalismo, desarrollo regional y gobernanza multinivel, lucha contra la corrupción, educación y competencias, y economía digital.

dad penal de una sociedad implica la derogación de los principios que rigen la acción, la imputabilidad, la culpabilidad y la pena⁶.

Por otra parte, a nivel de Tribunal casatorio, se observa una interpretación favorable a la admisión de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por citar un precedente, hay que decir que un rico análisis del tema se aprecia en la sentencia dictada el 16.11.2001 por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, en autos “Peugeot Citroën Argentina S.A. S/ Recurso de Casación” (Reg. 715/01), en la que se hace una profusa revisión de los antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales.

Sin embargo, no puede soslayarse un precedente más cercano en el tiempo, en el que —en sentido contrario— la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, negó la posibilidad de juzgar y penar a las personas jurídicas. Concretamente, en un proceso de contrabando y frente a la nulidad del requerimiento de elevación a juicio deducido contra una sociedad por un tribunal oral, consideró que *“las personas jurídicas no tienen capacidad de acción para cometer delitos, pues la conducta jurídico-penal debe ser evaluada desde un punto de vista psicológico y no normativo, de lo que surge que el delito es una manifestación humana que puede ser atribuida sólo a una persona física y que, por tanto, sólo éstas pueden ser juzgadas en sede penal”*⁷.

En cuanto a la jurisprudencia del fuero en lo Penal Económico, este Tribunal ha considerado, por su parte, que no cabe negar responsabilidad a las personas morales, en los casos de previsión en tal sentido por leyes especiales⁸.

Conviene citar también el precedente de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala B, correspondiente al incidente “Cuerpo de Fotocopias en autos Región Aduanera Córdoba s/ Denuncia Contrabando” - Expte. N° 5-R-01) en Indumed SRL, del 17.05.2002, en el que —tras un meduloso análisis de la recepción normativa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas— el voto del Juez Luis Roberto Rueda aceptó la constitución de la Aduana como querellante contra una empresa imputada de contrabando.

De tal modo, se observa que nuestra legislación ha optado, en ocasiones, por adjudicar responsabilidad penal a las personas jurídicas por ilícitos cometidos por sus representantes, mandatarios, directores o demás personas con capacidad para obligarlas, en cuanto tales. Por su parte —y más allá de la polémica que el tema ha supuesto a nivel doctrinario— la jurisprudencia emanada de los distintos tribunales de justicia, en sus

⁶ Tal ha sido, por su parte, la posición asumida por Raúl E. Zaffaroni en doctrina, al postular que las personas jurídicas no tienen capacidad de conducta porque la voluntad de la acción no puede concebirse respecto de ellas, lo cual —aclara— no las incapacita para realizar actos civiles válidos en función de admitir la ficción, que no debe aceptarse en materia penal. Considera que el debate en torno de la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas carece de relevancia, habida cuenta de que su incapacidad no implica que no puedan ser sancionados los directivos por sus delitos cometidos en el desempeño de sus cargos, y en razón de que no hay inconveniente en aplicar sanciones administrativas a los entes ideales. En orden a las leyes que sancionan a las personas jurídicas, ha sostenido que tales sanciones no son penas ni medidas de seguridad, sino que tienen una naturaleza administrativa, aunque las aplique un juez penal (ZAFFARONI, R. EUGENIO/ALAGIA, ALEJANDRO/SLOKAR, ALEJANDRO; *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000).

⁷ CNCP, JPBA, 124-207-416. En dicho fallo, se cita como doctrina a favor la postulada ese mismo año por la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, en autos “Villalba, Jorge”, causa 3319, resolución de fecha 14.4.2003).

⁸ CNPE, fallo N° 487, Sala III, 15.12.1967, autos “Fuhrman SAF y C. Lda s/ Contrabando”, así como en otros muchos de décadas posteriores, por ejemplo “Asociación de Cooperativas Argentinas”, reg. 251/84; Sala III; rta. 15.10.84; “Loussinian, Eduardo y otra”, Sala I, rta. 6.9.87; “Walkin, Miguel Angel”, reg. 393/89, Sala I, rta. 31.10.89; “Comaltex Comercial Algodonera Textil y otros”, Sala B, reg. 88/96, etc.).

sucesivas integraciones, en modo alguno ha cuestionado la validez o la adecuación constitucional de la solución establecida por el legislador.

Ciertamente que la Ley 27.401 supone un punto de inflexión en la materia, al consagrar —en forma expresa— la responsabilidad penal, de manera independiente, de personas jurídicas privadas, por la comisión de delitos de corrupción y soborno transnacional.

3. Implicancias de orden procesal

Según ha sido mencionado, nuestro sistema jurídico da cuenta de una falta de sistematización en materia de imputación penal empresarial, que se evidencia tanto en una inadecuación de la Parte General del Código Penal —por carencia de normas que la reciben—, cuanto en una multiplicidad de leyes diversas que contemplan sanciones por la comisión de delitos. A ello se añade la falta de una regulación procesal que estipule la manera de someter a proceso a las personas jurídicas.

La reciente Ley 27.401 de responsabilidad penal empresarial por hechos de corrupción y cohecho transnacional representa un cambio notable: esta norma establece el régimen jurídico aplicable, con disposiciones sustantivas y procesales que regulan el objeto y alcance de responsabilidad de las personas jurídicas frente a tales delitos, la extinción de la acción penal en caso de amnistía y prescripción, la independencia de las acciones, las penas principales y accesorias aplicables, su graduación y casos de exención de pena, así como también lo atinente a la situación procesal de la persona jurídica, con disposiciones sobre notificaciones, representación en el proceso, situación de rebeldía y conflicto de intereses y abandono de representación, entre otras.

Hasta el presente, el reproche penal a las personas jurídicas ha supuesto verdaderos esfuerzos pretorianos para los operadores jurídicos que, con frecuencia, han debido interpretar los alcances de esa responsabilidad al aplicar las normas que establecían sanciones en su contra, así como han debido definir el tratamiento procesal que correspondía asignarles. Este último aspecto resulta de especial importancia frente a eventuales lesiones a las garantías de raigambre constitucional de legalidad, defensa en juicio y debido proceso.

Aunque la falta de sistematización legal en la materia ha merecido en ocasiones la justificación de que las sanciones a las personas jurídicas tienen naturaleza administrativa, no penal, Norberto Spolansky ha señalado con acierto que ello supone en realidad una mera estrategia argumentativa, o “fraude de etiquetas”, para disimular un estado legislativo, que no varía ni soluciona la afectación de principios⁹.

Por ello, resulta de interés indagar en los problemas y eventuales soluciones adoptadas hasta el momento por la jurisprudencia nacional al aplicar las sanciones para las personas jurídicas previstas por leyes especiales y el propio Código Penal, frente a la falta de normas procesales.

Adviértase que, hasta la sanción de la Ley 27.401, la regulación legal imperante ha supuesto la posibilidad de imponer judicialmente una sanción a una persona de existencia ideal no convocada a proceso penal, en razón de un delito cometido por otro, con vulneración del artículo 18 de la Constitución Nacional¹⁰. No debe soslayarse que la

⁹ SPOLANSKY, NORBERTO; “Responsabilidad penal de las personas jurídicas” en: *Estudios penales en homenaje de Enrique Gimbernat*, T. II, Ed. Edisofer SL, Madrid, 2008, pág. 4.

¹⁰ A modo ilustrativo, cabe la mención de que en España, antes de la reforma del Código Penal de 2010, cuando lo que se imponían eran sanciones *sui generis* llamadas consecuencias accesorias, el legislador había tomado el recaudo de prever estas cuestiones, contemplando el procedimiento a seguir para imponer tales consecuencias a las personas jurídicas: “...previa audiencia del Ministerio Fiscal y de los titulares o de sus representantes legales podrán imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias...” (artículo

efectiva realización de la garantía del debido proceso, con todos los recaudos que atañen a la acusación, la defensa, la producción de la prueba y la sentencia, constituye un imperativo constitucional, cualquiera sea, en definitiva, el sujeto imputado.

En tal sentido, si el derecho constitucional vigente prevé la secuencia de acusación, juicio y castigo, surge el reparo de que la imposición de pena a la persona jurídica sólo puede proceder luego de la sustanciación de un proceso en el que quien es imputado tenga posibilidad de presentarse ante el juez y ejercer sin limitaciones su derecho de defensa. Intuitivamente, ello conduce a la conclusión de que, frente a la decisión de penar a las personas jurídicas, deben observarse las mismas garantías que el sistema penal reconoce a cualquier imputado o sospechado de un delito¹¹.

Por ello, la ausencia de regulación procesal en la materia ha generado interrogantes sobre el modo de comprobar judicialmente la eventual participación de la empresa en el hecho y, más en particular, sobre el modo de comparendo del ente ideal al proceso penal y su representación legal. Se han evidenciado dificultades de índole procesal para el enjuiciamiento penal de la persona jurídica, en razón de que las reglas que moderan el proceso penal han sido diseñadas, fundamentalmente, teniendo en cuenta a la persona física como sujeto de imputación delictiva.

De tal modo, la falta de una regulación específica de la cuestión ha dejado aspectos procesales abiertos a la moderación casuística del juzgador, lo que ha supuesto que la persona jurídica ingrese al proceso con incertidumbre respecto de las reglas procesales que le son aplicables, con riesgo para sus garantías de legalidad, defensa en juicio y debido proceso¹². En especial, la cuestión del representante legal de la empresa ha sido de particular significación, habida cuenta de que puede suceder que resultase asimismo imputado por la comisión del delito y, así, que sus intereses procesales colisionen con los de la persona jurídica.

La gravedad del asunto es innegable, dado que no cabe admitir, sin más, una flexibilización de las garantías de los tratados de derechos humanos respecto a la persona jurídica. En este sentido, cobra valor la postura adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Cantos vs. Argentina”¹³, en el que dicho Tribunal rechazó la defensa del Estado argentino, cuando éste sostuvo que las personas jurídicas no están incluidas en la Convención Americana de Derechos Humanos. Puntualmente, señaló que los derechos y las obligaciones atribuidos a las personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen o que actúan

129 CPE). En cambio, recaudos semejantes no fueron adoptados por el legislador ibérico en la nueva regulación establecida por LO 5/2010, que —por su parte— omite cualquier referencia a un procedimiento específico para el juzgamiento de las personas jurídicas.

¹¹ DE ALLENDE, MANUEL AGUSTÍN; “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia tributaria y lavado de activos” en: *Tendencias. Revista de la Universidad Blas Pascal* N° 18, Año IX, Córdoba, 2015, págs. 39-50.

¹² Reparos puestos de resalto, a nivel jurisprudencial, en el voto del Dr. Madueño, en un fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, autos “ZEN, Desio Michele s/ recurso de casación”, resolución del 5.2.2010.

¹³ Sentencia del 28.11.2002. El caso involucra a un importante grupo empresarial de la provincia de Santiago del Estero, perteneciente a José María Cantos, respecto del cual, en marzo de 1972, la Dirección General de Rentas de la Provincia, con base en una presunta infracción a la Ley de Sellos, realizó una serie de allanamientos en sus dependencias administrativas y secuestró, sin inventariar, la totalidad de la documentación contable, libros y registros de comercio, comprobantes y recibos de pago de las empresas con terceros y firmas proveedoras, así como también numerosos títulos valores y acciones mercantiles. Como consecuencia de los allanamientos, se produjo un perjuicio económico debido a la imposibilidad de operación de las empresas por falta de los títulos correspondientes y también por la imposibilidad de oponer defensas ante las ejecuciones judiciales intentadas por terceros que exigían el pago de obligaciones ya canceladas.

en su nombre o representación. Si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, esto no restringe la posibilidad de que, bajo determinados supuestos, el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales.

Sobre el punto, es preciso tener presente que nuestro Alto Tribunal ha ido ajustando sus pronunciamientos a los criterios fijados en la jurisprudencia de su par interamericano, pues frente a este orden jurídico internacional nuestro Estado no sólo tiene un deber de respeto de los derechos humanos, sino también de garantía, a la vista de que su incumplimiento compromete su responsabilidad internacional.

La ausencia de regulación procesal que acompañe la previsión legal de sanciones para las personas jurídicas por parte de las diversas leyes especiales y el propio Código Penal ha implicado la adopción de soluciones dispares por parte de la jurisprudencia nacional. A continuación, se revisa el tratamiento que, hasta hoy, ha dado la jurisprudencia a dos aspectos puntuales: la indagatoria y el procesamiento de la persona jurídica, sin perjuicio de la trascendencia de otras cuestiones procesales (como el requerimiento de instrucción, requerimiento de elevación de la causa a juicio, sentencia, etc.).

3.1. Indagatoria a la persona jurídica

La doctrina ha puesto el acento en la dificultad de practicar declaración indagatoria a las personas jurídicas, siendo que consiste en el primer acto que garantiza la defensa de cualquier imputado¹⁴. La falta de previsión legal ha motivado el interrogante acerca de a quién (persona física) debe imponerse el hecho que se atribuye a la persona jurídica.

En efecto, la designación de representante legal es uno de los asuntos más discutidos dentro del ámbito del derecho procesal de las personas jurídicas. Muchos han coincidido en sostener que la designación debe recaer sobre un tercero extraño, a fin de evitar cualquier tipo de conflicto de intereses y en función de que debe salvaguardarse el derecho de defensa y la garantía de no declarar contra sí mismo¹⁵.

Ciertamente que la punibilidad para entes ideales supone el imperativo de contemplar en una norma procesal la declaración indagatoria de un representante legal suyo, a fin de evitar eventuales nulidades. La representación legal de las personas jurídicas no es un asunto de rango menor, a poco que se repare en las diversas hipótesis en juego.

En primer lugar, es preciso considerar la hipótesis de que el representante legal sea, a su vez, sujeto de reproche penal por la comisión de los hechos. Por otra parte, no puede descartarse el supuesto de una eventual imputación en su contra por administración infiel, en cuyo caso la representación del ente debería ser asumida por un representante nuevo, designado por la mayoría accionaria. Este supuesto nos coloca, en fin, frente a una nueva figuración: la de que esta mayoría accionaria fuese la que haya provocado, o bien convalidado, la voluntad delictiva.

A ello se suma la cuestión de la defensa técnica en el proceso. En concreto, el interrogante de si el integrante de la entidad imputado puede tener el mismo abogado

¹⁴ Tradicionalmente, el concepto de imputado —aquel contra el que se dirige la pretensión penal— ha sido acotado a la persona física, como consecuencia de la falta de capacidad de acción, de culpabilidad y de idoneidad para responder a los fines de la pena que se ha postulado respecto de la persona jurídica. Así, es fácil advertir que el principio *societas delinquere non potest* se ha proyectado en el ámbito procedimental (AROCENA, GUSTAVO A. y FABIÁN, BALCARCE; “Derecho Penal Económico Procesal” en: *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico* (CIIDPE) disponible en la página: www.ciidpe.com.ar).

¹⁵ ROBIGLIO, CAROLINA; “Aspectos procesales de la imputación penal a la persona jurídica” en: *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, 2012.

defensor que la empresa. La cuestión conduce a la solución prevista en el Código Procesal Penal de la Nación, cuyo artículo 109 dispone la incompatibilidad de una defensa común por intereses contrapuestos entre co-imputados de la causa.

Ante la ausencia de normas procesales, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico se ocupó en su momento de establecer la forma de indagar a las personas jurídicas y dictó dos fallos plenarios, haciendo una interpretación análoga de la ley procesal para satisfacer la necesidad de permitir su defensa en el proceso penal.

Por un lado, dictó el fallo en pleno “Serur”, del 22.05.1968¹⁶, que reguló el caso de la sociedad colectiva y sociedad de hecho, estableciendo las siguientes reglas: “1) cuando el contrato social de la sociedad colectiva regular, ponga en cabeza de dos socios, indistintamente, la administración de la sociedad, requiriendo su firma conjunta para obligarla, deben ambos socios comparecer a prestar declaración indagatoria. En el caso de que la administración esté a cargo de más de dos socios y se requiera, igualmente, la firma conjunta de dos para obligarla, la comparecencia para satisfacer el referido acto formal debe ser igualmente de dos socios, número este requerido para representarla frente a terceros. 2) Cuando el contrato de la sociedad colectiva regular establezca que el uso de la firma social y la facultad de obrar corresponda por igual a todos los socios, puede ser llamado a prestar declaración indagatoria cualquiera de ellos, siempre y cuando no habiendo sido excluido expresamente de contratar en nombre de la sociedad, forme parte de la razón social o tenga el uso de la firma social. 3) cuando el convenio de constitución de una sociedad irregular o de hecho ponga a cargo de uno o más socios la administración de la misma, la declaración indagatoria deberá ser prestada por dichos órganos de representación. 4) Cuando la sociedad de hecho no prevea la existencia de un órgano administrador o representante de ella, o cuando la facultad de obrar en nombre de la sociedad corresponda a cualquier socio, o cuando nada se diga expresamente al respecto, puede comparecer a prestar declaración indagatoria cualquiera de sus miembros.”

Asimismo, dicho Tribunal dictó en pleno el fallo “Metrón SRL”, del 15.12.1967¹⁷, en relación con la sociedad de responsabilidad limitada, que dispuso —en lo sustancial—: “Si en el contrato de la sociedad de responsabilidad limitada se hubiera establecido que la dirección y administración de los bienes sociales estará a cargo indistintamente de dos o más gerentes, pero que para obligar a la sociedad se requiere la firma conjunta de todos ellos o cuando menos de dos de ellos, la declaración indagatoria debe ser recibida a todos los gerentes de la sociedad o dos de ellos, según lo que al respecto establezca el contrato social”.

Por fuera de estos plenarios de la Cámara Nacional en lo Penal Económico, el tema de la indagatoria a las personas jurídicas ha supuesto soluciones diferentes por parte de los tribunales del país.

El dato curioso de los casos registrados en la jurisprudencia nacional es que, puestos a resolver sobre la articulación de la declaración indagatoria de las personas jurídicas, los tribunales pasaron a definir la cuestión misma de su responsabilidad y establecieron como límite para su sometimiento a proceso el parámetro trazado por la penalidad. Así, se ha considerado que si la ley tiene prevista sólo pena privativa de la libertad, la sociedad no admite ser autora del delito y, por tanto, objeto de indagatoria (CNPE, Sala B, DJ 2002-1-752, que ratifica años después en causa “Riva S.A.”, JA, 2007-III-750, respecto de la Ley 24.769 (antes de la reforma de Ley 26.735).

¹⁶ LL, 131—134 y ED, 23—193.

¹⁷ JA, 1968-IV-274, LL, 130-245, ED, 21-804.

Diferente solución se ha propugnado frente a la imputación de una sociedad por infracción al ordenamiento penal aduanero, pues el contrabando que la beneficia permite también pena de multa (CNCP, Sala III, LL, 2002-C-443)¹⁸.

3.2. Procesamiento de la persona jurídica

Otra cuestión procesal de interés atañe al auto de procesamiento. Dado que esta resolución de mérito provisional se halla claramente dirigida a personas físicas en la regulación del Código Procesal Penal de la Nación, ha merecido el interrogante sobre el modo de procesar a una persona jurídica y si resulta necesario hacerlo.

Sobre este punto, se ha considerado que la persona jurídica puede ser procesada respecto de determinados delitos, pese a la ausencia de regulación procesal específica en tal sentido, para lo cual debe efectuarse una interpretación homogénea con la situación de personas físicas imputadas.

Tal ha sido la interpretación del Tribunal casatorio y de la Cámara Nacional Penal Económico, registrándose pronunciamientos en este sentido desde la década de los sesenta hasta el presente (CNPE, ex Sala I, in re: “Loussinian, Eduardo y otro”, rta. 6.10.1987; CNPE, Sala B, reg. 88/96, rta. 5.3.1996; CNPE Sala A, DJ, 1998-2-1009; CNPE, Sala B, LL, 2003-A-860; CNCP, Sala III, LL, 2002-C-443). Ciertamente que, cuando la jurisprudencia ha referido “*respecto de determinados delitos*”, ha querido significar los supuestos en que las leyes especiales contemplan sanciones para las personas jurídicas.

Puntualmente, en un fallo del 31 de octubre de 1962, la Cámara Nacional en lo Penal Económico, ex Sala II, en autos “Leiro, Germán y otro”, sostuvo: “...*la vieja polémica teórica o doctrinaria en torno a si las personas jurídicas pueden ser procesadas en causa criminal ha sido superada en los hechos por la ley u la jurisprudencia, ya que ambas de consuno han terminado por admitir que las personas jurídicas pueden ser responsabilizadas criminalmente en determinados casos*”. En la misma línea, dicho Tribunal dictó fallos posteriores.

En abono de la posibilidad de procesar a entes ideales, se ha argumentado que diversas leyes nacionales dan una pauta clara de esa posibilidad concreta: así, por ejemplo, los arts. 887 C. Aduanero, 2º inciso f) de la Ley 19359, 11 de la Ley 24.192, 47 de la Ley 25.156.

Yendo un poco más lejos, también existen fallos de la Cámara Nacional en lo Penal Económico en los que se sostuvo que puede procesarse a una persona jurídica sin someterse a proceso a una persona física por ese mismo hecho, porque la imputación se dirige separadamente a uno y otro. En tal caso, si el director fallece o no puede ser habido, la acción puede seguir adelante contra el ente, en la medida que comparezca a juicio a través de su actual representante legal y esté en condiciones de ejercer su defensa (CNPE, ex Sala I, “Walkin, Miguel, reg. 75/87, rta. 31.10.1987).

Este supuesto merece la aclaración de que el sometimiento a proceso sólo de la persona jurídica puede deberse a diversas causas. Si no puede perseguirse penalmente a la persona física en virtud del fallecimiento o de la prescripción de la acción penal a su respecto, nada obsta a la prosecución de la acción penal contra la persona jurídica sola, pero distinta sería la situación en que no fuera factible determinar un autor del hecho.

¹⁸ Al respecto, en el fallo citado se sostuvo: “*aun cuando pueda afirmarse que el instituto previsto en el art. 294 y ss. [...] fue concebido únicamente para regular la declaración de las personas de existencia visible en el proceso penal, evidentemente esas normas son las únicas que regulan el acto cuando se trata de entes ideales..., habida cuenta que sólo así se satisface acabadamente el derecho de defensa en juicio*”.

En forma contradictoria, la jurisprudencia ha vedado la posibilidad de dictar su sobreseimiento [CNPE, Sala B, JPBA, 117-125-367].

4. Aspectos procesales dispuestos en la Ley 27.401

Desde el punto de vista procesal, la nueva ley de responsabilidad penal empresarial dispone que la persona jurídica tendrá los mismos derechos que la persona física y, así, podrá proponer defensores, pruebas, impugnaciones. En concreto, el artículo 11 de la Ley 27.401 reconoce a la persona jurídica los derechos y obligaciones previstos para el imputado, de acuerdo a lo establecido en los códigos de procedimientos, en cuanto le sean aplicables. Mediante esta disposición se regula el derecho de defensa en juicio de la persona jurídica en términos similares, en lo pertinente, a los de la persona humana.

Entre los aspectos procesales contemplados, afirma la importancia del domicilio legal, disponiendo que cuando la persona jurídica no se hubiera presentado al proceso, las notificaciones se le cursarán a dicho domicilio, que tendrá el carácter de constituido (artículo 12). La norma añade sin embargo que, sin perjuicio de ello, se le podrán cursar notificaciones a cualquier otro domicilio conocido.

Asimismo, la citada ley regula lo atinente a la representación de la persona jurídica en el proceso, disponiendo su artículo 13 que corresponderá a su representante legal o a cualquier persona con poder especial para el caso, quienes deberán designar abogado defensor, y en caso de no hacerlo, se le designará el defensor público. Establece a la vez la obligación del representante de informar el domicilio de la entidad y constituir domicilio procesal, añadiendo que, desde entonces, las notificaciones a las personas jurídicas se cursarán a ese domicilio procesal. Faculta la sustitución de representante, la que deberá ser motivada si ocurre una vez iniciada la audiencia, contemplando además la interrupción del proceso dentro del límite de los plazos procesales correspondientes, con aclaración de que la sustitución no perjudicará la eficacia de los actos cumplidos por el anterior representante. Por último, deja establecido que las facultades, número e intervención de los defensores que la asistan se regirán por las disposiciones procesales correspondientes.

Contempla además el supuesto de conflicto de intereses, al estipular en su artículo 15 que, si se detectare la existencia de incompatibilidad de intereses entre la persona jurídica y la persona designada como representante, se intimará a aquélla a que la sustituya.

Por su parte, contempla la declaración de rebeldía de la persona jurídica, a requerimiento fiscal, para el caso de incomparecencia a la citación (artículo 14). Determina que dicha resolución deberá ser comunicada a la Inspección General de Justicia o autoridad equivalente en las jurisdicciones locales, a la Administración Federal de Ingresos Públicos y al Registro Nacional de Reincidencia, a sus efectos. Establece además que, en tal supuesto, el juez deberá disponer en forma inmediata todas las medidas cautelares necesarias para asegurar la oportuna continuación y finalidad del proceso, esto es, tendientes a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a obstaculizar la impunidad de sus responsables.

En materia de competencia, el artículo 26 dispone que el juez competente para entender en la aplicación de penas a las personas jurídicas será el competente para entender en el delito por cuya comisión sea imputable la persona humana. La norma procura la unificación de la tramitación de causas seguidas por un mismo hecho, en contra de la persona jurídica y las personas físicas, dado el despropósito que supone la duplicación de investigaciones con un mismo objeto procesal.

Por último, prevé la aplicación complementaria del Código Penal (artículo 27), así como la aplicación supletoria del Código Procesal Penal de la Nación en casos de competencia nacional o federal alcanzados por la ley.

Ciertamente, resulta auspicioso que la Ley 27.401 haya contemplado los aspectos procesales enunciados, para brindar certidumbre a las personas jurídicas sometidas a proceso penal por los delitos previstos en ella.

5. Reflexiones finales

Para concluir, debe decirse que la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas es un tema complejo, que ha puesto en jaque al derecho penal clásico, más allá de los aciertos y desaciertos de los argumentos que abonan las distintas posiciones.

La transformación radical del mundo en las últimas décadas del pasado siglo nos ubica frente a nuevos fenómenos en materia criminal, delitos complejos de gran incidencia social y económica, desencadenados muchos de ellos en el seno de empresas, incluidas las transnacionales. Por su parte, es un hecho comprobado que los delitos efectuados a través de una estructura societaria confieren a los verdaderos autores mayores posibilidades de desvincularse del hecho y de obstaculizar la investigación.

Ello ha motivado en doctrina la cuestión de si la dogmática penal clásica debe ser modificada, o flexibilizada, con un eventual costo de vulneración de principios y garantías (principio de acción, de culpabilidad, así como la finalidad de la pena).

Frente a ello, y desde la máxima del derecho penal como *ultima ratio* del Estado, y no de herramienta idónea para dar solución a todos los problemas que emergen de la vida social, se ha insistido en doctrina —a modo de resistencia— en dejar fuera del alcance del derecho penal a las personas jurídicas. En esta línea se inscribe la sugerencia de optimizar, en cambio, los sistemas de control de organismos estatales a fin de evitar el aprovechamiento de las estructuras del derecho societario para la comisión de delitos, ciertamente que con la facultad de imponer sanciones de índole administrativo, pero ya no como manifestación directa y pura del *ius puniendi* estatal.

En ese contexto, la admisión de un doble baremo o un doble criterio de imputación, que supone por definición la “flexibilización de algunos de los postulados del llamado derecho penal nuclear para imputar ‘acciones a las empresas’”, surge hoy la imperiosa necesidad de una re-normativización, con una regulación del tema en la parte general del Código Penal¹⁹.

Asimismo, la decisión de punir a las personas jurídicas obliga a atender a la cuestión del cómo debe procederse a la sujeción de las personas jurídicas a la investigación y enjuiciamiento penal. En otras palabras, el reconocimiento de su responsabilidad penal hace impostergable la regulación de su intervención en el proceso penal a través de normas procesales que permitan, en definitiva, la aplicación de las leyes penales vigentes, con observancia de las garantías constitucionales en juego.

Según ha sido expuesto en el presente trabajo, la ausencia de tales normas adjetivas ha supuesto la adopción de criterios y soluciones diversas a problemas recurrentes por parte de los operadores jurídicos nacionales, con el efecto, además, de una escasa presencia del tema en la jurisprudencia nacional.

La reciente sanción de la Ley 27.401 da buena cuenta de que el legislador ha reparado en dicha dificultad y ha definido los aspectos procesales sustanciales implicados en la cuestión, para establecer un régimen jurídico que contempla disposiciones procesales vinculadas a la competencia judicial, la representación de la persona jurídica, las notificaciones durante el proceso y la constitución en rebeldía, entre otros. Es de esperar

¹⁹ Tal el caso de los Anteproyectos de reforma de Código Penal de la Nación Argentina de 2006 y 2014.

que tales normas contribuyan al enjuiciamiento de los casos contemplados en el ámbito de su aplicación, en consonancia con los principios constitucionales que rigen el debido proceso.

Bibliografía

- AROCENA, GUSTAVO A. y FABIÁN BALCARCE; “Derecho Penal Económico Procesal” en: *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (CIID-PE)* disponible en: www.ciipde.com.ar
- CESANO, JOSÉ DANIEL; “Las sanciones a las personas jurídicas en las Leyes 26.683, 26.733 y 26.734” en: DONNA, EDGARDO ALBERTO (Dir.), *Revista de Derecho Penal, Vol. 2015-1, Delitos contra el orden económico y financiero (Título XIII del Código Penal)- I*, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015, pág. 41-67.
- DE ALLENDE, MANUEL AGUSTÍN; “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia tributaria y lavado de activos” en: *Tendencias. Revista de la Universidad Blas Pascal* N° 18, Año IX, Córdoba, 2015, págs. 39-50.
- MARCONI, ANA CLARA; “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. ¿Pueden las sociedades cometer delitos e imponérselas una pena? en: *Revista de Derecho Penal, Vol. 2014-2, Derecho Penal Tributario - XII*, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015, pág. 119-158.
- ROBIGLIO, CAROLINA; *La autoría en los delitos tributarios*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2004.
- ROBIGLIO, CAROLINA; “Aspectos procesales de la imputación penal a la persona jurídica” en: *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, 2012.
- ROBIGLIO, CAROLINA; “El art. 304 del Cód. Penal: Responsabilidad penal de las personas jurídicas” en: BERTAZZA, HUMBERTO J./D´ALBORA, FRANCISCO J. (Directores), *Tratado de lavado de activos y financiación del terrorismo. Prevención, investigación y represión*, Tomo I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, pág. 447-512.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA; *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedad postindustriales*, Ed. Civitas, Madrid, 2001
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA; *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2016.
- SPOLANSKY, NORBERTO; “Responsabilidad penal de las personas jurídicas” en: *Estudios penales en homenaje de Enrique Gimbernat*, T. II, Ed. Edisofer SL, Madrid, 2008.
- ZAFFARONI, R. EUGENIO/ALAGIA, ALEJANDRO/SLOKAR, ALEJANDRO; *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000.